



De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad:

Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el
disvalor de la acción.

Prof. Alejandro Alagia
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

© Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina.

Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales
<http://www.cienciaspenales.net>



De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad: Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de la acción.

Alejandro Alagia *

Un tirador emboscado dispara sobre un caminante desprevenido. Un chico de catorce años puede envenenar a su padre alcohólico y ser víctima de una violación en un instituto de menores. Los bancos de la ciudad son saqueados por pistoleros y un shopping, usurpado por indigentes. Cualquier día también, un vengador dispara hasta matar al ladrón de su billetera, y un *skinhead* rompe los huesos de un inmigrante de frontera. Este escenario no es una utopía negra, no es una pesadilla urbana, es como dice H.M. Enzensberger, la trama de una guerra civil sin facciones ni ideología, un combate, una guerra en el fin de la modernidad.¹ Pero toda esta violencia como delito ha desaparecido. El delito, en adelante, no existirá como hecho prohibido, porque la caída de la modernidad ha derrumbado el muro de la seguridad moral y la incondicionalidad de la fe en la autoridad.

A diferencia de los criminales, bandidos y políticos de nuestros días, los de los tiempos pasados eran creyentes. Querían dejar bien sentado que mataban y morían por algún ideal. Acataban “férreamente”, “fanáticamente”, “inquebrantablemente”, las enseñanzas de un texto. En cambio, a los “actores” de esta época todo les parece superfluo. Se caracterizan por la falta total de convicción, son puro acto visual.

La fuerza de la moral que imaginó Kant y sus seguidores (Jellinek, Kelsen) se desvaneció en el aire, porque se desmoronó una línea de pensamiento que se empeñó en diferenciar el derecho de la espera de la naturalidad, la explicación del fenómeno jurídico como ordenador de los hechos, que los organizó como un deber ser a través de una prescripción moral constituida como norma fundamental con la posibilidad de ser ejercida coactivamente (derecho).² Asistimos al crepúsculo del deber y, por eso mismo, a la muerte del delito en tanto disvalor de acción, como violación a una norma de conducta.

Pero en esta desorientación por falta de un decálogo, de una guía teológica que señale el rumbo a los hombres sobre lo que es bueno, sobre lo que es posible y sobre lo que existe, se han fortalecido las agencias de seguridad, control y represión pública y privada. Cuanto más en peligro se halle la “seguridad”, cuanto más directamente se halle en juego la misma existencia individual, mayor fuerza tiene que cobrar, necesariamente, la credulidad supersticiosa en la coerción y el castigo.

* Abogado 1990, Universidad de Buenos Aires. Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires.

1. Véase, Enzensberger, H. M., *Peripecias de la guerra civil*, Barcelona, Editorial Anagrama, 1994.

2. Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, Buenos Aires, Jorge Alvarez Editor, 1965, págs. 33/44.

Víctimas y victimarios desaparecieron del discurso penal, y en adelante las instancias de coerción y castigo ocupan la centralidad de cualquier discusión sobre la seguridad de la población en general. Es evidente con ello, que la tensión entre el Estado de policía (eficiencia) y el Estado de derecho (garantías), se decide en un desequilibrio en favor del castigo, comprometiendo la libertad, la vida y el patrimonio de todos y cada uno de los miembros de la sociedad civil. Y la historia nos ha señalado reiteradamente, que las épocas en que más se acentúa la lealtad incondicional en la autoridad, son aquéllas en las que la civilización y el pensamiento declinan.

La crisis presente del deber y del valor de las normas, coincide con la optimización del estado de policía; pero es una consecuencia natural del proceso de dominación y de la historia del poder, que sigue la regla de oro de todo proceso social: cuanto mayor sea la lucha por restaurar una moral con valor absoluto sobre la sociedad civil insegura en su existencia, mayor será el peligro para la vida, para la libertad y el patrimonio del pueblo. Porque si se instala esa fe narcotizante en la autoridad, lo suficientemente institucionalizada, se alientan conductas terriblemente dóciles y brutales en personas en apariencia inofensivas, como lo demostró Milgran en su experiencia sobre los torturadores obedientes.³

Por ello, la conciencia crítica como desafío a la autoridad puede evitar precisamente todo lo nocivo que la lealtad incondicional da al poder, provoca en el cuerpo psico-social de quienes obedecen. Sobre esa sensación de desesperación e inseguridad debe proponerse algo distinto a la autoridad milagrera, porque como en el experimento de Milgran, sólo la crisis en esa fe en la autoridad puede limitar la coerción y el castigo irracional. No debemos alarmarnos, entonces, con la caída de una moral dominante, ni creer que ello significará necesariamente, como pretende el funcionalismo sistemático, un peligro para la seguridad del organismo social, para la confianza en el derecho o en los roles del individuo en la sociedad.

