

REAL ACADEMIA DE DOCTORES DE ESPAÑA

**JUSTICIA
Y SANCIONES
PENALES**

DISCURSO DE INGRESO

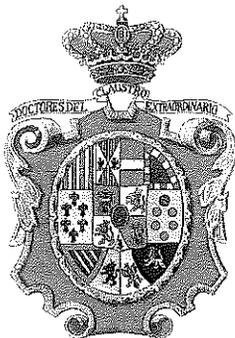
PRONUNCIADO EN EL ACTO DE SU TOMA DE
POSESIÓN COMO ACADÉMICO DE NÚMERO POR EL

EXCMO. SR. DOCTOR
D. ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE

Y CONTESTACIÓN DEL

EXCMO. SR. DOCTOR
D. ALBERTO BALLARÍN MARCIAL

EL DÍA 11 DE ABRIL DE 2007



MADRID
MMVII

Depósito legal: M. 14.498-2007
Imprime: REALIGRAF, S. A.
C/ Pedro Tezano, 26
28039 Madrid

INDICE

Discurso del Excmo. Sr. Doctor D. Ángel de la Torre.....	5
Agradecimientos.....	7
I. Introducción: la relación jurídica de que se ocupa el Derecho penal.....	8
II. El contenido teórico de una paradoja de la política jurídica en materia penal.....	14
III. Atención a aspectos pragmáticos concretos del problema expuesto.....	47
IV. Sugerencias constructivas acerca del objeto primordial del Derecho Penal.....	51
1. Observaciones sobre el <i>bien jurídico</i> protegido en las prerrogativas de la Autoridad Pública.....	54
2. Observaciones sobre el <i>bien jurídico</i> protegido en los Derechos de la Persona.....	70
3. Observaciones sobre el <i>bien jurídico</i> protegido en los Derechos de la Propiedad.....	86
V. ¿Cómo puede convertirse la “Indemnización” en la pena primordial para los delitos de toda clase?.....	100
Bibliografía.....	108
Contestación del Excmo. Sr. Doctor D. Alberto Ballarín Marcial.....	111

El Académico que ingresa, y su obra.....	113
La Propiedad. Necesidad de una justa retribución en los delitos contra la Propiedad. El estado de urgente necesidad (<i>Textos</i>).....	118
La legitimidad de la Propiedad Privada, base de la sociedad democrática.....	119
I. Introducción.....	119
II. El pensamiento de Santo Tomás de Aquino	120
III. La sabiduría de Aristóteles y del Derecho romano ...	120
IV. Los delitos contra la propiedad y la necesaria compensación.....	121
V. Platón y su idea de la propiedad	121
VI. La función social de la propiedad	122
VII. El estado de extrema necesidad	122
VIII. Evolución del derecho de propiedad	124
IX. La función social subjetiva y objetiva de la propiedad	124
X. Conclusión.....	126

**DISCURSO
DEL
EXCMO. SR. DOCTOR D. ÁNGEL SÁNCHEZ
DE LA TORRE**

**Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia
de Doctores de España:**

Excmos. Señoras y Señores Académicos:

Señoras y Señores:

Tengo el honor de comenzar a tomar parte en las actividades de esta Real Academia. Fui admitido como Electo en el pasado mes de noviembre, conducido hasta el seno de su Sección de Derecho, presidida por el Catedrático y Magistrado Luis Martínez-Calcerrada, de la mano de la Académica de la Sección de Humanidades María RuizTrapero, y de los Académicos de la Sección de Derecho Fernando Benzo Mestre y Alberto Ballarín Marcial. A todos ellos, y principalmente a los restantes Miembros de esta Sección, les agradezco que la amistad que me profesan generosamente se extienda a admitirme, como futuro colaborador en sus tareas, a participar de los méritos que vienen logrando ante la sociedad científica.

Me presento ante Ustedes tras larga reflexión. Una Academia de Doctores está formada por «investigadores», o sea, por quienes han sentido un interés vital por abrir nuevos surcos, por iniciar accesos en un paraje intrincado que mantiene oculto aún el suelo donde poner el pie seguro, y sin sospechar si la huella abierta conducirá a alguna parte. El investigador es un aventurero del conocimiento, y ese es el rótulo que distingue a cada uno de los miembros de esta Real Academia. Yo no podría sustraerme a este embrujo.

Por otro lado su organización interna predispone a la colaboración entre distintos sectores del saber, o sea, del querer saber. En esta línea aparecen las mayor parte de las actividades de la Real Academia de Doctores, en publicaciones, en mesas redondas, etc.

Además, es muestra original de su aportación a la investigación, y también la más generosa, su concurso anual para premiar Tesis Doctorales, producidas en cualquiera de las Universidades españolas y sobre cualquier especialidad, que envíen sus estudios a la sede de la Real Academia. Esta actividad no es sólo ejemplar, sino fecunda

Otra característica de esta Real Academia es su apertura a diferentes modos de trabajar en su seno. Además del número tasado de Numerarios, tienen campo abierto los Correspondientes, y sobre todo obtienen especial reconocimiento los Supernumerarios, que siguen aportando su experiencia y sabiduría sin tener que someterse a la estricta disciplina que rige la actividad corriente de los Numerarios.

Esta posibilidad resulta muy afortunada en cuanto a mi propia situación académica. Pues me ha abierto para ella la oportunidad de que el anterior titular de la Medalla número 23, don Rafael Díaz-Llanos y Sáinz-Calleja haya optado por la categoría de Supernumerario tras una larga e intensa dedicación como Numerario. Es un intelectual consagrado en los planos de la cultura histórica y de las inquietudes éticas. Y además le debemos todos admiración por haber tenido como padre al que, en momentos en que las actividades culturales y científicas españolas requerían apoyo de todos, reconstruyó esta Real Academia de Doctores, cuyo origen estaba en la época anterior a la Guerra Civil de 1936 a 1939, y que, sin su iniciativa, junto con otros animados por el mismo deseo, hubiera tal vez desaparecido. Tengo la suerte de poder desearle a su hijo que, durante mucho tiempo, pueda seguir disfrutando del recuerdo de un padre inolvidable.

I. INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN JURÍDICA DE QUE SE OCUPA EL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es un sector básico en el Ordenamiento Jurídico. Opera en cuanto los límites mínimos de existencia, de convivencia, de supervivencia, de intercambios y de bienestar general han sido rebasados. Entonces la coactividad del Ordenamiento jurídico arma las estructuras defensivas que el Estado tiene encomendadas a tal efecto, y trata de remediar la situación, estabilizando en términos aceptables los elementos

sociales que han sido alterados al haber sido lesionados aquellos valores. El Derecho Penal actúa sobre la herida y se mueve en zonas delicadas. En ellas ha de identificar los factores lesivos, tranquilizar a la sociedad, y reparar los daños producidos. La gente espera ya tal actividad porque conocía la existencia de organismos públicos dispuestos a ello, y la posibilidad de su actuación. Delincuentes y víctimas sabían que de suceder determinados eventos nocivos habrían de llegar esas consecuencias. Aquéllos tratarían de eludir las evitando su identificación y su detención. Éstas pondrían su esperanza en que se les hiciera justicia. Respecto a una y otra reacción es el Estado el encargado de llevar a cabo lo más pertinente. Este deber implica las prerrogativas que el Estado tiene para usar coactivamente su poder a través de la Administración de Justicia. Es la Administración Pública quien ha de manejar los instrumentos que el Ordenamiento Jurídico pone a su disposición para activar las sanciones correspondientes: *suum cuique reddere*, «devolver lo suyo a cada uno».

Hasta aquí, todo normal. Desde este punto comienzan las preguntas acerca de cómo se realizará este proceso. El Derecho Penal asume una variedad de objetivos más allá de las fases conducentes a la sentencia final, y estos objetivos se enumeran con diferente énfasis: dar seguridades a la sociedad, castigar a culpables, evitar ulteriores perjuicios, proteger determinados bienes, educar a la sociedad para que estime y realice actos beneficiosos, elevar el horizonte estimativo de la gente para que piense en valores comunes, etc. Y todo ello constituye el empleo de un cierto «control social» sobre el conjunto de las relaciones individuales y de grupo, puesto que el Estado trata de obligar a comportamientos útiles a tales objetivos y a esterilizar conductas que los impidan seriamente. Las instituciones que el Derecho Penal articula (normas, denuncias, investigaciones, pruebas, daños, atención a la presencia de delincuentes y de víctimas) son los agentes de tal actuación, y representan pragmática y simbólicamente la preeminencia del Estado que organiza esta acción jurisdiccional.

Pero una cosa son los objetivos especializados del Derecho Penal y los procedimientos que los ejecutan, y otra el objeto genérico del Derecho Penal como sector del Ordenamiento jurídico global. Esto se ha de evidenciar al incluir el Derecho Penal en la estructura global en que el Derecho, en su conjunto, da

de dar lo suyo a todos y a cada uno (*unicuique*, «a todos y a cada uno lo que les haya de corresponder»).

Hemos estimado que el Ordenamiento jurídico está para dar seguridades a la libertad de la gente. Las da reconociendo que cada uno tiene derecho a exigir lo que gana y a administrar lo que tiene, tiene derecho a relacionarse, a tener amigos, a ponerse de acuerdo para tener hijos y comprometerse a criarlos, a intercambiar objetos con otros, e incluso está dispuesto a renunciar a parte de su dinero para que alguien se ocupe de organizar los servicios públicos y defender su tranquilidad contra ciertos riesgos. Todo ello es el abierto abanico de las libertades. Cada uno trata de manejar y controlar su propio sistema de relaciones, y en el grado en que lo consiga es más o menos libre. Por tanto el Derecho es el ámbito organizado en que cada uno tiene capacidad de acreditar la eficacia de su propia libertad. El Ordenamiento Jurídico ofrece un diseño común y una garantía igual para todos los individuos en el manejo de esa libertad propia, y por ello el Derecho puede definirse como una forma de la libertad de la vida social, que garantiza la libertad individual y las relaciones colectivas, mediante un sistema de reglas y sanciones administradas al efecto por la Autoridad Pública.

¿Cuándo, dentro de este horizonte genérico y complejísimo, comenzamos a pensar en el Derecho Penal? Cuando pensamos que ha llegado el momento de servirnos de él, o sea, cuando hemos identificado su objeto por ser necesaria su actuación.

¿Qué es lo que ha sucedido para pensar esto? Pues ha sucedido que alguna libertad ha sido obstaculizada, o en la persona, o en los bienes de un individuo integrado en esa realidad social. Por tanto lo que el Derecho Penal tiene por objeto es garantizar esa misma libertad cuyos perfiles vienen encarrando hacia múltiples objetivos en múltiples relaciones por el Ordenamiento Jurídico en general. Al incidir una acción nociva sobre persona o bienes de alguien, la libertad de éste resulta afectada.

