

## Epistemología y Racionalidad del Castigo

Max Maureira Pacheco\*

Una vez que, en los albores de la Modernidad, la unidad social y cultural resultó resquebrajada por la atomización de la cultura, la fundamentación del castigo hubo de construirse sobre nuevos pilares, emanados precisamente de la naciente autonomía de las esferas de la cultura. Pero no por esto esa fundamentación perdió su cualidad de contra-reacción, de ahí que uno pueda decir que el castigo no ha dejado de ser una respuesta activa a una acción concatenada al ataque a una prohibición. Así pues, esta contra-reacción ha sido siempre, desde la empiria, un agujijón para su propia teorización. Los arrebatos contra la convivencia social tuvieron siempre a la vista, como contrapartida, la neutralización de la agresión, de manera que esas acciones, tras las cuales están los infractores, estaban articuladas en una relación de continuidad con estas otras restablecedoras.

El castigo se anexionó de esta manera a lo que la ciencia penal llama delito. A los delitos, en una dimensión personal, quedaron vinculados quienes son conocidos como delincuentes. El castigo de ellos, que se mienta técnicamente como pena, ha sido siempre, pues, dicho en términos hegelianos, una negación de otra negación<sup>1</sup>. Esta nueva

fundamentación había de erigirse sobre las ruinas premodernas. La filosofía del Derecho penal edificó así estructuras legitimadoras nuevas, pero pronto ellas quedarían vinculadas a una racionalidad que mostraría las contradicciones internas generadas entre esa epistemología naciente y los intereses socioeconómicos contextuales representantes de esa misma racionalidad. La historia de la epistemología del Derecho penal, en este sentido, ha de seguirse bajo la lupa de la racionalidad social, ya que las construcciones epistemológicas la tienen en la trastienda.

Precisamente porque de esto se va a tratar aquí, ha de explicarse todavía con mayor precisión cuál es la epistemología y la racionalidad referida. Con esta concreción, ya desde el inicio se estrecha el cerco. Pues bien, el título anuncia el enfoque: epistemología y racionalidad.

La palabra epistemología viene del griego *episteme*. Es una palabra polisémica; originalmente refería el conocimiento, el saber, el entender. Después los presocráticos le dieron una dimensión especulativa al vincularla a la verdad y al ser. Con ello, la noción quedó circunscrita no a una mera opinión, sino a una que fundamente, que sea fundamento. Este es precisamente el sentido que tiene aquí, en cuanto el Derecho penal moderno fundamenta el castigo. Y esta fundamentación tiene, a su vez, una historia, es decir, la del propio Derecho penal como ciencia. De este modo, la episteme del Derecho penal se ha referido al *por qué* y al *cómo* de las sanciones penales. Las distintas respuestas a estas preguntas tan básicas han determinado las no menos diferentes concepciones del castigo; concepciones que, en su conjunto, componen la que conocemos como dogmática penal. Cada una de ellas racionaliza el castigo, vale decir, procede a su análisis valiéndose de la razón, siendo parte de éstos las diferentes formalizaciones de cada escuela dogmática.

La racionalidad, por otra parte, tiene un punto de contacto con la epistemología: lo racional, el uso de la razón. Pero su concreción es diferente y por eso es necesario distinguirla. Cuando se habla de racionalidad, uno se refiere a cómo usamos la razón, a la manera como la ejercitamos. Este modo, forma o manera de uso ha devenido

Licenciado en Derecho, doctorando e investigador, Universitat de València. Este trabajo ha sido realizado gracias a una beca de la Generalitat valenciana.

<sup>1</sup> Cf. Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 5ª, Hamburg, 1995, p. 14.

condicionado por el entorno en que ella se desenvuelve, por las condiciones circundantes en que se ejercita, en particular por aquellas que están a la base de toda acción social. La referencia, entonces, es más concreta: racionalidad social, esto es, aquella en la que se asienta nuestro razonar intersubjetivo. El razonar que aquí interesa destacar es precisamente el que depende de relaciones sociales, de los intereses envueltos en éstas, aquél que podemos entender a partir de las mismas, en cuanto viene determinado por ellas (aunque se usará también la voz racionalidad en su sentido genérico o concretado según se indique). Que este razonar se haya impuesto fácticamente, desde premisas ajenas a sí mismo, no es una cuestión en la que aquí quepa entrar.

Pues bien, en estas dos cuestiones, la epistemología y la racionalidad social, todos los actores de la sociedad, que somos cada uno, estamos inmersos. Por eso, nos cuesta verlas y no menos cuestionarlas. Replanteando lo que aquí nos preocupa, las preguntas por este par de nociones se pueden simplificar todavía más al preguntar sencillamente *qué y por qué* hacen (lo que hacen) los penalistas y *cómo* lo hacen. Esto es lo que concentra nuestra atención, pues *qué* hacen viene determinado por los esfuerzos de encontrar un *por qué* a ese hacer, un fundamento al castigo (epistemología) y *cómo* lo hacen es un asunto que se concreta en la manera de pensar, de razonar, que queda detrás de esa búsqueda de los fundamentos y que está determinada socialmente (racionalidad). Tal cual se aprecia, se trata de un análisis desde puntos de vista relacionados. La epistemología del castigo, lo que hacen los penalistas, depende directamente de la racionalidad social en la que descansan sus análisis y, por ello, cómo llevan a cabo su tarea es un asunto que sólo puede entenderse desocultando esa racionalidad.

La estrecha relación entre epistemología y racionalidad social ha llevado a un compromiso de la dogmática con los intereses sociales que quedan tras ella. Esto es lo que primeramente se va a rastrear aquí. Si esto lleva a aporías irresolubles, cuando lo que está en juego es el sujeto, su libertad, es decir, lo más básico que el Estado está llamado a proteger, entonces el asunto se presenta en términos de cómo superar esta situación, que tras los aportes de la criminología crítica y de las

corrientes político criminales ya no se puede seguir ocultando. Puesto que la misma dogmática está construida a partir de los parámetros de racionalidad social que aquellos aportes denuncian, el asunto se presenta con una relevante pregunta: cómo romper el círculo. Mientras buena parte de los autores que se han dado cuenta de esto recurren simplemente a mecanismos que buscan legitimar el castigo a través de una manera procedimental, vale decir, viendo en el procedimiento, propio de toda norma jurídica, la forma democrática de su instalación (siendo que cualquier otra apelación allende ésta caería bajo la sospecha de protección de no menos oscuros intereses ajenos al Estado), aquí se planteará, sin perjuicio de eso, otro camino, a saber, una apelación radical a la materialidad estatal, representada por sus originales principios. Naturalmente que esta concreción ha sido histórica y se encuentra impregnada de muchos presupuestos no siempre explicitados, pero es en ellos donde se esconde el sentido de un límite, máxime cuando se trata del castigo penal, que puede ser concretado por la interpretación jurisprudencial. Es ella, en efecto, la que explicita y concreta los caracteres de los límites, esto es, de los principios estatales (asumido, claro está, que ellos son los del Estado moderno).

Para comenzar advirtiendo, pues, la tensión que se pretende superar, es preciso ponerse por encima de ella, tomar la suficiente distancia que nos permita verla.