Ahora, si en la ley penal no queda más resto de una obligación moral impuesta coactivamente (de la que nos hemos liberado), la norma dejará de ser prescripción moral y fuerza para quedar reducida al gran papel de control y regulador de la arbitrariedad y el abuso de poder, y el crimen en este nuevo paradigma del derecho deja de ser un problema moral; pasa de ser un hecho prohibido a convertirse en un hecho castigado racionalmente. Esta situación, por el contrario a lo que parece, es una gran oportunidad en la que deberá elaborarse una teoría del ilícito que regule el uso de la coacción y la pena estatal, para convertirla en un dispositivo amplio, integral, coherente y sistemático que discipline y establezca límites en el uso de la fuerza. Sólo de ese modo habremos conjurado la correlación entre crisis moral y violencia estatal. Y no parece una tarea difícil, porque la caída de la moral, como cuerpo fundante de las acciones correctas, permite un análisis menos supersticioso del derecho penal y sus normas, al quedar expuestas como normas asociadas y opuestas al poder.

3. Sobre esta experiencia, ver Milgran, S., *Obedience to Authority: An experimental view*, N.Y., Harper and Row, 1974; Moore, Barrington, *La injusticia: bases sociales de la obediencia y la rebelión*, México D.F., Instituto de Investigaciones Sociales, 1988; Dennet, Daniel, *La libertad de acción*, Barcelona, Gedisa, 1992.-

Este cambio en la teoría del ilícito, sugiere en primer lugar que ella tendría respecto del poder coactivo la función de: a) determinar las condiciones en las que el poder coactivo puede o debe ser ejercido (teoría del injusto y del reproche), b) indicar las personas que deben y pueden ejercerlo, c) el procedimiento con que debe ser ejercido en esas determinadas circunstancias y por esas determinadas personas (teoría del proceso penal) y d) establecer el *quantum* de fuerza como coerción administrativa directa y como pena (teoría de la pena), que puede y debe disponer quien, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas circunstancias el poder coactivo.⁴ Si estamos en lo cierto parecería correcto conceptualizar este derecho como el conjunto de normas que regulan el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto del ejercicio del poder coactivo y de la pena, siempre que el centro de la problemática del injusto penal y sus normas, se ubique en el ejercicio de la fuerza. Se relativiza, en consecuencia, el valor o el disvalor de una acción según un imperativo normativo, y los destinatarios de las normas jurídicas penales, en adelante, no serán los ciudadanos sino los órganos del Estado encargados de la coacción y el castigo.

En el ámbito del derecho penal, esta formulación del ilícito no es del todo novedosa; el pensamiento revolucionario burgués del siglo XVIII creó los lineamientos de un derecho penal como derecho al control del poder, como límite al poder, donde el centro del ilícito lo ocupaba la lesión a un bien, y no el disvalor de acción de una voluntad contraria a una norma de conducta. Sobre esto me detendré más adelante, por ahora alcanza con decir que esta disposición de ánimo, no desconocida en el temprano penalismo, servía de límite al poder coactivo, pero nunca el disvalor de una acción confrontada con una norma etizante, tuvo una naturaleza fundante del ilícito. Sin embargo, se instaló en el dominio de la ciencia penal moderna, desde Binding a Welzel y Jakobs, un sistema de imputación construido sobre la base de normas de valor.

La fundamentación del ilícito sobre el disvalor de acción, que infringe una prescripción moral o ética de acción correcta, remite sin duda a la conciencia de la obligación de cada uno de conformar a la Ley. En este esquema, importa menos la lesión que el ideal del hombre bueno. Así, el derecho penal moderno enterró a la teología religiosa, pero inauguró en cambio, la teología penal, un mundo supersticioso de valores, voluntades y ánimos defectuosos, que condenó la autoridad de la fe para instaurar la fe en la autoridad.