En este momento surge una relación peculiar entre dos sujetos. Esta relación se fija (*iuris vinculum*) desde una doble individuación: la del sujeto que daña, y la del sujeto dañado, fácticamente unidos por el acto dañoso. Y el Ordenamiento

Jurídico constituye, sobre ese hecho nocivo, una relación que pasa a ser jurídica al nacer una obligación del que comete tal acto hacia el que sufre el daño ocasionado. En el Derecho Romano se afirmaba que las obligaciones jurídicas eran «vinculaciones de justicia» que afectaban a sujetos tales que, o se habían puesto de acuerdo entre sí para intercambiar algún bien (bajo forma de «contrato»); o habían ocasionado un daño en otro de tal modo que se habría de resarcir o compensar para no dar lugar a venganza o a pérdida irremediable en el perjudicado (Y esto resulta ser «delito». *Delictum* se denominaba en latín, o sea, «perjuicio», además de otras formas más graves como eran *crimen*, *facinus*, *scelus*, *noxa*).

Aquí encontramos lo que estimamos que tiene que ser el objeto del Derecho Penal, o sea, la modalidad en que el Ordenamiento Jurídico opera de modo especializado en este género de situaciones. Su objeto es «hacer justicia», o sea, compensar al perjudicado del daño recibido, activando la obligación jurídica que respecto al mismo es forzado a asumir el delincuente. La libertad del delincuente ha operado «ilícitamente» al realizar actos que han ocasionado daños en la propia disponibilidad de la víctima (o sea, su libertad) sobre sus bienes propios (su persona, sus bienes, sus recursos, sus modos de vida, etc.), y por ello la libertad del delincuente habría de ejercerse en la manera de resarcir al perjudicado.

Efectivamente la relación jurídica considerada en cualquier sector del Derecho es la que vincula sujeto y sujeto, libertad y libertad, responsabilidad y responsabilidad. Esta relación jurídica se convierte en objeto del Derecho Penal cuando la libertad de algún individuo, para disponer de su propia persona y de sus bienes propios, resulta negativamente afectada por actos ajenos o por eventos dependientes de la responsabilidad de otro individuo, que ha ocasionado algún daño sobre ellos.

Es vital entender esta noción de «relación jurídica» para fijar el objeto del Derecho Penal, pues si no se entiende correctamente la índole de una relación jurídica tampoco se podrá entender el objeto propio del Derecho Penal. En términos generales, que en su momento se habrán de especificar en detalle, una relación jurídica es siempre entre sujetos jurídicos y éstos son siempre individuos relacionados entre sí de algún

modo: como operadores familiares, económicos, políticos, etc. cubriendo todas las capacidades que cada individuo puede representar como ser humano, tanto si actúan para desarrollar sus intereses propios como organizando la realización de intereses ajenos a los que representa. Por ello la relación jurídica no se da entre normas y normas, ni entre conductas y normas, ni entre individuos y legisladores o gobernantes que definen o cumplen normas, sino entre sujeto y sujeto. Es entre éstos donde se fragua el *iuris vinculum* reflejado en la *obligatio* de dar, hacer o evitar algo que viene definido, bien bajo el recíproco compromiso de un *contractus*, o bajo la sujeción a indemnizar de quien haya cometido un *delictum* (aparte de los daños al Estado que bajo denominaciones como *crimen*, *perduellio*, etc. regulaban las relaciones de lealtad y defensa recíprocas entre *civis* y *res Romana* en el ámbito del Derecho Público).

En conclusión, estimamos que el objeto del Derecho Penal es asegurar las libertades de que los sujetos jurídicos son capaces, actuando cuando alguna de ellas produce daño en las de otros sujetos, y avisando a todos de que actuará siempre que alguna de estas lesiones se produzca especificando las amenazas que penden sobre la cabeza de quienes las cometan. Para ello tendrá que operar sobre la relación jurídica creada por el evento delictivo, hasta conseguir que el daño producido en un sujeto sea curado a expensas del que lo produjo. Su objeto es conseguir que se haya logrado el resarcimiento que la justicia requiere, en la proporción que la materialidad del daño lo permita, y a expensas de los recursos que el culpable pueda dirigir hacia la indemnización debida. Promover tal situación en los términos más satisfactorios, incluyendo esta satisfacción el modo en que delincuente y víctima recuperen la integridad de sus respectivos bienes y recuperen la plenitud de su dignidad de personas pacíficamente convivientes, es la tarea propia del Derecho Penal. Pero ¿es esta realmente la tarea que está asumiendo, en nuestros días, el Derecho Penal?

Ahora será el momento de centrarnos sobre un aspecto del Derecho Penal que afecta de pleno a los supuestos teóricos que hemos adelantado. Para ello no nos fijamos tanto en las características generales de los actuales ordenamientos, como en su comparación con otros horizontes históricos que podríamos fijar en lontananza con los momentos —hay que referirse a la Atenas clásica— en que «el Código penal estaba dominado por el deseo de

asegurar a los ciudadanos la plena y completa disposición de su persona» (como afirma G.Glotz en su extraordinario libro *La ciudad griega*, trad. española 1929, p.322). En el zenit de su régimen democrático las «penas pecuniarias» hacían el oficio de las «penas afflictivas» que prodigan los Tribunales modernos. La pena de muerte sustituida por la confiscación se convirtió en algo así como un rescate: pues el hombre libre, aunque se halle en el último grado de la pobreza, es al menos dueño de sí (afirmaba Demóstenes citado por Glotz). En cuanto a los conflictos penales entre individuos, hasta por la muerte de un esclavo habría de pagar el delincuente daños y perjuicios a su dueño...

Valgan estos mínimos detalles como referencia del problema metodológico. Pero hay que entender que este problema no es grave sólo porque afecte a la metodología del Derecho Penal, sino que se produce en momentos en que la propia esencia de la metodología penalista está siendo falseada y negada de modo tan radical, que no es ya el asunto de discusiones doctrinales entre juristas, sino el asunto de que el Derecho Penal mismo puede desaparecer como derecho que sea forma y garantía de libertades. Pongamos un ejemplo. Los artículos 2 y 3 del Código Penal que estaba vigente en la República de Bulgaria en 1961 define los delitos de la siguiente manera.

«Se considera delito todo acto socialmente peligroso (acto u omisión) declarado punible por la ley. Se considera también como delito todo acto socialmente peligroso que aun no estando expresamente indicado por la ley, se asemeje por su carácter a uno cualquiera de los delitos previstos. Es socialmente peligroso el acto que constituya amenaza para la República popular búlgara y sea nocivo para su régimen social y su orden jurídico».

Ahora bien, esta legislación no es excepcional, aunque de ella falta toda mención a la libertad individual y colectiva, y toda referencia a valores objetivos, y mucho menos a «bienes jurídicos» concretos. No existe tampoco el carácter de «ley previa» a la tipificación de delitos, y no existe la prohibición de extensión analógica para definirlos. Y la pena de muerte estaba vigente para respaldar la «eficacia» de tal régimen «jurídico», en unos tiempos en que el Código penal vigente por entonces en España ya la había abolido para esos mismos delitos políticos. Hay que dejar constancia de que no se trata de regímenes directamente emanados del pensamiento marxista, el cual, por lo menos, preten-

día derivar de sistemas filosóficos anteriores y se adornaba con vocabularios que pretendían alcanzar rango al menos científico. El fenómeno es más general y no exclusivamente de pretendida «ideología marxista» pues también llegan a idéntica situación regímenes nacionalistas y en algunos aspectos (pues puede haber poder absoluto y estar sometido a reglas, como era el caso del franquismo desde la década de los 50) meramente dictatoriales. Efectivamente la teoría jurídica marxista, tal como ha sido estudiada recientemente y nominalmente aplicada en los países soviéticos y soviéticos entre los años 1917 a 1989, no ha sido aplicada en los Estados del «socialismo real», porque éstos miraban con desconfianza lo que fuera jurídicamente vinculante y crease deberes u obligaciones de cualquier índole. Según C.Stoyanovitch en uno de sus libros, «el pensamiento jurídico marxista no alcanza el favor del poder político instalado», y por ello ha quedado sin aplicación. Por otro lado C.Marx sólo ha estudiado al Derecho como instrumento de dominación de unas clases sobre otras, y desde tal perspectiva se complacía en negar toda legitimidad racional a las Instituciones jurídicas, desde la familia y la propiedad hasta al Estado mismo.

El interés de las propuestas que se hacen en este contexto excede, por tanto, a discusiones científicas, y se instala en el terreno de la lucha por las libertades sociales y culturales, por la primacía de la persona humana y de su dignidad, y por los derechos de la participación política ciudadana en un Estado que sólo si se atiende al respeto de los bienes jurídicos mencionados puede ser democrático y, por tanto, legítimo. Cuando la mayoría de los Estados actualmente tenidos como tales no se atienden a esta orientación, el Código Penal vigente en los mismos no será más que un instrumento tiránico más. Se hará verdad —o sea, es realidad en la mayoría de los Estados actualmente existentes— lo que afirmaba uno de los grandes pensadores de la civilización occidental, cuando afirmaba que un Estado, cuando no se ocupa de asegurar la eficacia de la justicia, no pasa de ser un saqueador de los bienes situados bajo su despotismo.

II. EL CONTENIDO TEÓRICO DE UNA PARADOJA DE LA POLÍTICA JURÍDICA EN MATERIA PENAL

La libertad es el bien máspreciado en la existencia humana. Sin ella la vida es insulsa y vana. Disfrutarla da sentido a la

búsqueda de felicidad y, al menos, a cualquier modo aceptable de existencia.

Hay un aspecto de la realidad jurídica en que se ponen en juego los elementos más básicos de la libertad. Se trata de los horribles perfiles de las penas de privación de libertad. Antiguamente la pena de muerte negaba la mera posibilidad de libertad puesto que ésta se iba con la vida. Actualmente la silueta maciza del presidio transparenta la tragedia que se encierra dentro de sus plomizos muros. Pero ello no ha sido un evento casual, ni deja de haber razones de muchos tipos que han conducido a esta situación. Ello es el primer asunto que será considerado, partiendo de la siguiente afirmación: lo peor que esta situación tiene es que nada resuelve en cuanto a los daños causados por ese delincuente.

Los abogados y jueces que despliegan las articulaciones del proceso penal tienen conciencia de la delicadeza de la materia que están tratando: la libertad de cada delincuente se ha convertido en un problema que hay que enfocar y resolver desde múltiples conexiones: se ha producido un daño, se han roto lazos sociales, se han vulnerado normas que protegían la existencia más elemental, se ha despreciado el conjunto de valores que establecen la vida normal, y con ello el ámbito de seguridad y normalidad de muchos: las personas afectadas por el delito, y las personas afectadas en su intimidad y simpatía con el delincuente mismo.

Conectar entre sí las nociones de «Derecho» y de «Sanciones penales» entreabre la puerta a uno de los campos más delicados de la práctica jurídica. Por ello es también un tema tentador para ser estudiado desde un conocimiento reflexivo del Derecho.