A estos efectos, conviene esbozar unas consideraciones generales para auscultar la integración y la relación de la dogmática penal con la racionalidad social, desde la que se levanta. En primer lugar, el Derecho penal (en sentido amplio, a saber, Derecho penal material y Derecho procesal penal) se ha nutrido de una dogmática formalizadora de la estructura jurídica, que posee el análisis de todo delito y su castigo. De manera que la teoría general del delito erige como asunto suyo un conjunto de acciones caracterizadas típicamente como delito, que vieron su remozamiento epistemológico a parejas con la historia de la racionalidad contextualizada económico-socialmente. Por otro lado, y en segundo lugar, la criminología cargará las tintas, de antiguo, en el estudio de la relación del sujeto con esas acciones tipificadas como

delictivas. *Prima facie*, pareciera que el Derecho penal tiene como objeto de estudio aquellas acciones que él mismo habrá de cimentar técnicamente como delito, mientras que la criminología se ocuparía más bien - sociológicamente - de los infractores. Por último, y en tercer lugar, ha de considerarse que desde la revitalización de la idea de fin en el Derecho penal, la política criminal aparece como una disciplina reguladora de la aplicación de la estructura dogmática del Derecho penal<sup>2</sup>. Para los penalistas esta integración tripartita hoy es familiar, pero no siempre ha sido así.

El cercamiento epistemológico del delito y del delincuente, ha de ser complementado todavía por el de la pena (o castigo). Es la misma dogmática penal la que ha elaborado diversas teorías que han emprendido la tarea de la nueva justificación de aquélla.

En esta parte hay que detenerse, puesto que en ella se concentra nuestra atención. Porque la pena, entonces, entendida en un sentido amplio como castigo extremo, se encuentra en el contexto teórico del Derecho penal moderno, lo primero que ha de tenerse a la vista son algunas notas elementales sobre la formalización racional de ese nuevo Derecho (I). La conexión del mismo con los intereses socioeconómicos

<sup>2</sup> La relación entre la dogmática penal, la política criminal, la criminología y la historia, en Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, trad. cast. Miguel Izquierdo Macías- Picavea, 1ª ed., Madrid, 1979, pp. 18-20. También, en castellano, vid. Borja, Emiliano, *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*, San José (Costa Rica), 2002, pp. 215 a 220; y en Zúñiga, Laura, *Política Criminal*, 1ª ed., Madrid, 2001, sobre todo los capítulos II y III, en los que detalladamente se exponen consideraciones históricas y, asimismo, se analiza la relación de la política criminal con la criminología. En todas estas obras (las aquí mencionadas), la política criminal se presenta como una parte de la política general del Estado. Esto, como es obvio, supone un vuelco respecto a la concepción original, cuestión que, a mi juicio, viene especialmente determinada por la autoimpuesta tarea, por parte del Estado, de protección del bien jurídico (es lo que uno puede advertir corroborado ejemplarmente en Hassemmer, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1980, p. 193). Cuando esta protección se convierte en política que se sistematiza, esa política estatal deviene en política criminal. Puesto que ya lo he mencionado aquí, no puedo dejar de agradecer a Emiliano Borja las numerosas sugerencias respecto al qué y cómo se dicen estos asuntos.

de la época, especialmente en términos teóricos, adelantarán como comprensibles las variaciones histórico conceptuales que ha sufrido la dogmática penal desde la racionalidad en que hace pie; de manera que se puede adelantar que el castigo y su justificación se erigen racionalizadamente desde la praxis social, siendo tecnificadas por el Derecho penal (II). Explicar tal distinción (Derecho penal – racionalidad social), así como su imbricación, permitirá entender la calculabilidad empírica que subyace al Derecho penal (dada por supuesta) y, asimismo, los casos de imprevisibilidad que son los que tensionan a la dogmática penal desde la práctica (III). Ya se ha dicho que la epistemología penal y la racionalidad contextual desde la que surge están fusionadas en la sistemática jurídica. Ahora bien, la llamada de atención sobre ello, emprendida por la política criminal, se encuista en el mismo marco político que sirve de legitimación al castigo, el del Estado de Derecho moderno. Siendo esto así, estamos obligados a ver con claridad que la racionalidad social se emparenta no sólo con las relaciones socioeconómicas que le sirven de telón de fondo, sino con un modelo de Estado concreto. La tensión que esto generará, entre los intereses sociales y el Estado, en perjuicio del sujeto, sólo puede resolverse radicalizando la legitimidad, los términos en que se valida el castigo desde los principios políticos del propio Estado. Esta es precisamente la tesis que se propone (IV).

I  
La formalización del Derecho penal ha sido una larga tarea de los juristas y ha tenido como objetivo no sólo la teorización del delito -su piedra de toque-, sino también la del castigo, de la norma penal y de la responsabilidad o culpabilidad penal. Es un tópico entre los expertos juristas definir el delito como un hecho típico, antijurídico y culpable, pero lo cierto es que detrás de esos elementos definitorios, a saber, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ha existido una evolución conceptual histórica. Lo que nos interesa aquí, además del delito mismo, es lo que se suele denominar por la *lex artis* como pena, en un sentido amplio.

Las respuestas de la dogmática penal en su estructuración han tenido un recorrido que siempre, como toda sistemática jurídica moderna, ha comprendido la sistematización de las normas a partir de su coherencia (la llamada integración del ordenamiento jurídico) y de su racionalización interna<sup>3</sup>. Desde los primeros escritos de Montesquieu, Beccaria, Feuerbach, o Bentham, lo que se pretendía era racionalizar esferas de acción que volvieran previsibles las consecuencias jurídicas (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*). Eso reduciría a cálculo racional la evitabilidad de la pena, del castigo. Los acentos en el mismo, claro está, fueron diferentes según la época. La formalización dogmática, a partir de la Modernidad, fue articulada desde los plexos de acción social, de modo que su construcción hubo de ser un espejo de ellos. Brevemente me referiré a esa arquitectura teórica naciente - primero la del delito y luego la de la pena -, eso me permitirá adelantar en parte la conexión de la dogmática penal con la racionalidad social de la época circundante.

Las inflexiones teóricas del Derecho penal, a grandes rasgos, arrancan con el Iluminismo, continúan con el positivismo, desde el neokantismo transitan hacia el finalismo y de ahí hasta las actuales corrientes político criminales. Cada una de ellas, lejos de encontrarse fragmentadas, aparecen en una relación de continuidad que no debe perderse de vista, ya que todas ellas pretendieron lo mismo, servir de modelos teóricos de análisis al fenómeno delictivo en su conjunto<sup>4</sup>.

*Iluminismo.* Los trabajos de Montesquieu, en Francia; de Beccaria y Filangieri, en Italia; de Lardizábal, seguidor de Beccaria, en España; de Feuerbach, en Alemania; y de Bentham en el Reino Unido serán los primeros que denunciarán críticamente el Derecho penal existente, buscando crear uno nuevo para el, también nuevo, Estado. Desde el

<sup>3</sup> Cf. Habermas, Jürgen, *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, trad. cast. Jaime Nicolás Muñiz y Ramón García Cotarelo, reimp., Madrid, 1992, pp. 235 y 236.

<sup>4</sup> Para una revisión de la evolución epistemológica del Derecho penal se puede ver el trabajo de Bustos, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, 1ª ed., Santiago (Chile), 1989, en especial, pp. 101 a 226.

racionalismo, el utilitarismo, o el iusnaturalismo, la ley penal, la pena y el delito serán preocupaciones centrales. La metodología crítica, asentada en esos distintos puntos de vista, no permitirá todavía una clara distinción entre las tareas dogmáticas y las criminológicas o político criminales. Conviene detenerse en algunas notas reveladoras de ese nuevo cambio de perspectiva.

El énfasis en la libertad (para la acción) del sujeto, como criterio determinante para la reprochabilidad individual, será clave en la construcción de la formalidad de las normas penales y en la fundamentación abstracta de la pena. Así, la libertad individual se verá anulada con su privación, como respuesta a una acción también libre. Esa idea arquetípica de la libertad se institucionalizará pronto igualmente en la legislación general<sup>5</sup>. No es ella una construcción en el vacío. El delito siempre supuso una dificultad añadida a la convivencia social, los iluministas eran conscientes de eso, sólo que ahora el escenario teórico para abordarlo ya no era el mismo. Mientras la sociedad burguesa se constituía y formaba, el delito aparecía como una amenaza a ese proceso y, por lo tanto, puede decirse que ese problema -el delictivo- no dejó nunca de estar relacionado con esa sociedad en construcción. La nueva filosofía del Derecho penal sería la filosofía de ese tipo de sociedad con la que se relacionaba genealógicamente y, por supuesto, ello no era una excepción a la filosofía en general. El castigo aparecería como una retribución, legitimada mayoritariamente en términos contractualistas, de esa sociedad contra la acción violentadora.