En conclusión creo que no debe preocupar tanto el crimen como voluntad defectuosa, como el estudio para establecer los principios de una teoría del ilícito que normativice la tecnología estatal para reprimir el delito con su único elemento legitimante: el principio de lesividad.⁵

Por otro lado, tampoco debemos sentirnos amenazados por el crimen, ni ese sentimiento de inseguridad que produce en la autoridad y en nosotros

4. V. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Ed. Debate, 1990, pág. 531.-

5. V. von Humbolt, Wilhelm, *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 122.-

mismos, debe justificar por sí solo cualquier punto de vista legitimante del castigo y menos una teoría del ilícito fundada en el hecho de calificar una conducta por su defecto normativo. Es natural que la práctica coercitiva y el castigo operen en la reproducción de la sociedad en un sentido ideológico, y en la conciencia de los hombres señalándoles lo que pueden y no pueden hacer en sociedad;⁶ pero el crimen como dato ontológico, su persecución y posterior castigo no ponen en crisis, ni al régimen ni al estado; al contrario, lo fortalecen y estabilizan, por el mero hecho de que la selectividad en el tratamiento del delito y en el castigo mismo, potencian las interpelaciones que se hacen a través de la práctica de las normas penales, independientemente del valor moral de las leyes penales afectadas. Creo que tiene razón Marx, cuando dice que “el criminal no sólo produce delitos, sino también legislación en lo criminal, produce alguaciles, jueces, verdugos y jurados. El crimen gracias a sus métodos constantemente renovados, crea nuevos métodos de defensa. El delincuente rompe con la monotonía de la vida burguesa; de esta manera le impide estancarse y engendra esa inquieta tensión sin la cual la competencia se embotaría.”⁷ Agregaría también, que gracias a la existencia de crimen en la sociedad, puede pensarse una sociedad justa, porque una sociedad sin conflicto y de hombres morales, sólo es posible donde la autoridad sea moralmente insoportable.

Podría agregarse que el delito se convierte en conflicto social, no precisamente cuando enfrentamos una conducta moralmente defectuosa, sino cuando nos hallamos frente a una violación del principio formal de justicia, es decir cuando las reglas y normas no se aplican continuamente y consistentemente por igual a todos y cada uno de los miembros del grupo social. Una violación de este tipo al concepto de justicia produce una desorientación mayor de la que produce el propio crimen, y pone forzosamente en crisis la autoridad y al estado en su monopolio del ejercicio de la fuerza legítima, y a la clase dominante, como conducción “justa” (en sentido formal) del conjunto de la sociedad.⁸

Por esa razón, no hay equivocación posible cuando señalamos que la mayor o menor cantidad de crimen en una sociedad, no es una clave para individualizar algún peligro para el estado de derecho, ni la naturaleza del delito que predica la crisis de la moral dominante (como decálogo de las acciones buenas), incide en algo para la posibilidad de constituir una sociedad democrática y plural. En cambio, de la conclusión y el juicio que hagamos sobre el tratamiento y la tecnología que opera en una sociedad para combatir el crimen, sí podremos seguramente calificar a ese régimen de democrático o no democrático.

En nuestro país, el consenso y el acuerdo de la sociedad civil hacia el poder fueron la excepción. Nunca pudieron instalarse del todo reglas (una teoría del ilícito) del control del poder punitivo y un sistema racional de fines adecuados a medios, en el cual el poder de la autoridad estuviera legitimado en

6. V. Therbon, Goran, *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Madrid, Siglo XXI, 1987, págs. 75/91.

7. V. Marx, Carlos, *Teorías sobre la plusvalía*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Cartago, 1974, págs. 327/8.-

8. V. Heller, Agnes, *Más allá de la justicia*, Barcelona, Ed. Crítica, 1990, pág. 131.-

el reconocimiento por parte de la sociedad civil del valor regulatorio del uso de la fuerza coactiva de las normas penales, ni se internalizó la creencia de que la sanción punitiva debe estar necesariamente asociada a una lesión efectiva de un bien relevante de otro. De este modo a la mentalidad común le es muy difícil advertir la justicia de los castigos, porque en esos casos, como advirtió Marx, el pueblo ve el castigo pero no ve el crimen, y por el mismo hecho de ver el castigo donde no hay crimen, dejará de ver crimen donde haya castigo.⁹

Esta angustia con el tiempo se vuelve entendimiento. Pero la autoridad, en ese contexto de inseguridad, se fundará más en la dominación que en el consenso.

En este orden de ideas, una teoría del ilícito y del castigo que no reconozca la centralidad en su sistema a la ley penal como mecanismo regulador de la fuerza estatal, como límite al poder punitivo, y donde el principio legitimante de la teoría no sea otro que el principio de lesividad, contribuye muy poco para que la autoridad en la sociedad descansa en el acuerdo y el consenso de todos y cada uno de sus miembros.