Pero sucede que los Ordenamientos jurídicos han venido elaborando las reglas que instruyen este tipo de problemas desde hace muchos años, y las Instituciones que actualmente las regulan han alcanzado rangos depuradísimos de precisión científica: la definición de los actos delictivos, las garantías de delinquentes, los intereses lesionados, la minuciosidad procesal, el tratamiento penitenciario, etc., encuentran soluciones en que parecen concurrir los principios sociales y jurídicos, la eficacia gubernativa e incluso la transmutación de las intenciones criminosas en propósitos de inserción pacífica (Véase la gran ri-

queza de reflexiones que contiene la obra de los profesores M^a José y Fernando Falcón Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, 2005, cuyas referencias doctrinales e históricas serán imprescindibles para conocer el alcance de los diversos ordenamientos jurídicos sobre estas cuestiones. Para una teoría más amplia de la sanción jurídica véase A. Sánchez de la Torre, *Sociología del derecho*, 1987)

Hay algo, sin embargo, que golpea en lo profundo de la sensibilidad de los juristas. Por un lado que la delincuencia de todo orden alcanza proporciones correlativas a las gigantescas concentraciones humanas y a la diversa manera en que los individuos se integran y se desintegran dentro de los diversos ámbitos sociales; y que la mayor parte de los actos legalmente delictivos no llegan a ser conocidos ni procesados según previsiones sociales mínimas. Hay diferencias «cualitativas» en las condiciones que una sociedad estable e incluso estática tenía en algunos tiempos pasados, y en las condiciones que los intercambios personales, los aluviones de desplazamientos masivos de población, y la implosión demográfica en torno a centros de febril actividad económica y cultural, crean en nuestros días.

Por otro lado sucede que las técnicas de reacción social frente a los delitos no se han adecuado a estas nuevas condiciones. La pena más frecuentemente utilizada, incluso como previsión cautelar y no solamente en la sentencia firme, que es el internamiento en un Establecimiento penitenciario, no mejora las propensiones del delincuente, ni contribuye al resarcimiento de los daños, ni puede realizarse en condiciones de habitabilidad y bienestar de los reclusos, ni apenas puede ser sostenida financieramente por la capacidad fiscal de los Estados. A esto se añade la inadecuación de las redes policiales para alcanzar su misión de intimidar a los posibles infractores y de poner a disposición judicial al menos a la mayoría de quienes ya hayan delinquido.

Pero el aspecto más grave que anida en este régimen penitenciario es otro. Lo veremos cuando, haciendo un paréntesis en los hechos descritos, tratemos de examinar si esta situación puede ser acorde con lo que entendemos por «orden jurídico razonable». Para ello hemos de admitir que ocurre en estas cuestiones una «paradoja» consistente en la identificación que suele hacerse entre «Estado de Derecho» y «politización del orden

jurídico» (Véase O.Pérez y G.Teibner (edits.) *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, 2006, p.117, en el estudio de N.Kedar). Mas podríamos distinguir ambos conceptos si aquél ha de seguir mejor los objetivos de la justicia que la arbitrariedad de los hombres, de tal modo que exigencias éticas, condiciones culturales y pragmatismo económico pudieran permitir un orden jurídico donde el «imperio de la ley» se atuviera antes a las funciones legales a favor de las libertades sociales, que no a las imposiciones coactivas desde la tentación que la Administración Pública experimenta de convertir su necesidad en chantaje

No es fácil realizar esto que les propongo. Los juristas que han llegado a estudiar un sistema positivo determinado lo encuentran prácticamente completo y perfecto, salvo algún pequeño matiz cuya reforma lo haría pasadero. Pero quien ahora les habla les pediría que le acompañaran hasta retroceder muy atrás en el camino que los ha conducido hasta su actual ciencia jurídica. Pienso que en algún momento del pasado hemos dado pasos erróneos, y que apenas lo advertimos porque nos hallamos muy lejos del inicio original. Ya hemos olvidado de dónde hemos salido, centenares o millares de años ha.

Dentro de cualquier experiencia acerca de la existencia de delito, siempre nos hallamos un «víctima» (su nombre puede significar «vencido» por enemigos, *vincere, victus*), o devorado por antropófagos (*victus*, «alimento vital»), o «sacrificado sobre el altar de los poderosos») *victima*, concepto que no contradice a los anteriores cuando se sacrifica al vencido para repartir su carne entre el pueblo. Algo de todo ello queda en la noción de «víctima», incluso bajo la vigencia de los Códigos penales contemporáneos.

La actual mentalidad jurídica se ha alejado mucho de los núcleos creativos del orden jurídico, y se mueve en la periferia de métodos y ritos que a veces han perdido sentido de la distancia en que se hallan de las fuentes primordiales e imprescindibles de la justicia. Pondré unos ejemplos que se toman de lenguaje y de reflexiones usuales.

En cuanto al lenguaje, se frecuente escuchar, sobre todo en boca de gobernantes que no tienen valor para hacer cumplir las leyes cuyo cumplimiento les haría impopulares o les causaría reacciones populares con obvia pérdida de votos: «en tal tema,

que se cumpla la ley»; en tal decisión judicial que se respete a los jueces». Pero nada hacen para cumplir o para respetar lo establecido. Las leyes son solamente letra escrita, y las sentencias son solamente solución para un caso. Sin embargo, las Autoridades públicas, además de prometer lealtad al Rey, prometen cumplir y hacer cumplir las leyes. Aunque tal promesa fuera sólo de dientes afuera y, como dicen quienes evidenciar su disposición a traicionar los deberes impuestos por la Constitución, «por imperativo de la ley». Como si jurar contra el propio deseo no obligara tanto a cumplir el objeto por el que se pide el juramento como si lo hubiera hecho siguiendo el deseo (*coactus voluit, sed voluit*).

Efectivamente las definiciones acerca de lo que sea el Derecho Penal suelen ser amplísimas. Por ejemplo: «... consiste en emplear la violencia para resolver determinados conflictos en la sociedad». El *ius puniendi* está en manos del Estado. Puede ser utilizado no sólo para proteger a la sociedad y prevenir delitos, sino también para mantener determinado «tipo de poder» o una determinada «modalidad de orden social». Como vemos, el Derecho Penal vale para cualquier cosa y más bien para todo. Eso sí: debe operar dentro de parámetros establecidos por preceptos constitucionales (J.C.Ríos, «Límites constitucionales del Derecho Penal» *Anuario J.C.Escorialense*, 1995, 11 ss.). Pues entre sus objetivos está proteger bienes como la vida, la integridad física, la libertad, la salud pública, la propiedad, etc. definiendo su lesión como «delito». Para ello amenaza al potencial «infractor» con una pena.

Advertimos dos cosas: la «infracción» es «contra la ley» que protege y amenaza: y ni siquiera se alude a la indemnización de la víctima, o sea, a aquella persona a quien pertenecía el bien lesionado. Por ello ¿para qué valen los «límites constitucionales» si la Constitución descuida el objeto de ese ordenamiento? Leamos también: «El sistema penal debe perfilarse dentro de los límites constitucionales delineados por los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político». ...«Es más importante que predomine la política social sobre la represiva» (pero sólo en cuanto al delincuente). Efectivamente, todas las «garantías nominales» se refieren al delincuente y ninguna a la víctima: reserva de ley: reserva de ley, taxatividad y seguridad jurídica, no retroactividad, prohibición de analogía, principio *non bis in idem*, competencia del órgano jurisdiccional, prin-

cipio e proporcionalidad, modalidades de ejecución de la pena... Asimismo protegen al delincuente (y nada a la víctima) los criterios por los cuales se establecen normas penalizadoras: principio de necesidad, utilidad de la tipificación y de la pena, objetivos de protección especial, principio de prevención general, principio de intervención mínima... Pues la víctima aparece cuando todo eso no ha servido para nada.

Y una vez cometido el delito, ¿qué dato es el que le importa a la policía y al instructor judicial antes de que se produzca la vista ante la Audiencia? Pues estudiar el grado de culpabilidad del delincuente (si llega a ser conocido y detenido), sin preocuparse del estado de necesidad en que se halle la víctima.

Nada digamos de los límites constitucionales impuestos por la índole democrática del Estado de Derecho: todo protege al delincuente: minuciosamente se determina como ilícita cualquier acción que tenga que ver con la «dignidad» del delincuente (prodigiosamente adquirida cuando ha sido capturado), con el trato «humano», y con el principio de «racionalización» de todo lo que tenga que ver con su situación.

Quede para otros momentos el cumplimiento de un principio primordial del Derecho: *neminem laedere* y la consiguiente reparación del daño realizado ilícitamente (Véase A.Sánchez de la Torre «El desvalimiento del principio *alterum non laedere* en el Derecho», *Anales de la R.A.J.L.*, 1996, 205-227).

Efectivamente las teorías penalistas acerca de la función jurídica de las penas impuestas a los delincuentes se concretan principalmente en dos, la «retribucionista» y la «reeducadora»

Según la posición retribucionista el concepto de «merecimiento» o de «demérito» no atenderían al psiquismo individual del delincuente, sino a la objetivación del bien sustraído a otro o dañado en perjuicio de su propietario. Se impone una pena proporcionada, pero esa pena no consiste en la mera indemnización, sino en un mal jurídico impuesto por el Estado al delincuente, equivalente simbólicamente a la importancia del delito cometido. Alguien roba a otro; pues bien, el Estado le pone una multa que se cobra para él mismo, y le mantiene en la cárcel a expensas de todos los contribuyentes incluido el ciudadano robado.

Las teorías re-educativas piensan que el cumplimiento por el delincuente de castigos legales, primordialmente la reclusión bajo diversas modalidades de severidad, contribuyen a formar la conciencia y a enderezar para el futuro la conducta de los delincuentes «como ciudadanos libres y esponsales» Curiosamente, en reciente decisión del T.S., un Magistrado esgrimía el cretino argumento de que, tratándose de un delincuente extranjero, se le debía imponer la pena de reclusión, y no la de expulsión del territorio nacional, porque la Constitución incluía, entre los fines de la pena de privación de libertad, la reeducación y la reinserción social del delincuente. ¡La única persona del mundo que crea que la reclusión servía para corregir al delincuente, tenía que ser un «progre» llevado a la más alta Jurisdicción del Estado! (Sobre estos temas ver A.C.Ewing, *The morality of Punishment with some suggestions for a General Theory of Ethics*, 1970).

Por ello apuntan en la buena dirección los profesores Falcón-Tella (libro citado, pp.249 ss.) cuando se preguntan cuáles serían las líneas teóricas que transformasen adecuadamente las estructuras del Derecho Penal, sugiriendo considerar la «reparación del daño» como sistema conciliador de todos los intereses jurídicos confrontados en las relaciones jurídicas ocasionadas por los actos delictivos.

Una vez observados brevísimamente estos puntos en el panorama de la ciencia penalista actual, mi intención es dirigirles esta pregunta, puesta en el preliminar de estas reflexiones. Si el Derecho es forma de libertad, y si la sanción penal consiste ordinariamente en privación de libertad. ¿Puede un orden jurídico reclamado de «libertad» legitimar su «privación»?

Esta paradoja puede ser defendida como aceptable desde múltiples consideraciones: el delincuente ha hecho mal uso de su libertad y no la merece; la sociedad está obligada a protegerse de quien la maltrata; la privación de libertad ha sido humanizada en el trato penitenciario moderno. Incluso, como afirma la vigente Constitución española de 1978 (art. 25,2), «las penas privativas de libertad... estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Podría pensarse que la cárcel será una oportunidad para el desarrollo de la personalidad y para aprender un trabajo útil. Pero resulta que, cuanto más altos son los propósitos ideales, más profundo es el abismo real que resulta de su evidente fracaso. Atender a los hechos nos hundiría en to-

das las arenas movedizas que se les están ocurriendo a ustedes en torno a este asunto, y por ello hemos de investigar metódicamente sobre ellos (Véase el estudio de D.Nelken en el vol. de R.Banaker y M.Traver (edits.) *Theory and Method in Socio-Legal Research*, 2005, pp.245-258).