*Positivismo.* El tránsito marcado desde las antípodas del racionalismo al positivismo se caracteriza por lo que Lukács identifica como

<sup>5</sup> En la observación al § 124 de la Filosofía del Derecho, Hegel pone a la libertad subjetiva como el "punto central y de transición [Wende und Mittelpunkt]", para distinguir la antigüedad de la Modernidad. Más adelante, en el § 260, afirma que "el Estado es la realidad de la libertad concreta". La libertad (subjetiva) se convierte, entonces, en lo más básico de la Modernidad. Con todo, esta libertad exige condiciones que la determinen como tal. A eso está llamado precisamente el Derecho, cf. Simon, Josef, *La Verdad como Libertad*, trad. cast. Ana Agud y Rafael de Agapito, Salamanca, 1983, p. 417.

*agnosticismo del pensamiento*, según el cual la filosofía se encuentra limitada por la ciencia positiva<sup>6</sup>. De esta forma, el acento se pondrá en lo existente, lo real. Binding en Alemania, Rossi en Italia, y Pacheco en España (pese al formalismo jurídico de aquéllos y al eclecticismo de este último), harán de la norma penal la representante de los intereses sociales, de modo que tempranamente ella se convirtió en la defensora de esos intereses, persiguiendo las acciones de los *peligrosos*. La actitud defensiva llevará la instrumentalización de los sujetos al límite. La ampliación del Derecho penal, de todo el sistema penal, se hará una evidencia. Ya no se limitará a la simple crítica del modelo anterior, su expansión conceptual vendrá de la mano de la comprobación fáctica, apegada a la ciencia positiva como modelo de objetividad. Especializado el Derecho penal y la criminología, convertirán en objeto de sus análisis al sujeto *peligroso*. En efecto, el castigo tendrá un claro carácter preventivo (promoviéndose incluso ante la sola peligrosidad *a priori*), a la vez que retributivo (peligrosidad *a posteriori*), cargado entonces de una persuasión racional *ex ante*. Es en este momento en el que junto a las penas aparecen las medidas de seguridad pre y postdelictuales, como partes del castigo. Así entonces, desde la absolutización de lo positivo como lo real y lo racional se reducirá al individuo a un fetiche de las normas estatales. Mientras en el Derecho penal el paradigma será la causalidad, en la criminología lo será la peligrosidad. Por eso, paralelamente, no debe sorprender el énfasis que pondrán los racionalistas en su contrareacción a la legitimación positivista del castigo. El paradigma de ataque en ese momento, por cierto, lo constituirá el neokantismo. Su crítica será al concepto positivista más básico: el de causalidad. Junto a la naturaleza causal de los hechos, llamarán la atención sobre los valores que existen en el análisis del fenómeno delictivo en su conjunto. Luego, la causalidad aparecerá no como mero dato sino valorada. El mismo delito tendrá, en definitiva, este carácter. Eso abrirá el camino a un nuevo

<sup>6</sup> Lukács, Georg, *La Crisis de la Filosofía Burguesa*, trad. cast. León Rozitchner, 1ª ed., Buenos Aires, 1958, p. 25.

entendimiento del delito, desde los valores compartidos a los intereses subjetivos. En éstos se esconden las pretensiones particulares finales.

*Finalismo*. El camino hacia su consagración fue largo. La superación del positivismo viene - en el plano de la dogmática penal - de la mano de la relación subjetiva del sujeto con el hecho. Con esto, la dogmática penal sistematizaba dos esferas, la objetiva, el hecho (delito), y la subjetiva (la relación de ese hecho con el sujeto). El hincapié realizado en este sentido ya por von Liszt en Alemania, se llevará a cabo bajo la influencia del entonces bullante neokantismo. De ahí que se parta de supuestos racionales desde los que se propicia una formalización de la prohibición (tipo penal). Pero faltaba todavía unir las normas penales con las de la cultura dominante, para dar mayor efectividad y legitimidad a la obligatoriedad. Las normas penales serán puestas en relación con todo el ordenamiento jurídico. Esta sociología de las normas jurídico-penales muestra la estrecha conexión entre las valoraciones generales del ordenamiento, que se insertan en las normas penales, convirtiendo las prohibiciones en objetivas (tipo penal) y los elementos valorativos (subyacentes a todo el ordenamiento). La violación de dichas valoraciones, pues, además de resultar tipificada, era anti-jurídica, en el sentido que se enfrentaba a los valores incardinados en todo el ordenamiento jurídico. La dogmática penal tenía entonces sistematizada la teoría general del delito -tipicidad y antijuridicidad como elemento objetivo y culpabilidad como elemento subjetivo-. Es bien conocido que este causalismo (naturalista y valorativo) encontrará el cénit de su crisis dogmática en el vaciamiento de su materialidad, llevado a cabo por el nacionalsocialismo. Por esa razón, no debe sorprender que el resurgimiento de la dogmática penal a través del finalismo haya tenido un claro acento iusnaturalista. La sacudida de las emblemáticas causalidad y peligrosidad, paradigmas del positivismo, será implementada -según se ha recordado-, primero por el neokantismo y, más tarde, al dar un nuevo lugar a la significación que dé el sujeto a la acción, por el finalismo. Hans Welzel, con esta inflexión, desplazará los elementos subjetivos de la acción a la tipificación de las conductas delictivas; por lo tanto, las acciones aparecerán vinculadas a la finalidad

perseguida por el autor<sup>7</sup>. Con esto, se deshará del cientificismo, porque ahora lo importante será el violentamiento de los valores sociales y su recomposición desde el plano de la significación social. En suma, enfatizará el desvalor producido por los resultados ocasionados por una acción delictiva, además de aquel ocasionado por la acción infractora, quedando ambos -desvalor de acción y de resultado- como ejes de la reacción penal.

*Política Criminal.* Pronto la pregunta por el fin de la pena volverá a ser el eje del reproche penal, la responsabilidad quedará articulada no sólo desde el sujeto, sino desde los fines que el aparato punitivo persigue. Las corrientes político-criminales propiciarán así la profundización en las bases políticas legitimadoras del sistema penal, es decir las del sistema democrático. Este es el sustrato material en el que se sustenta la justificación del castigo y, en ese sentido, lo que ya anuncia es una radicalización de esas bases. Son los principios liberal-democráticos del Estado moderno los que servirán para dar una justificación práctica a la legalidad punitiva. Por lo tanto, esas mismas corrientes verán a la dogmática con los ojos regulativos del control de una legalidad ya legitimada y a la criminología como la disciplina llamada a cuestionar permanentemente el *ius puniendi* confrontándolo con sus condiciones legitimadoras.

Por otra parte, la teorización del castigo, hasta aquí revisada, llevada a cabo por la misma dogmática penal formalista, ha tenido varios hitos antes de hurgar en la eticidad política<sup>8</sup>, entendida como baremo. Las

<sup>7</sup> Una exposición general de la irrupción de las teorías de la acción en el Derecho penal en Jaén Vallejo, Manuel, *El Concepto de Acción en la Dogmática Penal*, Madrid, 1994.