Paradójicamente, cuando la teoría del delito se separa del principio de lesividad y de una interpretación regulatoria de la norma penal y adopta, como justificación, el disvalor de la acción, el castigo se convierte en pura fuerza sin más sentido que instaurar la fe en la autoridad.

Eso último, es una práctica hegemónica del poder, esencialmente antidemocrática, porque la voluntad defectuosa en la teoría del ilícito no es un dato que sirva para limitar la imputación y el castigo, sino para fundarla, y por esa razón la lesión a un bien jurídico como conflicto, se excluye como relevante para limitar la coerción. Por lo tanto, si se extravía el conflicto como dato real de un castigo, nadie asociará el castigo a un crimen, y eso necesariamente lleva a la autoridad a una crisis de legitimación, porque no se tolerará que el gobierno descansa en el puro ejercicio de la violencia, sobre la imagen idealizada de un hombre bueno. En este escenario, el hombre real cuenta únicamente como cuerpo del castigo.

Pero denunciar la teoría del ilícito y del castigo como decálogo moral coactivo, no explica la razón de su constitución como teoría punitiva dominante. En este sentido, creo que el programa cultural del positivismo, cumplió un papel significativo para impedir que se constituyeran otros puntos de vista en el tratamiento del delito.

Como en otros países latinoamericanos, la ideología positivista desempeñó un considerable papel en el intento por dar una única explicación a la cuestión social y criminal, cuanto por articularse con las instituciones, que como las jurídicas, sanitarias y militares, tomaron a su cargo un conjunto de prácticas sociales de exclusión en el mismo momento de la formación del Estado Nacional. Existió así, toda una gama positivista destinada a diagramar un modelo de país, donde las instituciones trazaron un límite entre los asimilables o excluidos de la modernidad, a la paz y a la administración como horizonte de lo único real.

9. Citado por Pierre Vilar en *Economía, Derecho e Historia*, Ariel, 1993, págs. 107/137.-

La coerción extraeconómica, que el positivismo se propuso implantar, tendió a bloquear todos los caminos que conducían a la revuelta social o a la organización del robo, cuestión que fue crítica para la sensibilidad pequeño burguesa de las ciudades, fomentando un sentimiento colectivo de inseguridad que sirvió para implantar campañas de ley y orden, que ni el mismo estado pudo controlar.

En esta ideología del control social durante la instauración de un orden de estado, se cruzaron la ciencia médica y la moral media temerosa de ser víctima de la indecencia de los pobres e inmigrantes. La moralidad de esa época, resuena como una empresa de regeneración colectiva a través de medios violentos, como condición para la construcción de una nación moderna, y en el marco de una utopía médico moralista.

Esta forma de instaurar la obediencia en una sociedad civil débil, por no decir inexistente, cruzado con un discurso médico-pedagógico, conspiró contra la formación de un orden democrático, estimulando formas de poder oligárquicas (por excluyentes) que legitimaron una dominación hegemónica inhibiendo toda posibilidad de lograr cualquier consenso.¹⁰ Pero en la realidad, esta estrategia, que no pudo congelar la dinámica social sino apenas retardarla, tuvo su mejor dominio en el plano del discurso, que aunque en crisis radical, sigue predicando en el presente, como música de fondo del ejercicio del poder.

El diseño normativo del estado sobre esas bases nunca logró los resultados esperados; tal vez esa circunstancia pueda explicarse por el simple hecho de que la estructura social y económica del país deformaba incluso las mejores intenciones de la ciencia. Por eso, no es de extrañar que existieran dos tipos de justicia, o mejor dicho, dos formas de ejercicio del poder: el paternalismo moral que se quiso implantar en las ciudades, y del cual se hablaba en las cátedras universitarias, y la justicia local, donde la norma es la mera autoridad del caudillo ajustada a su carisma y a un intercambio recíproco de favores, sobre la base siempre de condiciones de desigualdad y sumisión de quienes obedecen por temor.¹¹

Pero no sería justo, no correcto, asociar la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción al impacto del programa cultural del positivismo, incluso, porque sus genealogías provienen de ámbitos distintos, el idealismo filosófico (neokantismo) y la sociología (J.M. Ramos Mejía, Agustín Alvarez, Carlos O. Bunge y José Ingenieros); pero lo cierto es que, frente al hecho de haberse constituido como el programa y discurso excluyente que asumió la autoridad, y los agentes del estado para la práctica de la coacción y la pena, la única teoría del ilícito que fue y sigue siendo funcional, permeable y dócil, al programa de regeneración moral del positivismo, es una teoría del delito basada en una conducta defectuosa frente a una norma de deber. Positivismo y dogmática del ilícito son las bases de un ejercicio autoritario del poder.