Volvamos a lo descarnado de aquella paradoja. Examinemos la noción que ustedes como juristas, tienen del Derecho, y miraremos luego lo que jurídicamente se ha de considerar cuando pensemos en las consecuencias que haya de tener un delito.

Tomemos una definición de «diccionario». *Derecho es un conjunto de reglas concernientes al comportamiento de los individuos en sociedad*. Podemos aceptarla así pero la entendemos desde múltiples «consabidos» que, puesto que somos juristas, fijamos inconscientemente: esas reglas coexisten dentro de un sistema organizado jerárquicamente; el comportamiento individual tiene que referirse a intereses propios que afectan a intereses ajenos, unos singulares y otros colectivos; aquellas reglas son de necesario cumplimiento y en caso de obviarlo habrá Instituciones que compensen tal desviación e impongan condiciones contrarias a ciertos intereses del infractor... Todo esto no viene dicho en aquella definición y sólo los juristas son capaces de integrarlo en ella.

Pero hay también otros datos «consabidos» que residen en un nivel más profundo que el que sirve para articular el pensamiento jurídico propiamente técnico. Son datos que a fuerza de ser consabidos se han quedado muy atrás y apenas se perciben desde la plataforma civilizada en que el transcurso de los tiempos nos ha implantado. Uno de estos datos es el que fija la esencia del Derecho. Toda norma regula algún interés a través de imperativos, prohibiciones, autorizaciones de hacer, dar o abstenerse. Toda conducta jurídicamente relevante es conducta de alguien. Al estar regulado el interés mediante la conducta de un sujeto es éste quien resulta regulado. Y al consistir la norma en una expresión obligatoria es la libertad subjetiva quien resulta mentada en la norma. Por ello las expresiones normativas diseñan figuras o tipos de conducta, y la responsabilidad de tal conducta atañe a la libertad del sujeto a quien se le asigna. Por ello la regla jurídica tipifica la libertad subjetiva. Legaz Lacambra definía así al Derecho como *forma de vida social*. Evidentemente esto es cierto, pero aún se puede precisar más definiéndolo

como *forma de la libertad de los sujetos de vida social*, tal como, siguiendo su huella, prefiero expresar ahora. Este aspecto debe ser añadido a los «consabidos» anteriormente aludidos para integrar el sentido de la definición citada, aunque no sirve aún para acotar plenamente la rotundidad del concepto de Derecho, lo cual no es objeto propuesto para esta breve intervención. Sólo se menciona para enfrentarnos, a continuación, al otro elemento de la paradoja expuesta.

La pregunta oportuna sería ésta: toda conducta jurídica es una forma de libertad tipificada según determinado ámbito de intereses: relaciones cívicas y políticas, relaciones económicas, relaciones familiares, etc. y con las diversas connotaciones procedentes de que se trate de relaciones de Derecho Público o de Derecho Privado. Ahora bien: todas las consecuencias de conductas jurídicamente tipificadas se desarrollarán también dentro del ámbito de relaciones que se hayan producido: siendo las conductas lícitas objeto de «garantía y protección», y las ilícitas de «rechazo y anulación», de modo proporcionado según la materia afectada. Obviamente las consecuencias operan sobre la libertad subjetiva tanto en el caso del acto lícito como del ilícito. Fijándonos en esta última opción, el condenado por fraude perderá la libertad de disponer sobre lo defraudado, el multado perderá la libertad de disponer sobre tal cantidad de dinero, el agresor perderá la libertad de disponer del dinero que haya de entregar por daños y perjuicios, etc. Es la libertad subjetiva quien actúa, pero también quien recibe las consecuencias de su actuación. Este es el alcance de definir al Derecho como «forma de libertad», en cualquier materia y con cualquier resultado. Ello vale tanto para conductas lícitas como para las ilícitas.

Ahora bien. Antes de volcarnos inmediatamente sobre el tema de la paradoja: ¿Cómo es posible que siendo el Derecho «forma de libertad», alguna de sus consecuencias consista en «privación de libertad»? Habría una solución aparente: la «privación de libertad» no sería propiamente consecuencia jurídica, sino medida política o reacción social frente a unos «excesos» subjetivos que implicarían «renuncia» a la propia libertad. Argumento análogo al que Locke observaba al justificar la «pena de muerte» porque un asesino o un gran criminal se convertía a sí mismo en «fiera» y por tanto el Estado estaría legitimado para librar a la sociedad de una fiera.

Mas la objeción desde la propia ciencia jurídica habría de ser otra, y me adelanto a enunciarla. Un acto delictivo viene cualificado de tal por producir un daño, o por incubar la posibilidad de un daño previsible y por tanto evitable. Esto intenta la oportuna norma penalizadora. Mas, de suyo y ante todo, un hecho punible consiste en daño, actual o previsible, y su consecuencia jurídica más elemental y que debería ser considerada ante todo, es que todo delito crea un perjudicado (en sus intereses o en sus derechos) como consecuencia fáctica del hecho punible, y ello de modo intrínsecamente fáctico. Una cosa es que el tipo delictivo esté definido normativamente, y otra que el objeto delictivo consiste de suyo en la producción de un daño a otro sujeto jurídico. No es la norma prohibitiva y enunciativa de responsabilidades delictivas la infringida, sino los intereses que previsoramente habría tratado esa norma de proteger y garantizar a favor del sujeto inocente. La norma penal es sólo alertadora del posible daño, no la receptora del daño. Esto que parece un razonamiento correcto no es recogido por la ciencia penal como dato evidente, puesto que se lo posterga, no asumiéndola en cuanto consecuencia obviamente primordial, en sus preocupaciones pragmáticas. Por el contrario, la ciencia penalista vive tranquilamente asentada en un etéreo narcisismo de prepotencia, donde su principal preocupación sería el análisis psicológico del delincuente para ver «¿qué hacemos con él?».

Ello es un error cómodamente asumido en las doctrinas legalistas, o sea, aquellas que identifican la realidad fáctica del Derecho con la ley que articula su conocimiento y los mecanismos de su tutela, y no alcanzan a considerar que, de suyo, el Derecho se identifica con las formas de libertad de los sujetos cuyos derechos son protegidos y garantizados mediante el conocimiento de las expresiones normativas legales que las regulan, y mediante la eficacia de las Instituciones políticas que las promulgan y administran.

Situar a la víctima en un primer plano de las inquietudes científicamente decisivas para el conocimiento el Derecho ha sido una pretensión que el autor proyectaba ya anteriormente, al afirmar que, en la situación actual, el principio *alterum non laedere* no gozaba de la suficiente eficacia para el supuesto de su infracción por actos ilícitos, sobre todo los que convencionalmente tenemos por «penales» (Véase el estudio en *Anales de*

la R.A.J.L., 1996). Estimo que se puede insistir ya correctamente en la siguiente afirmación: Puesto que el elemento básico, para que ciertos actos sean ilícitos penales, es la existencia del daño y la consiguiente necesidad de su resarcimiento, como reparación a que la víctima tiene derecho surgido de la relación que el causante ha contraído con él a través del bien dañado; el objeto de la ciencia del Derecho Penal debería consistir en procesar tal resarcimiento. Y ello sin olvidar todos los matices que en torno a la noción de «autoría» son conocidos desde la antigüedad. Por ejemplo, cuando entre los juristas Romanos es *homicida* no sólo el que mata, sino el que establece algo de tal modo que determina una causa para que alguien mate...

La conclusión es obvia: la primordial competencia del ordenamiento jurídico en lo referente a actos ilícitos tiene que centrarse primordialmente, o en evitar, o en compensar el daño ocasionado producido desde los mismos. Sólo secundariamente, una vez identificado el delincuente, tratar de que no vuelva a reincidir y de que la sociedad se sienta tranquilizada por ello.

Lo que actualmente sucede es, metodológicamente y por tanto de hecho, lo contrario. Lo primero es detener al delincuente y luego encerrarle en un Establecimiento penitenciario. Pero no es esto lo que demanda primordialmente el Derecho. No sólo en lo que respecta al perjudicado (cuyo resarcimiento queda de hecho encargado a la divina providencia, puesto que se convierte en una fase secundaria y accesoria de la actividad de policías y jueces), sino tampoco en lo referente al delincuente. Y esto lo advertiremos si volvemos a retroceder hacia los principios germinales del orden jurídico.

Evoquemos aquellos enunciados de los principios básicos del jurista imperial Ulpiano: Vivir honrosa y productivamente (primacía de la libertad); no perjudicar a nadie (con su secuencia de la responsabilidad); asegurar las consecuencias oportunas a los actos productivos (lícitos) o dañosos (ilícitos) mediante la organización pública de la justicia que dé a cada uno lo suyo.

En el orden práctico del modo de hacer esta justicia, y teniendo en cuenta que esto es lo que la justicia tiene que hacer, el Ordenamiento jurídico ha de cumplir las funciones oportunas. El maestro Recaséns Siches nos lo ha advertido muy exac-

tamente. La intervención pública ha de procurar, aparte de atenerse a una estructura democrática interna que lo legitime para el empleo de la coacción suficiente, dos cosas: sustituir la acción directa de los sujetos en conflicto, procesándola; y sustituir la venganza privada de los sujetos que se hayan causado daño, impidiéndola mediante su transformación en conflicto que esté sometido a proceso jurisdiccional.

En la historia de los ordenamientos jurídicos ello se ha realizado siguiendo ese mismo orden. Los problemas consistentes en «venganza de la sangre» pertenecían al fuero de las relaciones clánicas, y sólo tardíamente fueron asumidas por la jurisdicción pública (lo vemos en las Ciudades-refugio de los homicidas en la época de la ocupación hebrea de Palestina, así como en las tragedias de la Orístea de Esquilo, y aún existen en países del Oriente Medio y otros, por no hablar de los llamados «ajustes de cuentas» que tienen lugar aún en nuestros civilizados países modernos). Efectivamente la pena de muerte legalmente establecida en las legislaciones más antiguas que se conocen (Código de Manu, Código Hammurabi, etc.) se refería a actos entendidos como crímenes políticos (donde eran las autoridades públicas quienes reivindicaban a la parte ofendida que era el Monarca) o a atentados graves contra la supervivencia grupal (aborto, adulterio). Ello no impedía castigar la enorme culpabilidad del criminal, el cual debía expiar, mediante ritos religiosos y sacrificios relacionados con los dioses de la Ciudad, su condición de «execrado» y «maldito» por haber cometido un crimen de impiedad, que lo situaba fuera de toda relación positiva con el grupo, mientras no hubiera depurado ritualmente la profanación del suelo por la sangre derramada (desde los Hititas hasta los Griegos). Pero la generalidad de los delitos, los de sangre y también los demás, eran castigados mediante «resarcimiento económico». Y también las primeras penas por homicidio se alinearon bajo ese módulo. A su vez ese resarcimiento se hacía posible porque la obligación del resarcimiento se extendía al grupo familiar en su conjunto (la «casa»), la cual entregaría el dinero establecido si así se conformaba la familia del muerto en lugar de exigir venganza (Esta venganza a su vez tenía que hacerse bajo procedimiento judicial. El familiar del muerto puede exigir, o bien que sea matado, o recibir una cantidad compensatoria cuyo monto a veces vendría estipulado por ley). Era ese mecanismo de compensación el que se instrumentaba mediante la «ley del talión», o sea

mediante valoración económica, donde se procuraba que el perjudicado no se beneficiara del hecho de haber recibido un daño (No era el «ojo» lo que se resarcía, sino su «compensación reglada». La sensatez jurídica de los tiempos primitivos pensaba que un mal no se cura con dos males, y que dos males nunca suman un bien).