<sup>8</sup> Esta palabra, eticidad, es la castellanización de la alemana *Sittlichkeit*, que viene de *Sitte*. Esta última es la traducción alemana que Hegel hace del griego *ethos*. Los romanos la tradujeron al latín por *mores*, es decir costumbres. La traducción latina perderá el sentido griego, pues también de *mores* viene moral. Hegel quiere liberar al término griego de las disonancias latinas. Y en griego, el *ethos* refiere no sólo al conjunto de costumbres, sino también a aquello que ellas institucionalizan, esto es, lo que queda a la base de toda institución, siendo ella, de esta manera, el resultado "espiritual" de

teorías absolutas y relativas de la pena erigieron la necesidad del castigo ante la infracción bajo la consigna de la negación, sea en cuanto pena efectiva, sea en forma de amedrentamiento. Las teorías absolutas de la pena hacían hincapié en la retribución, de forma de conseguir anular el violentamiento de la convivencia por parte del sujeto libremente infractor. Las teorías relativas, por su parte, pusieron el énfasis, en cambio, no tanto en la compensación de mal por mal, sino en la prevención, el castigo debía tener un carácter preventivo.

Entre estas últimas, la prevención general buscaba neutralizar cualquier acción afectadora de la convivencia bajo la consigna de la elusión del mal racionalmente calculado. La prevención especial, por su parte, descendía al sujeto concreto, huía del modelo medio de sujeto, intentando, a través del reformatorio y el tratamiento, la redención. En ambos casos, pena y medida reformadora (técnicamente llamadas medidas de seguridad, que son Derecho penal), sobrevinían como consecuencia de la acción tipificada como delictiva y, en ambos casos, la fetichización del sujeto, tratado como chivo expiatorio del orden social, era inevitable y, así, las teorías mixtas no fueron más que una suma de las aporías de las teorías anteriores.

Las críticas emprendidas por la criminología, que se deshizo del paradigma etiológico que la atenazó tanto tiempo, hizo explícita la verdadera racionalidad del castigo, de la cárcel, del reformatorio, del encierro en general como emblema. El sistema penal se había convertido en un instrumento de dominio, desenmascarado años más tarde por la que se conocería como criminología crítica.

Las teorías político-criminales, tomando nota de las aportaciones de esta renovada criminología, enfatizarán el momento de la imposición del castigo, en términos tales que la instrumentalización de los sujetos ha de verse reducida a través de una consideración singular de las

la misma. Al decir que el castigo se determina desde la eticidad política, sólo se quiere poner de manifiesto esta relación. La conexión se evidencia todavía más si uno piensa en la relación entre el Estado, fruto de la eticidad política moderna, y el castigo o pena. Toda pena, para el Derecho moderno, depende del Estado y es éste, en su versión democrática, el que ha de considerarse aquí como inexcusable referencia.

personas, considerando a esos efectos el fin de la pena y su función. Consecuentemente, lo que el Derecho penal debe proteger son bienes jurídicos<sup>9</sup>, la función del castigo penal es su protección. Pero es evidente que en su imposición el Estado se autoconstata, por lo tanto, ha de procurarse que, antes que la función del castigo, aparezca el fin del mismo, que no es otro que la promoción constante de la participación de los ciudadanos en la convivencia social, cuestión que se logra entendiendo que también el infractor tiene derecho a esa participación, porque son el mismo Estado y sus principios los que justifican aquélla. Evidentemente, habrá que analizar en el caso concreto si la función es neutralizada por el fin y si el fin del castigo se condice con los supuestos legitimadores de la punición.

## II

La criminología crítica y los autores político-criminales nos han advertido que toda formalización del Derecho penal se vincula a una racionalidad que oculta intereses sociales. Sin duda que la construcción formal de los expertos de una sistemática jurídica (dogmática penal) que da sentido a una punición, no hace explícita la racionalidad que subyace a la misma. Son - como se ha señalado - los trabajos de la criminología, bajo la influencia del funcionalismo, los que más contribuyeron a dar las primeras luces sobre ese asunto. No obstante, conviene señalarlo, a esa empresa no se entregaron sólo los criminólogos, sino, con ellos, la sociología y la historia. En efecto, y de modo ejemplar, la conexión del sistema penal con las estructuras de racionalidad en

<sup>9</sup> La teoría del bien jurídico como teoría del delito ha sido expuesta paradigmáticamente por Hassemer, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pp. 98 y ss. Para la relación entre la protección de bienes jurídicos y la ejecución de la pena, que es para Hassemer la cuestión central de la política criminal, a partir de una perspectiva de justicia cf. Hassemer, Winfried, "Kommentar zum Strafgesetzbuch", en Wassermann, Rudolf (ed.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch in Lieferungen*, Frankfurt a. M., pp. 63 y 64. Vid. también Amelung, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1ª ed., Frankfurt a. M., 1972, y Hormazábal, Hernán, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El Objeto protegido por la Norma penal*, Santiago (Chile), 1992, pp. 155-161.

las que se sustenta ha sido puesta de manifiesto, fuera de la criminología, por los notables trabajos de Georg Rusche y Otto Kirchheimer<sup>10</sup> y, explícitamente también, por los de Michel Foucault<sup>11</sup>.

Las investigaciones históricas emprendidas por Rusche y Kirchheimer, por una parte, y por Foucault, por otra, son trabajos en los que se quiere desentrañar la experiencia de la represión del delito a partir de la propia, en este sentido se produce una inevitable tensión entre la representación del investigador (observador) de dicha experiencia y la que tenían propiamente los participantes<sup>12</sup>. Si uno revisa ambas obras, verá cómo, por caminos distintos, llegan donde también arriban los criminólogos (particularmente los críticos), a saber, una crítica a la hermenéutica racional del castigo.

Rusche y Kirchheimer muestran con sus investigaciones los periplos del castigo a partir de la eclosión de la sociedad industrial. El sistema represivo siempre estuvo sujeto a los vaivenes de las coyunturas económicas, de forma que los castigos tuvieron como faro el cálculo economicista. La consigna del castigo como coste, y de la reapropiación de la fuerza laboral, asentaron la alienación de los *delincuentes*. Con el encierro brutal (incalculado) y la deportación, primero; con el sólo encierro, después, como paradigma de castigo, y con los castigos ya no corporales sino económicos (penas pecuniarias), se cerraba en la micrología del castigo, el círculo reproductivo del mercado.

Foucault, por otra parte, teniendo a la vista el trabajo de Rusche y Kirchheimer, explota temáticamente la lógica de la política del cuerpo.

<sup>10</sup> Rusche, Georg, y Kirchheimer, Otto, *Pena y Estructura Social*, trad. cast. Emilio García Méndez, Bogotá, 1984.

<sup>11</sup> Quien, si bien menciona el estudio de Rusche y Kirchheimer, emprenderá un análisis distinto al de aquéllos [vid. infra], cf. Foucault, Michel, *Surveiller et Punir: naissance de la prison*, Paris, 1994, p. 32.

<sup>12</sup> La relación entre estos dos puntos de vista ha sido puesta de manifiesto por Chartier, Roger, *L'Histoire Aujourd'hui: Doutes, Défis, Propositions*, Valencia (España), 1994, pp. 10 y 11. Especialmente también en Elias, Norbert, *Compromiso y Distanciamiento*, trad. cast. José Antonio Alemany, 1ª ed., Barcelona, 1990; p. 16; y en Berlin, Isaiah, *Conceptos y Categorías*, trad. cast. Francisco González Aramburu, 1ª reimp., Madrid, 1992, p. 218.

Desde el suplicio al encierro, el cuerpo aparece reutilizado políticamente por unos en perjuicio de otros.

Los ilegalismos son administrados por unos contra otros, que resultan criminalizados, pero mientras en el caso de los suplicios la afrenta se neutraliza con la extinción *irracional* del cuerpo, en el del encierro se *racionaliza* la administración técnica del ilegalismo, calculando su aprovechamiento corporal. Lo que interesa entonces a esa técnica es encontrar culpables, en ellos cuaja, y no en el delito, la técnica administrativa, artilugio sistemático de los poderosos.