10. V. Terán, Oscar, *Positivismo y Nación en la Argentina*, Buenos Aires, Ed. Puntosur, 1987, pág. 31.-

11. V. Ansaldo, Waldo, "Frívolo y Casquivana, mano de hierro en guante de seda; para una conceptualización del término oligarquía en América Latina", policopiado, Flacso, 1991.-

Si analizamos la teoría del ilícito posterior a Welzel en una perspectiva más amplia, como fenómeno cultural, podemos concluir que la dogmática, como sistema de interpretación de un conflicto, es una obra clausurada.

Hace treinta años, Umberto Eco publicó un ensayo sobre la estética de la música instrumental clásica, en el que afirmaba que a diferencia de la música moderna, el intérprete de aquel ritmo no era libre de entender, con su propia sensibilidad, las indicaciones de la partitura, en la duración de las notas, en su intensidad, etc.¹² El intérprete era un esclavo del texto.

Esta comparación, me sugiere un paralelismo entre dogmática del ilícito y obra cultural hermética, por la incontrastable autoridad del texto, y la clausura a toda posibilidad de eludir la tiranía del deber en la fundamentación del ilícito, sin ser recusado de hereje en el intento de revisar los dogmas del derecho penal moderno, al cuestionar la verdad y la pretensión “científica” de certeza de soluciones.

La dogmática del ilícito, fundada desde el disvalor de acción, se presenta desde el comienzo, como una obra terminada. Lo único que queda al intérprete es revivirla, no hay posibilidad a la contradicción, a la ambigüedad, al pesimismo. La dogmática del ilícito se propone como una solución imperial, “racional”, unívoca para calificar el conflicto, al que interpelará no tanto por reconocer la existencia de una lesión o un daño y decidir la sanción, como por censurar una disposición de ánimo contraria a la norma de deber inscrita en la ley. Por ello, no reconocerá nunca la dogmática, que en materia de normas de conductas, la racionalidad es la incompletitud y la ambigüedad; y en esto puede tener razón Merleau Ponty quien creía que la conciencia que pasa por ser el lugar seguro de la claridad, es por el contrario el lugar mismo del equívoco.¹³ Esta ambigüedad, entonces, no es una imperfección de la conciencia, o de la moral de las acciones, sino su misma definición.

El carácter hermético de sus soluciones, el normativismo moral que funda el disvalor de las acciones (Binding), la precisión en la investigación sobre los estados mentales, su definición de obra pedagógica, de programa ético-social para mejorar la vida del hombre en la sociedad y para servir de instrumento de bienestar y seguridad (Welzel, Jacobs), como su falta absoluta de todo registro de historicidad, convierte el ejercicio de la teoría dogmática del ilícito, en un procedimiento de subsunción teológica de faltas con el único fin de instaurar una lealtad incondicional al poder.

Es un ejercicio teológico, porque sus métodos tienen todas las marcas de la dogmática jurídica medieval.¹⁴ Los lineamientos de la institución pontifical para censurar las acciones de los fieles, se elaboraron desde la dogmática, para que el pontífice encontrara respuesta a todo, a cualquier pregunta sobre cualquier tema, definiendo lo bueno, lo malo, lo falso y lo verdadero. No

12. V. Eco, Umberto, “La poética de la obra abierta”, en *Obra abierta*, Planeta-Agostini, 1992, pág. 71.-

13. V. Eco, ob. cit, pág. 93, citado en apoyo, Merleau Ponty, M, *Fenomenología de la percepción*, Paris, Gallimar, 1945, págs. 381/383.-

14. Véase Legendre, Pierre, *El amor del censor; ensayo sobre el orden dogmático*, Ed. Anagrama, 1979.-

dejaba nada al azar, como el dogmático contemporáneo, y creaba la ilusión de que no hay otra verdad fuera del texto. Por eso el dogmático teológico o secular nunca podrá ser un rebelde. Bajo el peso de su método, y de su obsesión, todos los hechos imaginables caen bajo la lógica de la subsunción. Cualquier escena de la vida social y todo acto humano, la anécdota más cotidiana, como los gestos más inofensivos, pueden ser objeto del caso y calificarse desde el deber normativo. Esto instaura la institución perfecta.