Vemos en estas observaciones que el Ordenamiento jurídico trataba de impedir la venganza privada, o sea, la venganza de la sangre, civilizándola en el sentido de imponer condiciones que impidieran la autodestrucción del grupo mediante las incessantes réplicas de inagotables actos de venganza. Una vez aquietadas las tensiones vengadoras (pues la intervención procesal que ordenaba la muerte del homicida interfería ya ese mecanismo funesto; o los familiares del muerto aceptaban ser compensados con una suma de dinero y por tanto aceptarían ya la coexistencia pacífica con el homicida y su grupo familiar), se producían los supuestos de la «reinserción social». Esta tenía que ser de suyo el resultado de los procesos legales donde hubiera habido delitos graves, tanto fueran dañosos para las personas como para las cosas. La reinserción social se produciría automáticamente una vez hubieran sido restituidas las condiciones normales de una coexistencia donde no fuera ya previsible, ni la acción directa de los perjudicados en contra del infractor, ni la venganza privada de los ofendidos contra el ofensor.

En nuestros ordenamientos, por el contrario, donde este resarcimiento no es buscado primordialmente, el modo de impedir la venganza privada es retener al delincuente aislado mediante su ingreso en un establecimiento carcelario. Se entiende que durante este tiempo el recluso adoptará buenos sentimientos y nuevos propósitos para no volver a incurrir en situación semejante, y por tanto aprenderá actitudes y ocupaciones que le permitirán convivir normalmente una vez haya transcurrido el tiempo de su reclusión. Al menos eso querría el texto Constitucional... y «vale ya».

(Digamos dentro de un paréntesis que las expresiones acerca de la «reinserción social», en el sentido de buscar trabajo y colocación para el preso una vez que haya agotado su tiempo de régimen carcelario, es sólo una perversión del lenguaje en boca de legisladores ignaros que confunden el humanismo ju-

rídico con la actividad de las agencias de formación profesional; ignorancia de que, si no reflexionamos, nosotros mismos también solemos ser culpables. Pues sabemos el grado en que tales imaginaciones no alcanzan realidad).

¿Dónde se ha iniciado el camino hacia esta concepción jurídica contemporánea, donde las sanciones penales más obvias, inmediatas y generales consistan en el encarcelamiento; y el régimen carcelario sea un «limbo redentor»?

En mi opinión esta práctica parte de dos conjuntos de presupuestos, de los que fijaremos el primero en dos puntos. Ante todo en el hecho de que los Estados se han convertido, desde que han asumido todas las funciones jurídicas públicas (decidir, legislar, juzgar), en protagonistas penales, asumiendo el papel de convertirse en parte ofendida de cualquier acto ilícito (reducido a transgredir la sublime majestad de la ley), pasando a ser los individuos dañados u ofendidos meros «condicionantes de hecho» para que salten automáticamente los «recursos legales del Estado», que posee y administra por sí mismo los establecimientos carcelarios.

Otro aspecto resulta del hecho de que, asumiendo la herencia espiritualista de la religión cristiana, ocupada siempre de verificar la culpa o inocencia de la conciencia subjetiva, el Estado se ha convertido, en los eventos de ilicitud, en «sagrado tribunal del sacramento de la penitencia», entretenido en calibrar si el grado de intencionalidad, la concentración de malicia, y las probabilidades de arrepentimiento por dolor de contrición o por dolor de atrición, del delincuente, aconseja imponerle algún año, mes o día, de más o de menos, en su encarcelamiento. Considerar seriamente cómo y si el perjudicado tenga que ser indemnizado no quita el sueño de los jueces. Examinar si el delincuente tiene bienes para resarcir o llegar a alguna composición sería un legajo secundario que muchas veces, sin embargo, ni siquiera tendría consecuencias, por no disponer el delincuente de patrimonio suficiente ¿No suele decirse que el Derecho Penal es «el derecho para los pobres»? Suele pensarse que el delincuente es un irresponsable económico, e incluso habría teorías acerca de que el delincuente está justificado por su «pobreza económica» para delinquir siendo ello casi el único camino para poder vivir. Se olvida que muchas veces lo primero que planean los futuros delincuentes es organi-

zarse para ser «civilmente insolventes», apelando a personas, familiares, etc. en cuyas cuentas vayan depositando las ganancias de sus timos y de sus corrupciones (y para ello siempre encuentran abogados complacientes y asesores fiscales prestigiosos).. En el otro extremo, muchas veces escuchamos a esos mendigos profesionales que ocupan los lugares públicos donde les sitúan sus respectivas mafias: «Señor, ¿prefiere usted que robe a que le pida (o exija) una limosna?».

Existe además otro tipo de presupuestos ubicados en consideraciones de cierta «razón científica» que, a su vez es estimable aunque sólo a título transitorio: cuando la época ilustrada ha estimado en mayor valor la vida humana, parecería que el sustituir la pena de muerte por cualquier otra modalidad penal, de las cuales la reclusión perpetua o muy prolongada parecería adecuada puesto que implicaba ya el perdón de la muerte, las condenas de privación de libertad física estarían legitimadas. Y, sobre todo cuando el delincuente fuera insolvente, parece que no queda otro remedio fácil y cómodo (aunque ello resulte inútil mirando al perjudicado por el delito) que las penas de privación de libertad en régimen carcelario.

Pero me propongo mostrar que ello no es así.

Todo este alegato podrá parecer un ataque irresponsable al sistema procesal y penitenciario, y alguna de estas frases habrá suscitado razonables protestas en el ánimo de quienes han tenido, sin embargo, los buenos modales de escuchar sin protesta. Pero tal vez se perciba lo que de razón tenga esta posición si recordamos el modo en que el inspirador de las ciencias penológicas modernas, el marqués de Beccaría, planteaba este mismo tema. Lo citaré con palabras del traductor que editó la obra *Tratado de los delitos y de las penas* el año 1774, sólo diez después de haber sido publicada, bajo la siguiente advertencia que transcribo literalmente: *Nota. El Consejo (de Castilla), conformándose con el parecer del Sr. Fiscal, ha permitido la impresión y publicación de esta Obra, sólo para la instrucción pública, sin perjuicio de las Leyes del Reyno y su puntual observancia; mandando, para inteligencia de todos, poner en el principio esta Nota.* Ya vemos que el contenido del libro escocía tanto que las Instituciones políticas tomaban todas las distancias posibles respecto a su contenido. Pero veamos la posición del autor en el tema a que nos estamos refiriendo.

En la página xxiii del Prólogo afirmaba las dificultades de estos problemas tras haber hecho una distinción entre dos clases de normas penales: las procedentes de la inmutabilidad de la justicia divina y las que debieran ser manejadas por la justicia política, atendida ésta al «vario estado de la Sociedad» y que por ello «puede variar a proporción que se haga necesaria o útil a la misma». Y ésta «ni se discierne bien, sino resolviendo las complicadas y mudables relaciones de las combinaciones civiles. Pero si estos principios, esencialmente distintos, se confundieren, no hay esperanza de raciocinar con fundamento en las materias públicas. A los Teólogos pertenece establecer los confines de lo justo y de lo injusto, en la parte que mira la intrínseca malicia o bondad del acto; y al Publicista determinar las relaciones de lo justo o injusto político, esto es, del daño o provecho de la Sociedad».

La proyección jurídica de la justicia humana (que él denomina «política») se centra, como vemos, en consideración de «daño o provecho». Esto es lo que la justicia debe manejar, según Beccaría, en el conjunto de sus actividades y objetivos.

Trae Beccaría en estas palabras una subversión de términos respecto al derecho penal anterior, que sólo parcialmente se ha acogido en los ordenamientos jurídicos. Estos se han fijado únicamente en la proscripción de toda arbitrariedad en la tipificación de delitos y en la previsión legalista de sanciones penales. Pero hay otro aspecto que aún no ha sido asumido. Han perdurado aquellas pretensiones «teológicas», donde primero el Monarca y luego el Legislador se han atribuido a sí mismos el papel de Dios. De este modo el juzgador de todo bien y de todo mal es el Estado, y se convierte también en el perjudicado por todo delito, y en juez de toda sanción. Asume también directamente esta competencia a través de su protagonismo carcelario: puesto que sólo el Estado puede legítimamente encarcelar sin quebrar el elemental derecho a la seguridad física protegida por el derecho del *habeas corpus*

Por el contrario, para dar eficacia suficiente a la revolución penalista de Beccaría, es preciso situar la esencia del delito en la producción de daños contra sujetos jurídicos concretos cuya persona o bienes han sido dañados por el acto delictivo. El autor se fija genéricamente en el dañado en general que es la sociedad. Pero la sociedad es también el poder que la organiza, y

son también cada uno de sus individuos. Es en todos esos niveles donde se halla la «sociedad», no como conjunto indiferenciado sino como es: conjunto organizado y componentes concretos, incluidos todos ellos de modo real en aquella denominación global. Es el daño quien ha de ponerse en el primer lugar del procedimiento penal, para resarcirlo e indemnizarlo. Es del daño del que debe responder, personal y patrimonialmente, quien lo ha causado. Pues veremos que, si la gradación de culpabilidades sólo afecta al propósito de fijar la extensión de las penas de privación de libertad del delincuente, podríamos hacernos esta pregunta: ¿qué gana en ello, ni el perjudicado, ni la sociedad, ni el Estado, ni el propio delincuente? Puro esfuerzo baldío de agentes públicos, de magistrados y de aportaciones de los contribuyentes (dañados patrimonialmente a posteriori sin mecanismos de posible compensación, como no sea si contamos con los deletéreos efectos, de esa «prevención general» tan cara a los criminólogos más ilusos).

Ahora bien, esa «prevención general» no es algo añadido, sino objetivo que el Estado debe buscar primordialmente porque esa es su más directa responsabilidad. Los supuestos de lo que los británicos denominan «poder sin responsabilidad» (Véase A.Allot *The Limits of Law*, 1980) señalan que los Estados modernos se fijan a sí mismos deberes jurídicos atendidos a límites exclusivamente internos, definidos desde sus propia conveniencia, sólo porque el Estado, aunque esté organizado bajo formas democráticas, no se cree vinculado al cumplimiento de algunos de sus deberes más elementales aunque hubieran de ser sus funciones más necesarias. Les encanta, a los partidos políticos que sostienen a sus afortunados Gobiernos, legislar privilegios a favor de sus votantes, aunque estos recursos deberían ocuparse de no dejar indefensos los intereses de la libertad de todos y cada uno de los ciudadanos. Pues suele suceder: que el Estado no se pone a sí mismo más límites positivos que los que mejor convengan a la ambición de gobernantes y legisladores, y deja fuera de normas todo aquello de que no quieren hacerse responsables, ni siquiera cuando esta responsabilidad sea la única raíz de su legitimidad. Los «mandamases» (expresión orteguiana) encaramados en los poderes del Estado florecen y triunfan en medio de sus prerrogativas pero no responden a las cuestiones en que consisten sus deberes. Por ejemplo, los controles parlamentarios al Gobierno se resuelven siempre por las mismas mayorías que apoyan las conductas de ese mismo Go-

bierno, y en definitiva la consecuencia de una interpelación parlamentaria se decanta en el fortalecimiento «democrático» de la arbitrariedad que la originó. Quien debiera haber respondido ante la opinión pública y ante la representación de la soberanía nacional, ni entiende la pregunta, ni sabe, ni opina, ni contesta: victorioso y jaleado por los aplausos de sus esbirros.