Los criminólogos hacen lo propio<sup>13</sup>. Al conectar sistema penal y sociedad, los sujetos infractores aparecen dentro de la dinámica de la misma, por lo tanto actuando bajo su racionalidad. Esto, que se aprecia ya en los trabajos de Emile Durkheim, es radicalizado por la criminología crítica que emprende una genealogía de la represión punitiva a través de los mecanismos que la representan institucionalmente (policía, agentes penitenciarios, jueces, etc.). La nota común que aparece en todos estos trabajos se vislumbra pronto. Se trata de un análisis emprendido resaltando el castigo como instrumento defensivo del *status quo* de la sociedad burguesa y como motor último de la integración social en ese contexto. El horror a la amenaza de anomia<sup>14</sup> emplea al castigo como mecanismo estabilizador del sistema social, como reconstitutivo, para decirlo con Habermas, del consenso en los valores y normas fracturadas. El castigo ha sido una vía preventiva y recomponedora de la integración social alertada,

<sup>13</sup> También a modo de ejemplo, cf. Pavarinni, Massimo, *Control y Dominación*, trad. cast. Ignacio Muñagorri, 4ª ed., México, 1993; Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del derecho Penal*, trad. cast. Álvaro Búnster, 1ª ed., México, 1986; y Larrauri, Elena, *La Herencia de la Criminología Crítica*, 1ª ed., Madrid, 1991.

<sup>14</sup> Se ha detenido en la importancia social del mismo para las sociedades complejas, Dahrendorf, Ralf, *Ley y Orden*, trad. cast. Luis María Díez-Picasso, 1ª ed., Madrid, 1994, p. 38. Para el análisis de la expansión del Derecho penal, en perjuicio de sus mismas garantías, sobre todo Silva Sánchez, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, 1ª ed., Madrid, 1999, pp. 63 ss.

reafirmando con ello la identidad política, social y cultural, que asienta al mismo como legítimo. Últimamente, en esta línea, al desplazarse esa preocupación hacia la pura reafirmación del orden establecido, el castigo se ha convertido más en un mecanismo de control, de aprendizaje de la fidelidad al orden y, así, los teóricos de este tipo de integración han pasado a poner el acento más en el sistema autopoietico que en la integración social misma. En una palabra, se han desplazado hacia la integración sistémica<sup>15</sup>.

Al poner de manifiesto los trabajos anteriores, es posible advertir cómo el punto de vista teórico reconstruye la historia del castigo respecto a los participantes: los agentes y receptores de la pena. En ese análisis histórico, los infractores, los hombres infames, para decirlo foucaultianamente, representarían un primer nivel. Quien los observa y analiza en sus infracciones representaría un segundo nivel. Conviene ahora no perder de vista la tarea que nos queda a nosotros, que emprendemos - en un tercer nivel - un metatratamiento (de los propios infractores y de quienes los analizan en esa su infracción): advertir la evolución de las categorías penales y cómo ellas trasuntan una epistemología y racionalidad determinada. Estos trabajos doctrinarios han sido ya incorporados al pensamiento del Derecho penal y, de esta manera, la práctica del castigo, cuando es teorizada, los actualiza.

El conjunto de estos estudios también tiene una historia. Esta historia, la de la formulación conceptual del castigo, llevada a cabo por la sistemática jurídica en sus albores, nos muestra como paradigma el uso de un modelo epistemológico concreto: sujeto - objeto. El castigo aparece fundamentado vía teorías (absolutas o relativas), partiendo ellas

<sup>15</sup> Aquí la obra de Luhmann es un referente permanente y ha sido seguida de cerca por teóricos del Derecho penal de la talla de Jakobs, quien es muy claro al respecto: «el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza...lo que se entiende como naturaleza y lo que se entiende como sentido se determina funcionalmente», Jakobs, Günther, *Sociedad, Norma, Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, trad. cast. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, 1ª ed., Madrid, 1996, p. 60.



del momento de la implantación concreta, del antes y del después de ella. Es en un peldaño especulativo (nuestro tercer nivel), que queda sobre todo este análisis, donde se sitúan quienes intentan ver *qué* hacen los juristas dogmático-penales (el trabajo de Foucault es un buen ejemplo). Consiguientemente, en el estudio de la racionalidad del castigo, lo que se pretende destapar es qué racionalidad sirve a todas esas construcciones epistemológicas del Derecho penal. Tanto los iluministas como los positivistas se mantienen aferrados a sus elementos, quieren demostrar qué castigo es necesario para los infractores, que son el objeto de sus estudios. Con el positivismo, la empiria se vuelve objeto de verificación y de causalidad, y por eso todo castigo es racional siempre que intimide y resarza el daño causado. Pero este parámetro epistemológico de racionalidad de la dogmática penal positivista -parafraseando a Putnam- se autorrefuta a partir de su propio criterio. Efectivamente, este criterio de adecuación -el de la verificabilidad de la eficacia disuasoria- es incapaz de dar cuenta de su propia racionalidad, de aquella a la que obedece. Rusche y Kirchheimer advierten esta crítica con claridad y por ello quieren demostrar la proyección al castigo de la emblemática racionalidad del capitalismo tardío: la instrumental. Ella es la propia del criterio (o criterial), objeto de los análisis de sus amigos Adorno y Horkheimer. En consecuencia, la racionalidad última del castigo se halla más allá de la racionalidad que sirve de criterio al positivismo<sup>16</sup>, por consiguiente más allá de la misma sistemática jurídica. La racionalidad de los teóricos del Derecho penal se encontraba entonces cortada a la medida de sus propios criterios y de ahí que la sociología y la criminología la sacaran de esa penumbra, al desvelar la racionalidad que en último término los inspiraba.

Es a partir de las teorías estructural funcionalistas, del *labelling approach* y de las sociologías del conflicto que es desmantelada la racionalidad criterial del castigo, y el Derecho penal es conminado a una mayor integración de las ciencias sociales. Ese despliegue crítico

nos muestra cómo los teóricos del Derecho penal se encuentran en un sinnúmero de perspectivas intermedias que advierten en los énfasis que van desde la racionalización de la dogmática penal a la práctica del castigo mismo sobre el que se teoriza. De manera entonces que el sujeto epistemológico del Derecho penal se nos muestra siempre comprometido, en y con la teoría y la praxis.

Yendo ahora a la dogmática penal, el hecho criminal aparecerá ante el observador experto en una doble vertiente: la de sus propios valores y, por otro lado, la de los valores sociales, que representa el ordenamiento jurídico en su conjunto. Desde luego, bajo esta inspiración neokantiana, no debe sorprender que éstos se incorporen categorialmente en la tipicidad. Más tarde, el finalismo dará un paso más buscando fundar el reproche, y por tanto el castigo, en la finalidad de la acción, lo cual supondrá mantenerse bajo el prisma de la axiología social. De este modo, los delitos serán punibles no ya sólo por el desvalor de resultado que entrañan, sino también por el desvalor de la acción. Ciertamente que con eso se sigue haciendo pie en el mismo paradigma, puesto que el sujeto se continúa planteando ante el castigo subsecuente desde la heteronomía social impositiva. Con ello, el castigo lo que pretende es liberar de ataduras el desplante legitimador de los valores sociales compartidos por la sociedad, olvidando que esos valores surgen de las relaciones sociales mismas, en las que observadores y participantes conviven. De comprenderse esta miopía epistémica, que pasa por alto esta convivencia, el castigo ha de fundarse desde la complejidad misma de esos plexos de acción. Esto supone que la problematización no se basará en una heterónoma axiología, previamente determinada, sino que la responsabilidad se fundará precisamente en las condiciones de toda interrelación social. Esto es a lo que llevan los trabajos de los político criminales, que hacen suyos los aportes de las ciencias sociales de un modo integrado.