Esta búsqueda brutal por conocer el contenido de la voluntad, hace de la práctica dogmática una investigación irracional por juzgar las malas acciones. Sin embargo tempranamente el penalismo burgués, a través de un fuerte contenido de la filosofía política, señaló que el delito no es algo que pudiera fundarse moralmente. El delito para Bentham como para Beccaria, Mill o Von Humboldt, era puro daño social, y el derecho penal un sistema de garantías del sujeto, de limitación a la actividad del Estado.

Este pensamiento, sólo va a tener continuidad en Von Feuerbach hasta el advenimiento del clasicismo conservador de Carrara, que reacciona contra el liberalismo revolucionario de aquellos precursores, y quien, en su incondicionalidad al iusnaturalismo, propone al castigo no como consecuencia de una lesión, sino como un mal, porque cuando “Dios” castiga lo hace en retribución de una falta moral.

Pero quien cargó con la empresa de secularización del decálogo moral en una teoría del ilícito fue Binding, estableciendo como núcleo central del delito a la norma y fundando el castigo en su infracción. Sin embargo el positivismo, que reacciona contra la metafísica y la superstición del normativismo penal, indirectamente, por la vía de la observación como el único medio de acercarse a lo real, termina en la proposición del castigo como una empresa de regeneración moral. El positivismo por la vía de la pena, y el normativismo por la teoría del ilícito establecen el catálogo de las acciones correctas de un estado paternalista. De todas formas F.V. Liszt, pudo advertir que el derecho penal era el límite infranqueable de la política criminal. Es el primero en señalar desde la dogmática, y por la influencia seguramente de Von Ihering, el interés (conflicto y fuerza) que se esconde detrás de las normas penales; por eso puede plantear como fin del derecho penal la protección de bienes jurídicos, y por esa razón, para él, lo más importante en la fundamentación del ilícito era la producción de un resultado externo a la acción.

Pero el irracionalismo alemán fue terminante en no dejar avanzar al garantismo penal y a una teoría de control del poder; a través de la sistematización de las normas, realizaron el trabajo más sofisticado para destruir la idea del bien jurídico y con ello, el límite más valioso que el derecho penal tuvo para oponer al uso arbitrario del poder. Esta crítica radical contra el materialismo positivista (y contra la primacía de la razón y el progreso), terminó por asegurar las bases de una teoría del delito etizante, que suprimió y acabó definitivamente con un derecho penal que sirviera al individuo contra el abuso de la autoridad. En esta crítica antiliberal, hubo moderados y fanáticos, e incluso nazis. Welzel fue uno de los moderados. Pero otros como Schaffstein y Dham, hicieron dogmática entendiendo al delito como una pura infracción al deber de fidelidad al Estado.¹⁵

15. Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1986, pág. 71.-

Pero no fue una capitulación que comprendió únicamente a los intelectuales, toda la sociedad civil fue solicitada a un punto de vista no democrático de organización del poder. Y no precisamente, como consecuencia de una derrota de la cultura democrática, porque nunca la hubo verdaderamente, sino por el contrario, en razón de que el servilismo a la autoridad, cuyos orígenes pueden rastrearse en la reforma Luterana, es la coordinada que explica la irracional disposición histórica del pueblo alemán a la obediencia incondicional al poder, y de su filósofo, a excepción del momento crítico de Frankfurt, al contribuir idelológicamente a teorizar esa servidumbre. Los grandes acontecimientos producidos al comienzo de la época moderna y que echaron, en el Occidente, las bases para un desarrollo democrático del poder, acabaron en Alemania, con la plasmación secular de pequeñas tiranías, antes de la unificación, y luego de la unidad nacional, en gobiernos con puño de hierro. Ni la Reforma, ni las luchas por la independencia contra la opresión Napoleónica, ni siquiera la revolución de 1848, lograron modificar la psicología del súbdito alemán. Por esa razón Hugo Preuss pudo decir del pueblo alemán “que es el más gobernable del mundo, en el sentido de un pueblo activo y dinámico, con una habilidad y una inteligencia superiores en general a lo corriente, y con una tendencia crítica bastante desarrollada para todo lo que sea razonar; pueblo sin embargo que en lo tocante a los asuntos públicos, no esta habituado, ni tampoco lo quiere, a obrar espontáneamente sin las órdenes de la superioridad o en contra de ellas, y que por lo tanto se siente perfectamente ensamblado, y casi actúa bajo la dirección de la autoridad como si obrase por su propia voluntad. Y esta actitud para dejarse organizar, unida a aquellas excelentes cualidades, ofrece un material extraordinariamente bueno para cualquier organización, pero sobre todo para la de tipo más puro, que es la militar.”¹⁶ Este semblante psico-social del pueblo alemán escrito en 1919, anticipa plásticamente la fuente de legitimación del poder nacional-socialista, pero también sugiere un punto de apoyo tanto para el irracionalismo filosófico de un Schopenhauer o de un Nietzsche, como para las teorías de lealtad y fidelidad al estado formuladas por los profesores de derecho penal de la escuela de Kiel. Ese carácter alemán, constituido históricamente, explica que al derrumbarse el régimen de los Hohenzollern, la sociedad civil cayera en la pérdida casi total del sentimiento de seguridad conservado desde la dominación feudal, y consecuentemente se exigiera el retorno supersticioso de la fe en la autoridad, sin advertir lo que más tarde testimoniaría Milgran en el laboratorio.