La absorción estatal de todos los mecanismos que integran el Ordenamiento jurídico, hasta el extremo que hemos insinuado en lo referente al mundo de la ilicitud jurídica, ha sido gradual, y hay que reconocer que ello es, en muchos sectores, absolutamente necesario. Mas desde el hecho de que únicamente el Estado puede instrumentar la coacción jurídica que debe ejercer la eficacia del Derecho, para garantizar la libertad de los sujetos para disponer de sus personas y bienes; nunca se debe llegar al hecho de que su Gobierno y su Legislatura se apropien el ser la única fuente de justicia, el único criterio de legalidad, el único ejecutor de sanciones, el único intérprete del bienestar común, y, para colmo, el único definidor de la libertad humana y por tanto el único que puede crearla y no sólo definirla, proclamarla y no sólo reconocerla, sustituirla y no sólo garantizarla. Al servicio de esa sola función totalitaria del Estado se hallan todos los recursos de su prepotencia: la policía de las comunicaciones, la legalización del cobro de impuestos, la garantía de la seguridad pública, la creación y por tanto disciplina legal de los ejércitos permanentes, la organización jurisdiccional con su proceso contradictorio, representación letrada y jurisdicciones de alzada, la representación democrática de la participación política, etc. Todo parece servir únicamente a la voluntad del Estado. «Todo el Estado» reside en la voluntad eventual de una mayoría parlamentaria. Es lo que se ha denominado «democracia totalitaria», nueva forma de legitimación de las tiranías demagógicas que actualmente abundan. Las instituciones peculiares del Derecho Penal están en el centro de esta vorágine llena de riesgos y de trampas.

Hay que afirmar, sin embargo, que esta civilización jurídica, aunque en ocasiones sus defectos demagógicos hayan alcanzado una perversidad perfeccionista, ha tenido desde sus comienzos, y aún constituye en gran medida, y por lo general, una aportación necesaria y esencial. Sus construcciones han sido hitos indispensables de civilización social y de expansión cultural de los derechos de las personas y de los grupos. Así ha sido, en sec-

tor que afecta sobre todo al delicado problema de la libertad personal en su más física expresión, la aplicación rigurosa del antiguo principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Pero es dudoso que haya sido un avance civilizador y personalizante el contenido que se ha dado a las leyes penales en muchos de los aspectos en que imponen sanciones que niegan prácticamente la libertad: de los delincuentes en cuando a su libertad física; de las víctimas en cuando a su libertad de disposición cuando no ha sido la propia vida la perdida.

Si esto se ha producido por circunstancias históricas es lo primero que tenemos que ver.

Explicarme esta cuestión me obliga a solicitar vuestra licencia para una breve digresión. La propia noción de Ordenamiento jurídico es una concepción moderna. Tiene precedentes en aquella idea del «reino de Dios» como arquetipo político y jurídico (que tan bien estudió el maestro García Pelayo). Se le une la idea de «soberanía» como elemento constitutivo y definidor del Estado (Suárez, Hobbes). También hay que considerar la idea de «seguridad jurídica» que de un lado legitima al Estado coactivo y de otro necesita equilibrarse con la idea de «justicia cierta».

Durante el Medioevo, todo lo pertinente al orden temporal había sido asumido en un orden «espiritual» en que se concretaban de cierto modo los factores históricos de la cultura europea romano-germánica y de su defensa contra la presión asiática y contra la sumersión bajo las mareas islámicas. Pero esa absorción de las estructuras sociales europeas por sus hegemonías políticas fue sustituida, a partir de los siglos XIV y XV, por un proceso inverso. Todo el conjunto institucional formalizado en la tensión Imperio-Iglesia fue llevado, en la corriente del clasicismo renaciente, hacia un Estado uniformador. El Rey asumía el prestigio del antiguo vicario de Dios, era su instrumento en la tierra, y se convertía en razón ilustradora de nueva perfección social de un progreso indefinido. El Estado era la sola realidad sustantiva. Su voluntad constituía el Ordenamiento jurídico. El pluralismo jurídico precedente quedaba a merced de la voluntad estatal cuya expresión era la Ley: Usos, costumbres, contratos, relaciones, instituciones serían lo que la Ley permitiese, y ello mientras no consiguiera sustituirlo mediante nuevas leyes que estimarían a los intereses anteriormente autárquicos

sólo en tanto y en cómo conviniesen a la voluntad del Estado. A pesar de todas las aportaciones de Erasmo, de Suárez, de Puffendorf, de Kant, de los Ilustrados franceses y alemanes; se implantarían posibilidades políticas de las que Sócrates había reprobado: la justicia consiste en favorecer a los amigos y en perseguir a los enemigos. Los Estados harían uso de aquella frase clásica: «Yo mando lo que quiero: mi voluntad es la auténtica razón». Pero la arbitrariedad de los gobernantes era limitada progresivamente por las Instituciones que personalizaban los principios y valores de un Estado de Derecho, en que se cimentaban pacientemente, pero con gran eficacia, formas jurídicas de la libertad humana. Las fuerzas del pensamiento civil y de la cultura humanista parecieron imponerse en gran medida recortando abusos coactivos de un poder «ilustrado».

Pero precisamente esta eficacia de los Estados modernos albergaba también tentaciones de orgullo y de autosuficiencia. Pues ¿qué mayor vanidad que la de sustituir a la divina providencia del Creador? Las razones del antiguo Derecho Natural se disciplinan en los procedimientos legisladores y en los nuevos Códigos. El Estado no sólo adapta las leyes o crea otras nuevas, sino que recaba también el manejo de sus consecuencias mediante nuevos derechos. Junto a la garantía de los derechos de propiedad asume la antigua beneficencia social y garantiza subsidios a favor de los necesitados. Frente a la crueldad de las penas impuestas a los delincuentes (formas de trabajo forzado en establecimientos militares y en colonias ultramarinas, por no hablar de modos infamante de la pena de muerte) establece para los delincuentes un nuevo pupilaje, como si se tratara de los antiguos huérfanos de la Beneficencia, y en esta línea se generaliza el régimen de prisión.

Bien es cierto que otro tipo de penas coexistían con la prisión (y ésta era a veces un internamiento para forzar a que el detenido buscara modo de que sus próximos pagasen por él sus deudas, rescatándolo para la libertad). Algunas de ellas suelen mencionarse aún en cuanto «principales» junto a la pena de privación de libertad, pero otras han sido olvidadas puesto que en la moderna sociedad de masas y en sus complejas comunicaciones carecerían de sentido. Fijándonos en un Código penal del s.XIX, tenemos las penas siguientes: muerte, cadena perpetua, cadena temporal (en ambos casos llevando cadena al pie, empleados en trabajos duros y sin recibir alimentos de fuera), re-

legación perpetua o temporal (confinamiento en territorios ultramarinos, pero sin reclusión), extrañamiento (respecto a territorio de soberanía), presidio mayor, presidio correccional (incluyendo trabajos forzados, cuyo salario se destinaría: a responsabilidad civil por el delito, a cubrir gastos del Establecimiento, y a ahorro personal a quienes fueran de buena conducta), prisión mayor, prisión correccional (con tareas obligatorias), confinamiento en Islas de soberanía pudiendo trabajar para ganar su subsistencia, recluta para servicio militar (caso de delincuentes que reunieran condiciones y capacidad de disciplina para ello), destierro (en un radio máximo de 250 km. del domicilio del ofendido), reprobación pública, arresto mayor, arresto menor. Eran penas «accesorias» ciertas ceremonias de «degradación» de insignias, honras públicas, etc.

Naturalmente los privados de libertad no podrían durante ese tiempo ejercer funciones familiares, profesionales u otras que no fueran los trabajos establecidos.

Posteriormente diversas técnicas: condenas de privación de libertad condicionales, régimen penitenciario sin ruptura de ocasionales relaciones familiares o sexuales, regímenes transitorios, etc. han «humanizado» las situaciones de los reclusos. Pero la posición teórica no pierde por ello su fuerza crítica, que en este momento podríamos presentar de otro modo: ¿es que no hay otro medio de castigar la delincuencia y de prevenir a la sociedad contra ella con alcance general, que los sistemas carcelarios? Y podríamos dar un paso más y preguntar: puesto que las penas por el delito constituyen un medio necesario de restablecer situaciones de injusticia, ¿no podríamos estimar que la más eficaz e inmediata pena debería consistir en algún modo práctico de remediar algunos de los daños causados por el delito? Y siendo esto así ¿no debería ser el resarcimiento e indemnización por el causante del delito el primero de los recursos de castigo? Y avanzando en esta línea ¿no sería esta medida el medio más seguro y claro de intimidar al posible delincuente? Y aún más ¿no sería este recurso el castigo menos lesivo para la libertad e incluso para la dignidad personal del culpable? Y me permito aún añadir: ¿no sería la previsión del resarcimiento la medida más científicamente objetiva sobre la cual se hubiera de sancionar penalmente al delincuente, y también la previsión más científicamente objetiva para proyectar sobre la sociedad la prevención general contra cualquier delito?

Para ello bastaría centrar sobre equivalencias económicas, reales o convencionales, la escala de gravedad que actualmente suele proyectarse sobre las escalas temporales de la privación de libertad. Está claro que, calculado el equivalente económico, podría ser satisfecho en muchas ocasiones por el delincuente, tantas veces insolvente en lo patrimonial. Pero ya sería factible sustituirlo, con ventaja comparativa respecto a los actuales costos penitenciarios, a cargo de financiación pública o de remedios subsidiarios que paulatinamente se establecerían una vez cambiado el patrón metodológico aplicado.

Vamos a exponer nuestra opinión a partir de esta última idea.

Las modalidades de restricción de la libertad personal son múltiples. Unas son asumidas casi inconscientemente, por ejemplo, el pago de la entrada a un teatro, y apenas nos apercebimos que con ello lo que gastamos es aquel porcentaje de nuestra libertad correspondiente al costo del boleto. Tenemos conciencia de cierto peso sobre nuestra responsabilidad al comprar con pagos parciales un apartamento, o al asumir un cargo público cuyo ejercicio ocupará completamente nuestro tiempo. Al contraer matrimonio es la propia Institución quien nos diseña nuevos perfiles que amplían o que restringen ciertos perfiles de libertad que aceptamos sin más. Pero la situación del recluso es mucho más rígida. Es la propia disposición sobre sí mismo quien «desaparece». Se trata de la libertad «física», no de ninguna de las capacidades y facultades aisladamente considerada. El recluso es seccionado de sus facultades de relación social de todo orden, pero además es seccionado de toda facultad de determinarse de algún modo a sí mismo: horarios, alimentos, actitudes, compañías, vestuario dejan de ser opciones, y se convierten en horizonte forzoso. Esta situación es la que mejor expresaría el grado mayor de sumisión del hombre a otro hombre, desde la castración radical de todo albedrío. Habría que expresar su condición con una frase de Ulises Schmill en su libro *La conducta del jabalí*, comentando una obra de Kafka: «El mal original, el pecado que nos ha hundido en el infierno, es el mundo de la colonia de las penas, es el poder que el hombre ejerce sobre el hombre».