Con este nuevo salto, aparentemente superador, parece, no obstante, que nos quedamos a la deriva, pues ya no se sabe desde dónde se legitima el castigo. A mí me parece que en la arquitectura doctrinal de éste, las consideraciones sistémicas muestran haber visto esta dificultad

<sup>16</sup> Putnam, Hilary, *Razón, Verdad e Historia*, trad. cast. José Miguel Esteban Cloquell, 1ª ed., Madrid, 1981, pp. 116 a 118.

con la misma claridad, dinamitando esa acefalia a través de la reafirmación del orden y del control, en lugar de hurgar en las condiciones de la apariencia integradora. Los político-criminales, como teóricos del *ius puniendi*, por su parte, no sólo no están dispuestos a renunciar al Estado de Derecho, que es donde se sostiene legítimamente para los teóricos penales la coacción monopólica, sino más que eso, pretenden coordinar la razón teórica con la razón práctica. Quieren involucrar así su pensamiento con la realidad de donde surge, de manera de poder construir una teoría del delito y del castigo asentada en sus condiciones de posibilidad, que para ellos no pasará sino por la radicalización de los principios democráticos del Estado. Por lo tanto, a la política criminal le corresponde la tarea de acercar la dogmática penal a la realidad, constituida por la reafirmación principal del Estado (es decir, de sus principios), pero no por mor del sujeto infractor, sino con éste, en lo que le corresponda desde la legitimidad que le otorgan los principios en los que aquélla está llamada a articularse.

La exposición a situaciones en las que la sistemática jurídica sucumbe a la hora de dar cuenta de la categorización de la realidad se torna acechante, porque ahora ni el delito, ni el castigo pueden volverse estructuras rígidas. El castigo se expone a tantas lógicas prácticas como actores existan, y la dogmática penal, si quiere ser consecuente, ha de incorporarlas a su teorización (por supuesto, si se es un político-criminal). Los problemas, sin embargo, no son sólo prácticos, sino teóricos. La lógica práctica no es la teórica y, a pesar de ello, es a esta última a la que corresponde la racionalización del Derecho penal, porque sólo en su formalización, desde el Estado, se puede legitimar su castigo. Por ello, ha de echarse mano entonces a los principios desde los que es posible esa legitimación. El tecnificado Derecho penal es ilustrado, en su formalidad, por esa materialidad. Formalidad y materialidad son tensados a la manera de una facticidad descriptiva y de una validez normativa<sup>17</sup>.

### III

Que este nuevo trasfondo legitime el castigo no quiere decir que lo haga desde una racionalidad social extraña, sino desde la misma, pero

ahora contando explícitamente con ella y poniendo, consecuentemente, límites a su puesta en práctica. Por ello, cuenta con el cálculo que los infractores realizan racionalmente desde este desplegado modelo de razón. Los juristas dogmático-penales teorizan esta calculabilidad racional del castigo bajo la consigna de la prevención. Lo importante es prevenir las conductas delictivas. Para ello, la racionalidad de la prevención se hermana con la racionalidad social que subyace a ella. Ninguna calculabilidad previsora de las consecuencias, que es proyectada por la racionalidad del cálculo, es capaz de detener la implementación de la metarracionalidad social que alimenta la criminalidad, porque es ella su elixir técnico, necesario para justificar el dominio de unos sobre otros. Los teóricos del Derecho penal se encuentran aprisionados, pese a, como los político criminales, tener conciencia de ello. Son observadores de la criminalización formalizada y, simultáneamente, son partícipes del escenario de una racionalidad metacategorial que les involucra en la misma camisa de fuerza de la que quieren salir<sup>18</sup>.

La racionalidad del cálculo refrenda el servicio a los intereses hegemónicos, a través de su formalización, es decir, de la conversión del castigo en disuasivo técnico. Luego, hecha la proyección del cálculo por la misma dogmática, los infractores saben que deben someterse a la misma si quieren eludir el legitimado castigo. Ahora, el castigo se justifica no sólo a partir del principio de contradicción, que se manifiesta en la libertad que niega el delito<sup>19</sup>, sino desde las bases mismas del Estado democrático, que reprochan al sujeto asentándose en las

<sup>17</sup> Acerca de esto, merece un particular detenimiento la atención puesta en la formalización jurídica en cuanto resultado de un proceso histórico, pues si ello es así, en principio consideraría una noción singular de los derechos fundamentales o de los principios democráticos. Una respuesta procedimentalista a esta cuestión, hipotéticamente conflictual, como la de Habermas por ejemplo, sitúa sólo en una operación procesal la legitimidad, vid. Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., 1992, en particular el capítulo Recht und Moral, pp. 541-599.

<sup>18</sup> Sobre esta paradoja de las ciencias sociales, Elias, Norbert, *Compromiso y Distanciamiento*, p.28.

exigencias que se le pueden hacer a éste, atendida su posición social. En suma, de lo que se trata es de que el castigo no convenga en la suma y resta, en la economización que se haga de las propias acciones, vale decir, que un cálculo niegue racionalmente al otro. Así, la prevención traduce a estrategia la persecución y fuerza a la astucia del infractor a implementarse bajo esas coordenadas. De esta forma, la racionalidad conceptual del castigo ha refrendado a la social, que se oculta interesadamente tras la sistemática jurídica formal. Aunque la construcción ilustrada supuso una liberación del *capricho* legalizado, el acento ha de ponerse, no obstante, en los aspectos ocultos que enfatizo, que se encuentran insertos en la trastienda de la sistemática formal<sup>20</sup>, pues respecto de ellos lo que resta, atendido su devenir aporético, es ilustrarlos.

Esta conexión de racionalidades -conceptual (propia de una disciplina de expertos) y social (propia del conjunto de la praxis social)- se encuentra a la base de la imprevisibilidad generada por cierto hermetismo y rigidez de las construcciones teóricas, cuestión de la que ya se percataron los político-criminales. La reducción a conceptos llevada a cabo por la sistemática jurídica se realiza a partir de varias acciones, que son las que se han de reducir a conceptos. A partir de allí la acción conceptualizada aparece como categoría conceptual que, en el caso del castigo, equivale a discutir si es típica, antijurídica y culpable.

Tal como se aprecia, la racionalidad conceptual de la sistemática jurídica es un espejo de la racionalidad social que se ha ido convirtiendo emblemáticamente, siguiendo a Weber, en formal. El encapsulamiento del que intentan salir los teóricos del sistema penal tropieza siempre con las relaciones sociales, que incluso pugnan por legitimar al Estado desde sus intereses. Se ven obligados entonces a

<sup>19</sup> Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Hamburg, 1992, pp. 35 y 36.

<sup>20</sup> La significación de los procesos de racionalización se aprecia con claridad en los trabajos de Max Weber, véase la sistematización que hace de ellos, Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Frankfurt a. M., 1981, pp. 332 ss.

contentarse con emprender una limitación, situándose en la materialidad del mismo Estado. Es por eso que optan por apelar a sus principios legitimadores. Estos principios originariamente escaparon a la racionalidad social, en el sentido que no obedecían a intereses particulares. Es llevándolos a su radicalización que se busca capturar el sentido material del límite. La exigencia de un Derecho penal mínimo va precisamente en esa línea. Todos los intentos abolicionistas, que inocentemente fueron levantados a fines de los años sesenta, carecen de sentido al permanecer intactas las estructuras distribuidoras del castigo. Así, el infractor que ya no puede abstraerse a la racionalidad que lo lleva a delinquir y que, al mismo tiempo, le exige la abstención, se encuentra en ese trance, que lo llevará, en cualquier caso, a la marginación; la libertad ambulatoria no es más que una coartada contra los desobedientes. Es esta episteme la llamada a pasar por su cedazo a todo el resto, ya que en la crítica está la heterodoxia y en ella la legitimación de lo racionalmente existente. Es en el marco de las relaciones sociales donde anida la agonía de los sujetos y por ello la facticidad ha de ser acicateada allende la formalidad, pues está comprometida en ella la dignidad de las personas y, en definitiva, la Ilustración como proyecto autolegitimado. Los principios del Estado moderno representan esa esperanza.