Sin llegar a tanto irracionalismo por la teoría de las normas, en general la teoría del ilícito de postguerra propone moderadamente como núcleo, una infracción de ese tipo (de fidelidad) pero sobre normas con otro contenido, aunque siempre de carácter moral. En ese esquema, también irracional, la acción es injusta porque afecta una norma de determinación, que prohíbe esa clase de acción, siempre sobre la base de un juicio de lealtad.

Es común, por consecuencia, que cualquier discusión acerca de los aspectos relevantes del injusto penal se inicie formulando la siguiente sentencia:

16. Citado por Georg Lukacs en *El asalto a la razón, la trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México D.F., Grijalbo, 1983, pág. 48.-

“en las malas acciones decide la voluntad, no el resultado”. Este aforismo proviene del derecho romano, juega un papel significativo en la dogmática teológica y sobrevive actualmente como el espíritu que gobierna el cuerpo de la teoría del ilícito de Welzel, y en el ultrafinalismo de Kaufmann y Zielinski, quienes hicieron de ese fundamento el fetiche de la teoría: no es la producción del resultado ni su posibilidad, sino únicamente el querer producirlo, lo que constituye el delito en tanto se vulnera una norma de determinación.

La coerción legitimada en esa fundamentación, se apoya en ideales de manipulación moral, al no atender siquiera mínimamente a la corroboración de una lesión relevante en los derechos de los protagonistas en conflicto. Ese derecho interpela más a un súbdito reverente, que a un ciudadano libre y responsable.

No se sigue necesariamente de lo anterior, desconocer el valor de los elementos subjetivos de la acción injusta; por supuesto, no sólo en vista a una punición más justa, sino como reconocimiento a un pensamiento jurídico más elevado, pero no por sus características fundantes del ilícito, sino como límite para la punición.

Que en las sociedades tribales, la gravedad de un ilícito se mide por las consecuencias del hecho, y no por las intenciones del agente, no vuelve al derecho penal de lesión en un sistema mágico religioso. Una sanción en esas comunidades, dice Habermas, tiene el sentido de una compensación por el perjuicio causado, y no el sentido de un castigo que se inflige a un malhechor que se ha hecho culpable de la transgresión de una norma. No se distingue entre actuación intencionada y comportamiento negligente. Lo que cuenta es el perjuicio objetivamente causado: “...tales distinciones resultan posibles cuando surge un nuevo concepto que revoluciona al mundo de las representaciones morales”.¹⁷ Pero esa revolución, no fue el descubrimiento del valor de la intención en la producción de un resultado en el mundo físico, sino en la aparición de la ley “...independientemente de la situación, de la norma jurídica que está por encima tanto de las partes litigantes, como del juez imparcial, de una norma jurídica previa que se considera vinculante para todas”.¹⁸ Quiere decir, que la aparición de una norma por encima del conflicto y de las relaciones interpersonales en general, es la materia que permite el proceso de comunicación social. En el seno de cualquier grupo, las expectativas y acciones (incluidos los actos del habla) son simétricos: yo hago en relación a ti exactamente lo que espero hagas en relación a mí; por la simple razón de que se supone que ambos observamos las mismas normas y reglas.¹⁹

Es una interpretación supersticiosa de la historia la que hacen quienes asocian a una teoría del ilícito fundada en la lesión, con el pensamiento primitivo y mágico.²⁰ Una conclusión semejante puede atribuirse únicamente a la mala