Los castigos que deben ser impuestos a un delincuente tienen que recaer sobre su libertad —puesto que son jurídicos y por tanto ha de consistir en «formas de libertad», en este caso

para reconducir los objetos que hubiera tratado de alcanzar ilícitamente—, y han de actuar restringiéndola. Mas el modo de hacerlo nunca debiera ser anulándola. Ningún pretexto de educación, orientación o ejemplaridad hacia otros tendrá la pura y simple anulación y negación de esa misma facultad que se trata de modelar constructivamente.

Pero estamos siendo injustos valorando exclusivamente la importancia que ha tenido el protagonismo político y social del Estado moderno en la generalización del régimen carcelario como método predilecto y sistema que —en el lenguaje usual— denominaríamos «sistema de referencia» para el tratamiento de los delincuentes una vez que éstos sean el elemento más importante en el hecho delictivo.

Este otro conjunto de razones que inducen a la generalización del sistema carcelario como «primera referencia» para las sanciones penales que corresponden a los delincuentes se mueve en la mentalidad de la ciencia moderna, y por ello tiene origen en la mentalidad científica actual. El Estado centralizador y de gustos totalitarios no es sólo el Estado «absolutista» desarrollado desde fines del s.XVII, sino también el Estado «ilustrado» que se configura simultáneamente con el aspecto anterior, apoyándose ambos caracteres uno en otro: se es absoluto porque se lleva consigo ilustración, y al encarnar el progreso ilustrado se hace también absolutista.

Aquí se observa que la necesidad de configurar un sistema científico del Derecho no se satisface con su integración unitaria en las instituciones del Estado (el Estado manda, legisla, organiza, administra, sentencia, cumple y hace cumplir las sentencias, registra datos y asegura situaciones jurídicas, etc.), sino que la mente científica trata de buscar también referencias lógicas con la realidad y un lenguaje lógico capaz de referirse a las realidades de todo orden. Entre estas realidades se hallan las jurídicas. Y todo lo que sea examinar los perfiles de la realidad jurídica que puedan articularse en cantidades matemáticas, y expresarse en la lógica del lenguaje matemático, se halla en los parámetros de cómo la mente científica trata de articular la realidad. Esto alcanza también a la ciencia del derecho penal igual que penetra los preceptos de la velocidad de las actuaciones procesales en todo tipo de situaciones y de procesos jurídicos: plazos, prescripciones, etc.

Obviamente la índole de los delitos ofrece muchas escalas dentro de las cuales pudieran describirse elementos que pudieran dar lugar a proporciones matemáticas. Ello es criterio universal en todos los asuntos jurídicamente relevantes: la igualdad, la contraprestación, el resarcimiento, la indemnización, etc. constituyen referencias que se pueden solventar en términos de proporción aritmética: valor exacto de cada cosa vendida, monto exacto de cada daño ocasionado, cálculo de los intereses en un préstamo son buenos ejemplos.

Mas ¿cómo puede aplicarse esta proporcionalidad en la ciencia del Derecho Penal? Obviamente siempre habrá cierta proporcionalidad. El principio de «dar a cada uno lo suyo» incluye «su medida», y las escalas que miden las sanciones adversas contra hechos ilícitos «leves» son muy diferentes de los «graves», y sólo delitos que implican cierta gravedad juntamente para la colectividad y para los perjudicados son referidos a escalas propias del derecho penal. Ahora bien, estas últimas son las que plantean el problema jurídico que nos ocupa, dado que tales penas se estudian relacionándose, no con el daño producido, sino con las técnicas legales que el Estado establece mirando a las medidas de control preventivo y de imposición de condenas que le resultan más fáciles en cuanto al ejercicio de la potestad coactiva que sus Instituciones jurídicas le ofrecen, aunque no respondan directamente a la función jurídica esencial de resarcir el daño a expensas del causante del daño, radicado en el elemental principio de «no hacer daño a otro» y la subsiguiente obligación de indemnizar. El «bien jurídico protegido» por el Derecho Penal no se corresponde, pues, con el «daño ocasionado en un bien», y el resarcimiento de «la compensación» se traslada a una escala de sanciones penales que no coincide con la escala de los daños en cuya consideración existe el delito tipificado y consiguientemente le debiera corresponder la pena tipificada. Ésta se adapta a la escala señalada en la ley penal, la cual sólo lejanamente concuerda ni con la índole ni con la gravedad del daño ocasionado por el delito. Por ejemplo, las multas se miden por equivalencia según días de cárcel. Pero ¿podrían medirse por la misma referencia las indemnizaciones?

Esta incoherencia se manifiesta desde la ciencia jurídico-penal en las polémicas doctrinales que versan sobre el «bien jurídico protegido», discusión debida a la incoherencia representa-

da por el hecho de que las escalas de sanciones penales poco tienen que ver con el resarcimiento del daño causado. Incluso ocurre que este asunto queda despedido fuera de las técnicas jurídico-penales y sólo puede ser socorrido desde la denominada «acción civil» promovida por el propio perjudicado. Esto es ya un colmo de injusticia. Efectivamente ¿es que ha querido el perjudicado recibir un daño? ¿Por qué tiene que ser él mismo quien se las arreglará como pueda para obtener la reparación que le debe ser asignada en justicia? ¿Ha escogido el perjudicado el bien propio perdido, el momento, las circunstancias e incluso la persona de quien le haya causado el daño? ¿No constituye esa postergación de la víctima desde ese Derecho Penal, para que se vea forzado a arreglárselas por propia cuenta, una burla del Estado hacia el individuo? ¿No se legitima el Estado por el deber que sus prerrogativas le imponen de garantizar la seguridad de personas y bienes? ¿Es que estas garantías desaparecen en cuanto alguien ha sido objeto de un delito? El delincuente es «inocente presunto», pero su víctima «perjudicado definitivo». ¿Está previsto que el juez se erija en sí mismo en defensor del bien dañado a la víctima?

Sabemos la respuesta científica: hay otros procedimientos, otros momentos, otras jurisdicciones...

Es que desde que se ha cometido un delito, el Estado solamente se preocupa del bienestar del delincuente. Eso está bien desde la política jurídica en general, pues hay que ponerle en situación de que no le resulte ventajoso al delincuente volver a delinquir. Pero con razón podríamos añadir que la función preventiva general y especial de las penas debiera estimular al propio Estado, y no solamente a la sociedad a cuya consideración se despliega el abanico de las sanciones penales. Sin embargo el Estado se libera a sí mismo de tal responsabilidad. Resulta así que sólo la sociedad en general es el destinatario (ficticio) de las normas penales, pero sólo la víctima de un delito resulta pagar en carne propia las consecuencias del mismo. Veremos que la escala de tiempos carcelarios quita la libertad física al delincuente, si bien en condiciones en que el propio Estado y sus contribuyentes fiscales se encargan de que el recluso disfrute de todo lo necesario para su bienestar individual; pero no advertimos que haber sufrido en su persona y en sus bienes las consecuencias del daño recibido quita tantas o mayores dosis de libertad a su víctima; pero de ello nadie se ocupa y el Esta-

do prefiere no mirar. El aspecto primero (el delincuente) se salda con una orden a la autoridad penitenciaria, y el segundo se salda con que la víctima se arregle como pueda.

Estas observaciones conducen a plantearnos en términos realistas esa candente cuestión: en definitiva, y desde todas las solemnidades, coacciones y costos procesales y penitenciarios del derecho penal, ¿cuál es el bien jurídico protegido por él?

Una perspectiva socio-política global ofrece una definición: el bien jurídico protegido es hacer posible la convivencia «de la sociedad». Ello resultará de la protección de los valores fundamentales del orden social, los cuales aparecen en términos de «bienes jurídicos», articulados en estructuras de vida en común. Ese es el horizonte de todo el ordenamiento jurídico, y no sólo del penal.

La ciencia del Derecho Penal teoriza esta proyección sólo desde hace poco tiempo, concretamente coincidiendo con la implantación del positivismo jurídico en todos los sectores de la vida jurídica, ya en el s.XIX. Los pensadores neo-kantianos situaron el centro de gravedad de los bienes jurídicos en los valores éticos y sociales. Teóricos neo-marxistas desarrollaron un Derecho Penal de signo administrativo en que las normas establecían directamente cuáles eran conductas penalizables sin atender a la índole de daños o perjudicados que no fueran los «colectivos». Los científicos desarrollan vías legitimadoras de las normas penales dentro de estas coordenadas: pero se quedan en las normas, no en los daños cuya prevención no ha bastado a impedir que se produjeran daños, y menos aún en la actitud del ordenamiento penal para remediar la injusticia del daño cometido sobre personas y propiedades de las víctimas. Ello es una contradicción, porque sólo la producción de daños debería estimular la acción retribucionista del Derecho Penal, que con ocasión de dar castigo al delincuente, debería antes que nada dar indemnizar a la víctima inocente. ¿Es que la retribución es sólo en términos de castigo, y no en términos de indemnización? El «dar a cada uno lo suyo» es, desde luego, castigar; pero, desde antes, indemnizar—veremos a costa de quién: ello es otro momento— a la víctima. El derecho de las víctimas (cuyo estudio dentro de la ciencia penal tanto debe al catedrático García-Pablos) no es solamente un tema esencial en las materias jurídicas de que se ocupa el Derecho Penal: debe ser el núcleo y el punto central de todos los temas de que debería ocuparse el Derecho Penal.

Los científicos del Derecho han estudiado minuciosamente las razones que legitiman la existencia y las modalidades pragmáticas de las penas. La naturaleza del «derecho a castigar» y su titularidad por el Estado. Sus límites internos (la punibilidad de un acto) y externos (la legalidad de su tipificación delictiva y de las penas de que se hace merecedor). Los principios de proporcionalidad y de humanismo en su aplicación. Las Escuelas que han estudiado estas cuestiones, y sus seguidores o meros recopiladores en farragosos libros de texto son innumerables. Bentham, Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Rousseau, Darwin, Carrara, Lombroso, Tarde y los filósofos germanos Kant, Hegel, Marx precedieron a los penalistas von Liszt, Binder o Hans Welzel. Ramón Salas, Concepción Arenal, Dorado Montero figuran entre los españoles más ilustres en este terreno. Pero todos ellos se ocupaban casi exclusivamente de los delincuentes.

¿Qué medidas de justicia aplicables y moduladas con carácter general amparaban prácticamente a las víctimas? Sobre todo ¿qué correlación tenían los castigos penales con el resarcimiento total y suficiente (o sea, mera justicia) de los daños ocasionados a cada víctima? ¿Pero no es precisamente el daño sufrido por la víctima, bajo la forma de las ventajas que en ello aspira a conseguir el delincuente, «causa racional» de la mayor parte de las conductas delictivas?

El Derecho Penal actual no solamente descuida o posterga la índole de las indemnizaciones que primordialmente el delincuente debería prestar, mediante cualquier procedimiento adecuado para ello, sino también la índole de las garantías que delincuente y víctima reciben del Ordenamiento penal, prácticamente olvidado de los perjudicados por el delito, sin que ello sirva de mucho en utilidad del delincuente.