La concreción de ella comienza, pues, con la que llamaré *radicalización de la legitimación*, esto es, un hurgamiento en la única tabla de salvación que queda, la de los principios liberal-democráticos. Esta tarea, que ha sido abordada por Habermas en sus últimos trabajos, requiere diagnosticar, en el caso del castigo, la tensión racional y someter a revisión los modelos epistemológicos que todavía subsisten, pero que, a partir de los trabajos político-criminales, han sido particularmente criticados. No obstante, la cuestión pasa por las manos de la sociología y de la filosofía social, ya que para los juristas penales es difícil ver más allá de sus circunstancias, salvo que uno entienda esas disciplinas desde una perspectiva integradora. En cualquier caso, lejos de lo puramente procedimental, los dogmático penales tienen a la vista un sustancialismo limitador, el de los principios liberal-democráticos, son ellos los llamados

a limitar el despliegue estatal, más todavía cuando éste se encuentre comprometido con intereses singulares.

#### IV

Si los intereses sociales, con su modelo de racionalidad, han de confrontarse con el Estado, entonces el problema no será sólo el de cómo radicalizar los principios de este último como límite, sino, sobre todo, cómo hacerlo cuando los mismos agentes del Estado están expuestos a este mismo modelo de racionalidad. La idea de radicalización exigiría así, en todo caso, un inevitable doble compromiso: con los intereses egoístas de cada uno (bajo dicho modelo de racionalidad) y con los principios del Estado. La agonía de los sujetos infractores, impuesta por la misma racionalidad social coactiva, queda de manifiesto en la pugna causada por el sometimiento y la negación, que es orquestada por el Derecho penal en términos de prevención y castigo<sup>21</sup>. La dogmática penal, antes que poner ello en tela de juicio, lo da por supuesto; un supuesto que incluso para quienes lo advierten, v.gr. los político criminales, es inevitable, pues aquella es la realidad sociohistórica en la que se edifica esa sistemática jurídica, para la cual la confrontación en estos términos es un supuesto. La construcción dogmática, entonces, se realiza desde el observador comprometido con lo real, antes que desde la conexión con el participante concurrente a la misma. Sólo cuando se entrecruzan esas perspectivas la dogmática penal cambia el giro, pero eso no le permite deshacerse de los compromisos racionales, como tampoco de los intereses que hay tras ellos. Así pues, sólo quedará como salida la tarea de la validación racional de lo existente a través de la legalidad (derecho positivo), una legalidad plasmada por vía de la legitimidad, para usar la expresión habermasiana, no sólo procedimental, sino también sustantiva, al menos para los teóricos del Derecho penal.

<sup>21</sup> Acerca de la incapacidad de la negación, que azuza el orden, se puede ver Adorno, Theodor, y Horkheimer, Max, *Dialéctica del Iluminismo*, trad. cast. H. Murena, Buenos Aires, 1987, pp. 267 y 269.

La comprensión de esa agonía entronca con dos cuestiones que exigen un detenimiento mayor y que conectan con nuestro punto de partida. En primer lugar, una explicitación de la conexión entre la racionalidad social y la facticidad de toda sistemática penal; y, en segundo lugar, la indagación en las relaciones socioeconómicas como agente de construcción de la dogmática.

Los juristas dedicados al estudio del Derecho penal, por lo que respecta a lo primero, hace rato que advirtieron como evidencia la construcción de su sistemática jurídica anclada a las relaciones sociales como telón de fondo. En esa construcción racionalizadora, el castigo aparece conceptualizado en el mismo entramado racional en el que está el delito, la norma penal o el sujeto infractor. Esa racionalización del Derecho penal incorpora a sus estructuras, y esta no es, tal cual se señaló, una cuestión explicitada por la dogmática penal, la racionalidad social a partir de la cual se racionalizan las normas jurídico penales. En general, esto ocurre con todas las estructuras dogmáticas. Para decirlo de otro modo, esa racionalización de los expertos tiene la pretensión de una, *prima facie*, neutralidad valorativa, sin hacer notar que esa misma pretensión entraña valoraciones propias de la estructura social, sólo que, encubiertas. Los trabajos desarrollados por la criminología crítica intentan ponerlo de manifiesto al conectar el sistema penal con los intereses económicos y políticos escondidos tras la rúbrica del Estado de Derecho. Luego, lo que intentan construir quienes advierten semejante evidencia, es una sistemática jurídica que renuncie a la reproducción interna de esos intereses, pero siempre tropiezan con la paradoja del mismo Estado, que se autoconstata en la aplicación del monopolizado castigo, y que en definitiva obedece a la hermenéutica de dicha racionalidad. Esa imposición no es, evidentemente, banal. La construcción racional del Estado asumió una legitimación desde el pensamiento, pero desenmascarados los intereses envueltos en el saber, sólo en la vertiente democrática de los Estados modernos descansarán las apuestas por la unidad racional política. Por supuesto, un puro procedimentalismo (en este caso de las normas jurídicas) no la garantiza.

Es cierto que la racionalidad social ha sido impregnada por una razón instrumental<sup>22</sup>, característica del distorsionado Estado burgués tardío, en el sentido que en su mismo despliegue se reafirma ante los sujetos como concreción de la realidad racional interesada, pero eso sucede con notas propias tratándose de las esferas política y económica. El cálculo, en efecto, halla su inspiración racional en la sociedad burguesa tardía, *con arreglo a fines*. La imposición del castigo, pues, corresponde a acciones de ese tipo; la convivencia, y también sus rasgos anómicos, son presas del cálculo. Los sujetos reproducen esa misma racionalidad en la prevención del delito, que anida en el amedrentamiento supuesto por el castigo. De esta manera, la sistemática jurídica no es más que una esfera racionalizada por la misma racionalidad de la que está impregnado el Estado. Luego, toda reforma del sistema penal tiene como punto de partida a esta última, incluso las reformas más extremas emprendidas por los teóricos del Derecho penal. Cualquier esfuerzo superador de la misma pasa, entonces, por la heterodoxia del pensamiento dominante, que se ha entregado a la división social del trabajo<sup>23</sup>. Para decirlo con otras palabras, los esfuerzos de los penalistas por deshacerse de este modelo de racionalidad llegan demasiado tarde y, por eso, no tienen más remedio que contar con ésta.

Quienes descubren esa tensión saben muy bien que la única salida posible se encuentra en una materialidad justificadora, en cuanto límite, de la coacción estatal. Otra cosa es imposible, la misma racionalidad social ha derrotado todo esfuerzo por resistirse a su administración. Es decir, una validación de las normas, surgida allende la formalización normativa, se encuentra en el sendero legitimador de las mismas y éste es, según se ha reiterado, el de los principios del Estado moderno<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Desde los trabajos de Weber, la racionalidad formal (con arreglo a fines) aparece como una forma de racionalidad de la acción, pero él no llega a sistematizarla como racionalidad social.

<sup>23</sup> Adorno, Theodor, y Horkheimer, Max, *Dialéctica del Iluminismo*, p. 285.

<sup>24</sup> De no ser así, entelequias como el *deber de obediencia*, así como el Derecho penal de autor, próximas a la experiencia nacionalsocialista, se vuelven peligrosamente plausibles. Vid. Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, T. I, trad. cast. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y

Con ello, la relación racionalidad formal y material (principios del Estado) es tensada en los mismos cimientos del Estado, apareciendo así las condiciones para una minimización de la coacción dramática del Estado sobre los sujetos. No se elimina la agonía de estos últimos, puestos siempre entre su identidad específica y el sistema racionalizado, pero sí se limita.