17. V. Habermas, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991, pág. 139.

18. *Ibid.*, pág. 140.-

19. Sobre las expectativas dotadas de sentido por el reconocimiento de una regla o símbolo, ver Habermas, J., *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, 1988, págs. 347/348.-

20. Cnfr. Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Hammurabi, 1991, págs. 114/34.-

intención o a la más absoluta ingenuidad, porque contrariamente, el sentido de la aparición de una norma de castigo, desde una perspectiva natural o positiva, viene a resolver el problema de la venganza y la guerra en las sociedades que comienzan a dividirse en clases y en las que aparecen los rudimientos de un Estado moderno que tiende a monopolizar el ejercicio de la violencia, pero también a regularlo.

Por otro lado, el que el poder punitivo interfiera en los planes de vida individuales sólo y exclusivamente cuando se lesionan derechos ajenos, fue el principio del liberalismo burgués revolucionario, de sus filósofos y de sus políticos, formulados en textos de filosofía política, que servirán luego para construir las modernas teorías de la justicia. Lejos puede parecer esto como la forma de la organización del poder de una orda salvaje vestida con pieles y armadas con palos.

Claro que es un paso adelante, conocer qué es lo que una persona verdaderamente quiso hacer. Sirve para describir la acción punible, y si esa acción punible puede imputarse al autor. De modo que la indagación sobre los estados mentales constituye un límite a la punición, pero nunca al sustrato para un juicio de disvalor de esa acción por su infracción a una norma de determinación; porque como en el derecho natural, el mayor problema de estas normas de valor, es su inexistencia. No hay normas penales en este sentido. Por ello no hay razón alguna para enterrar el principio liberal que fundamenta el delito y el castigo en la existencia corroborable de un conflicto de lesión.

Naturalmente, un análisis diacrónico del proceso de producción de normas penales, las descartaría como instrumento jurídico motivacional principal; si son útiles al consenso, al hecho comunicacional para acordar colectivamente la obediencia a reglas de acción básicas (Jackobs), pues entonces, deberá reconocerse que siempre fracasan, porque el derecho penal interviene, por ahora, siempre frente a un conflicto como sanción. Si no tiene por objeto la motivación del autor, como ocurre evidentemente, y tiene por función la motivación normativa sobre los no-autores, entonces las normas penales son parte de un orden metafísico de valores que sobrepasa el interés de la ley penal.

Estas hipótesis suponen, irremediamente, una actitud omnipotente de la norma penal, que desconocen el valor de todas las instancias motivaciones de la sociedad civil previas a la intervención punitiva, por las cuales la autoridad logra la obediencia de los ciudadanos a la ley. En este sentido puede decirse que la ley penal como castigo es el resultado de la complejidad de las relaciones de la sociedad civil y el Estado, y no el origen del campo motivacional. Nos volvemos agentes del institucionalismo moral cuando queremos elevar las normas penales a un rango de valor pedagógico, pues es un dato irrefutable que el "alma" de la sociedad no son las normas penales o las del derecho privado, sino el hecho socioeconómico fundamental que el derecho privado y el público ritualizan.

Puede decirse, entonces, que la ley penal no describe una clase de acción elevada a modelo de conducta, sino una clase de acción punible, presupuesto del castigo. Si la ley penal es una norma, lo es por interpelar excluyentemente

a las instancias de aplicación del castigo para regular el ejercicio del poder. Ni la ley penal presupone la existencia de una norma metajurídica inmediatamente antepuesta al tipo legal, ni ella tiene por función motivar la voluntad del hombre al cumplimiento del derecho; el derecho público no es un orden equivalente en la tierra a un sistema moral natural, porque las malas intenciones del autor, porque la moral, la buena y la mala, es vital para la autonomía de la persona y para la configuración de un concepto de justicia formal. Nada puede esperarse de la ley penal más que el castigo racional, aunque la buena intención, o tal vez la mala conciencia del dogmático quiera ver al derecho como la fuente de toda obediencia.

No hay norma penal, ni castigo alguno que pueda pretender ubicarse en el campo social como un programa estimulante de las buenas acciones, y que quiera influir en la conformación y preservación de la convivencia humana.

No hay en la historia sociedad que haya perdurado, ni ciudadanía que aceptara obedientemente la autoridad a base de puro castigo.

Por ello creo que sólo cuando definitivamente la sociedad civil vea castigo donde hay lesión, podrá no temerle a la fe impuesta por la autoridad, por que ya no habrá fe sino justicia.