Como consecuencia, ha de señalarse que mientras los intereses socioeconómicos queden a resguardo, la dogmática únicamente los refrenda vía procesos de racionalización formal. La concreción de los mismos se hará manifiesta en la construcción de los tipos penales específicos. Tras ellos se encontrarán los bienes jurídicos, fundando el castigo, que son una manifestación de la valoración social dada a determinados intereses. En la protección de la propiedad, de la seguridad del Estado, por ejemplo, aparece el sustrato sociológico del castigo. Revisada la historia del Derecho penal, se advertirá sin esfuerzo la simetría entre esos intereses y las prohibiciones. La dogmática penal recoge y sistematiza esos intereses en una construcción racional sistematizada, con revestimiento de neutralidad valorativa. Pero el compromiso está a la vista. Hay muchos otros casos en los que esta evidencia se confirma, volviéndonos aún más conciente lo afirmado, por ejemplo, en los conflictos multiculturales, que son zanjados desde la refrendada prohibición a los *otros*. Este no es más que un ejemplo, uno más, en el que la igualdad formal de los ciudadanos maquilla la desigualdad material y desenmascara la tensión interna entre la formalidad y la materialidad del Estado. En estos casos extremos ya se ha tomado partido. Los velados intereses hacen su aparición dando por obvia la comprensión cultural común hegemónica desde donde se pretende simplemente la afirmación de tales intereses. Y entonces, a la sistemática jurídica no le queda más que levantar construcciones que den cuenta de la extensión de la tolerabilidad, cuestión que efectúa en aquello que se denomina penalmente imputabilidad. En definitiva, la sistemática jurídica racionalizada, tal cual se aprecia, no es neutral, se

Javier de Vicente Remesal, Madrid, 1997, pp. 179-180. Desde luego, un procedimentalismo no garantiza tampoco, en el ejercicio de una libertad negativa, la ausencia del irracionalismo.

emparenta con su contexto histórico y cultural y con los intereses socioeconómicos que están envueltos allí, sirviéndoles.

Para concluir, se puede afirmar que con una autonomización agónica, cercada por las prohibiciones y los castigos correlativos, inmersas en una racionalización sistemática (conceptual) adueñada por una racionalidad social parcial, a los sujetos sólo les queda reclamar apelando a la materialidad teórica del Estado. Ahora bien, incluso cuando ello se les aparezca bajo las contrariedades que supone el contenido de esas formalizaciones racionales, les queda como salida heterodoxa a esa racionalidad la racionalización de la misma, por medio de una radicalización de la legitimidad (del Estado), que permita entonces la convivencia y la emancipación de las garras del *pensamiento agnóstico*.

Desde luego, esa tarea corresponde a los observadores de este proceso dialéctico bajo la consigna de la conciencia simultánea de la participación, pues de lo contrario lo único que se hace es correr las cortinas ante la misma realidad. De esto ya se dio cuenta la dogmática penal, a pesar de las críticas, y hace tiempo, como se ha visto aquí, abandonó el viejo paradigma epistemológico sujeto - objeto, entendiendo la esfera penal del Derecho, en cambio, ciertamente en las coordenadas del dinamismo social, alejado entonces de la rigidez observacional en que se sitúa un observador (jurista) distanciado sin compromiso, cuestión que en las ciencias sociales no es más que una quimera. Con todo, ese compromiso teórico casi inevitable, ha de situarse en la legitimidad del Estado y no ya en su pura legalidad formal. De pretender apelar únicamente a un procedimiento (el de toda norma jurídica) para la justificación de las prohibiciones, caeríamos en la vieja sospecha que rodea al formalismo (igualdad simulada) y de esto quieren huir, precisamente, los modernos teóricos del Derecho penal. La vuelta a los principios del Estado moderno, a su cuestionamiento y desarrollo permanente, donde descansa su legitimidad, es un sendero que siempre ha de recorrerse en tiempos de crisis. Es un camino de ida y vuelta. Desde las fuentes, a las que se regresa para retomar el rumbo, se abre la huella para lo que se nos presenta como dificultad.

## Bibliografía

- Adorno, Theodor, y Horkheimer, Max, *Dialéctica del Iluminismo*, trad. cast. H. A. Murena, Buenos Aires, Sudamericana, 1987.
- Amelung, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1ª ed., Frankfurt a. M., Athenäum, 1972.
- Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho penal*, trad. cast. Álvaro Búnster, 1ª, México, Siglo XXI, 1986.
- Berlin, Isaiah, *Conceptos y Categorías*, trad. cast. Francisco González Aramburu, 1ª reimp., Madrid, Fondo de Cultura económica, 1992.
- Borja, Emiliano, *Ensayos de Derecho penal y Política Criminal*, San José, Costa Rica, Continental, 2002.
- Bustos, Juan, *Introducción al Derecho penal*, 1ª, Santiago, Chile, Ediar-Cono Sur, 1989.
- Chartier, Roger, «L'Histoire Aujourd'hui: Doutes, Défis, Propositions», *Eutopías*, 2ª época, vol. 42, Valencia, España, 1994.
- Dahrendorf, Ralf, *Ley y Orden*, trad. cast. Luis María Díez-Picasso, 1ª, Madrid, Civitas, 1994.
- Elias, Norbert, *Compromiso y Distanciamiento*, trad. cast. José Antonio Alemany, 1ª, Barcelona, Península, 1990.
- Foucault, Michel, *Surveiller et Punir: naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1994.
- Habermas, Jürgen, *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, trad. cast. Jaime Nicolás Muñiz y Ramón García Cotarelo, reimp., Madrid, Taurus, 1992.

Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1981.

Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992.

Hassemer, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., Europäische Verlagsanstalt, 1980.

Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 5ª ed., Hamburg, Meiner, 1995.

Hormazábal, Hernán, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El Objeto protegido por la Norma penal*, Santiago de Chile, Ediar, 1992.

Jaén Vallejo, Manuel, *El Concepto de Acción en la Dogmática Penal*, Madrid, Colex, 1994.

Jakobs, Günther, *Sociedad, Norma, Persona en una Teoría de un Derecho penal Funcional*, trad. cast. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, 1ª, Madrid, Civitas, 1996.

Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Hamburgo, Meiner, 1992.

Larrauri, Elena, *La Herencia de la Criminología Crítica*, 1ª, Madrid, Siglo XXI, 1991.

Lukács, Georg, *La Crisis de la Filosofía Burguesa*, trad. cast. León Rozitchner, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XX, 1958.

Pavarinni, Massimo, *Control y Dominación*, trad. cast. Ignacio Muñagorri, 4ª ed., México, Siglo XXI, 1993.

Putnam, Hilary, *Razón, Verdad e Historia*, trad. cast. José Miguel Esteban Cloquell, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 1981.

Roxin, Claus, *Derecho penal, Parte General*, T. I, trad. cast. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

Rusche, Georg, y Kirchheimer, Otto, *Pena y Estructura Social*, trad. cast. Emilio García Méndez, Bogotá, Temis, 1984.

Silva Sánchez, Jesús-María, *La Expansión del Derecho penal*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1999.

Simon, Josef, *La Verdad como Libertad*, trad. cast. Ana Agud y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1983.

Wasermann, Rudolf (ed.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch in Lieferungen*, Frankfurt a. M., Luchterhand.

Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, trad. cast. Miguel Izquierdo Macías- Picavea, 1ª, Madrid, Edersa, 1979.

Zúñiga, Laura, *Política Criminal*, 1ª, Madrid, Colex, 2001.