Por ello deberíamos pensar que la «pena retributiva» al delincuente debería ser, en sí misma, de tal orden que fuera en lo más posible «pena contributiva» al resarcimiento de la víctima. ¿No deberíamos plantear así esta cuestión, antes de despreocuparla por las dificultades que en la gran mayoría de los casos entraña tenerla en cuenta?

Obviamente no será en la propia persona como el delincuente compense al perjudicado. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos antiguos permitían esclavizarlo si no te-

nía patrimonio para indemnizar. Aún recientemente existía la «prisión por deudas» a expensas del delincuente hasta que sus familiares y amigos hubieran resarcido el daño causado. Mas actualmente ello no es imaginable, dado el principio de la dignidad personal como derecho natural a no ser esclavo ni estar sometido a trabajos forzosos o recibir tratos denigrantes. Sin embargo no es necesario recurrir a tales extremos. Y en nuestra sociedad hay otros medios para forzar la indemnización en términos que no disminuyan los derechos humanos del delincuente. En esta dirección podríamos apuntar algunas posibilidades.

Siguiendo el hilo de este mismo argumento tendríamos que considerar la respuesta a otra de las preguntas suscitadas, que formularemos de la manera siguiente: ¿qué tipo o forma de libertad sería susceptible de ser limitada en el delincuente convicto?

En primer lugar, habría de ser limitación desde la situación personal de libertad física: situaciones vigiladas, en todo caso, para comprobar que no se realizan actividades delicuescentes.

En segundo lugar libertad cuyo ejercicio se vuelque sobre todo en aportar recursos indemnizatorios para compensar el perjuicio causado: patrimonio, trabajo, etc.).

En tercer lugar, ejercer una actividad que aleje de sus familiares y amigos esas sombras de deshonor social que proyectan los reclusos sobre su entorno más inmediato, y que sería una sanción moral contra inocentes que deberían estar a salvo de tal mancha.

En cuarto lugar, el delincuente debería ser puesto en una situación que no tentase, a los ofendidos y perjudicados por su delito, a tomar una venganza contra él. Muchas de las penas que antiguamente se establecían tenían tal objeto, y alguna de sus formas podría ser restablecida de manera aceptable para las necesidades y exigencias de la convivencia social en nuestra sociedad.

¿Qué nivel psicológico y sociológico de libertad se podría definir, a tales efectos? ¿Cómo podríamos configurarla en términos de una teoría de la libertad jurídica, donde ésta pudiera ser encaminada y restringida, pero no anulada?

Una disquisición profunda sobre este asunto podría ocuparnos durante mucho tiempo. Entender lo adecuado que fuera a tal fin alguno de los tipos de libertad conocidos sería un esfuerzo interminable: las libertades de los Antiguos y de los Modernos; las libertades «de» y las libertades «para»; las libertades «positivas» y las libertades «negativas»; las libertades de condicionamiento y las libertades de albedrío, etc. Por ello habría que zanjar una distinción aplicable estrictamente al problema planteado, y que he venido inconscientemente manejando ya. Se trata de la libertad *física* (o «integral»), o sea, la posibilidad de autodeterminación en la situación personal propia; y de las libertades *instrumentales* (o «parciales»), o sea, de los campos de acción que tienen relevancia en la conducta social de cada persona: decisiones familiares, decisiones económicas, decisiones laborales, decisiones cívicas: examinadas en cuanto que pudieran utilizarse para resarcir e indemnizar al perjudicado o afectado por las consecuencias de un acto delictivo. Es como si el campo de las actividades de una persona estuviera sometido a la atracción de un campo de fuerzas que le vincula a orientar el conjunto de sus actividades en el sentido de compensar consecuencias derivadas de otras actuaciones libres que en momento anterior produjo el propio sujeto. Se trataría de una libertad cuyos límites han sido obligados a atenerse a la estrechez de movimientos a que tendrá que reducirse el causante de actos que habían consistido en transgresiones nocivas cuyos efectos ahora tendrán que ser reparados. Pero sin otros límites si éstos comportasen eficacia y fueran respetados.

Volvamos ahora a otra observación metodológica. El Estado ha manejado la Institución carcelaria con gran eficacia y con progresiva humanización del trato a los reclusos. Y lo ha hecho así por mejor comodidad y por no complicarse en técnicas de control del delito que hubieran resultado inaplicables. Pero también lo ha hecho porque creía que estaba legitimado para ello —de modo análogo a como en tiempos anteriores se estimaba legitimado para imponer la «pena capital». Al sustituir el Estado a todos los antiguos medios de represión social y de resarcimiento individual a los dañados por actos ilícitos, sustituyó también, en un meritorio esfuerzo sistemático, todas las orientaciones de los usos ancestrales y de los mecanismos culturales que configuraban la actividad social en sus diversas modalidades. La Ley fue el único e insuperable útil normativo. Y sus funciones eran amplísimas. Según la definición romanista las funciones de la Ley consistían en imperar, autorizar, prohibir y

castigar. Pero el Estado tuvo que atenerse también a una limitación: sólo podía regular lo que mediante Ley pudiera imperar, autorizar, prohibir y castigar. Y tuvo que crear el régimen carcelario como recurso más disponible, inmediato y oportuno de manejar la situación de los culpables de actos ilícitos. La posterior distinción entre jurisdicciones civiles, penales, administrativas, etc. fue ya una metodología pragmáticamente necesaria que hubo de ser justificada por teorías científicas del Derecho adaptadas a tal objeto.

Lo que también sucedió es que el sistema político del Derecho absorbió y desvitalizó competencias que nunca hubieran debido caer bajo esa férrea armadura legalista (de la cual las teorías «positivistas» del Derecho no son sino insuficiente aunque útil andamiaje).

En esta fase de planteamiento continuaré imaginando sugerencias por el método de «rebobinaje», para aclarar qué es lo sucedido con esta actual situación de politización secular del Derecho.

Ya he insinuado cómo el conjunto de la instrumentación jurídica emanada de las diversas funciones de la Ley ha acaparado prácticamente la producción de normas y consiguientemente la configuración de Instituciones adecuadas a tales normas. En términos generales la Ley cubría de suyo el espacio del Derecho Público, y sólo por conveniencias del Estado o por necesidades sistemáticas iba acogiendo y reorganizando funciones normativas en materias y relaciones propias del Derecho Privado.

La diferencia entre ambos sectores estaba clarísima en la antigüedad romana. En la ciencia jurídica romanista había dos perspectivas (*duae positiones*): la del Derecho Público que afectaba al buen orden de las estructuras políticas (*ad statum rei Romanae*), y la del Derecho Privado, que garantizaba el progreso y bienestar de los intereses individuales (*ad singulorum utilitates*). Todo lo referente al primero venía contenido en la Ley, que por sus procedimientos regulaba la disciplina pública y lo que en las actividades de particulares afectase a los valores colectivos. De ahí se derivaban los «deberes públicos», *officia*.

En el ámbito del Derecho Privado las fuentes normativas eran muy otras, y lo que producían como tipos de conducta que

deberían ser cumplidos por los interesados eran las «obligaciones», o sea, constricciones jurídicas que determinan lo que se ha de dar, hacer u omitir. Y la procedencia de tales constricciones jurídicas (que no «legales», como se verá) eran básicamente cuatro figuras que procedían directamente de considerar la libertad individual. El *contractus* (promesa o compromiso de un sujeto con otro consensuando los objetos de prestación y contraprestación recíprocas) y el *quasi contractus* (situación de responsabilidad de un sujeto por las consecuencias de un acto propio o de suceso causado por persona de su dependencia u objeto de su propiedad, en cuanto que hubiera afectado causalmente a bienes o personas ajenas). Estas figuras normativas regulaban el ámbito, extensión y límites de las prestaciones correspondientes. Pero había también situaciones en que hubiera habido incumplimiento de tales prestaciones, y se trataba de causas de resarcimiento de los daños causados por tal incumplimiento: de obligaciones estipuladas en el «contrato», o de consecuencias de actos propios aunque hubieran sido imprevistas y meramente ocasionales en el «cuasicontrato».

Tales situaciones «negativas» recaían sobre la libertad del incumplidor en forma de *delictum* o de *quasi delictum* en su caso. El primero era «la falta de cumplimiento» de lo pactado. El segundo la «falta de cumplimiento» del resarcimiento correspondiente a un mal causado sin que el perjudicado hubiera tenido ningún momento de compromiso con él; o, al revés, exigencia de la indemnización a expensas del beneficiado por haberse producido un beneficio a favor de bienes del mismo sin que hubiera habido ningún compromiso anterior, sino solamente por haberse producido ciertos hechos o haber realizado alguien ciertas conductas humanamente encaminadas a preservar bienes ajenos que se hubieran perdido a falta de otro remedio.

Vemos, pues, que la necesaria actividad jurisdiccional de los poderes del Estado, desde la antigüedad, dado que era necesario intervenir procesalmente para hacer justicia en todos los aspectos en que la libertad de Derecho Público o de Derecho Privada estaba en cuestión a través de las diversas clases de intereses, ha terminado por sustituir aquella producción de reglas jurídicas denominadas *obligationes* sustrayéndola a través del control procesal de sus incumplimientos, de tal modo que ha terminado por utilizar el término jurídico-privado de *delictum* para sustituir a los términos que denominaban los actos

ilícitos de Derecho Público o causantes de escándalo social (*crimen, scelus, facinus, noxa*), si bien manteniendo para los ilícitos iusprivatistas términos que traducen el significado propio del *delictum*: «incumplimiento», «responsabilidad extra-contractual», etc.

Volviendo al tema que nos ocupa podemos observar que, en el fondo, se trataría de regresar a los procedimientos de resarcir y de indemnizar «cualquier daño» por vías propias de un renovado Derecho Privado, que habrían de ser suficientemente tipificadas y reguladas para que estuvieran, también, suficientemente asegurados los valores propios del Derecho Público. Habría que centrarse en aquellas conductas de «delinquentes» cuya reinserción social habría de pasar necesariamente por la satisfacción de los perjudicados en cuanto al remedio posible y eficaz por los perjuicios recibidos; y ello manteniendo simultáneamente las condiciones de dignidad personal y de responsabilidad social oportunas desde las posibilidades sociales de la libertad del delincuente.

Otro problema surgiría después de estos planteamientos, un nuevo problema también. La insuficiencia o ineficiencia de los procedimientos de indemnización habría de ser prevista como una función pública subsidiaria a tales efectos. El Estado debe estar dentro del ordenamiento jurídico en su sitio. Y en su sitio dentro del ordenamiento jurídico el Estado no debe dejar sin indemnizar al ilícitamente perjudicado sin renunciar a sus deberes primarios, asegurar la convivencia social y garantizar el bienestar general, sin los cuales carece de legitimación. Y para ello debe organizar los remedios oportunos.

¿No sería adecuado legislar un nuevo capítulo financiero que, con criterios análogos a los de las Empresas aseguradoras, habría de asumir el Estado, siguiendo módulos como los ya usuales en materia de catástrofes y tratándose de reaseguros por los accidentes de tráfico y otros? Tal vez esa manera de enfocar el deber público de institucionalizar la seguridad jurídica sería el costo debido por el cumplimiento de este otro deber político: no anular en ningún caso las condiciones en que un individuo sea «físicamente» libre, pero tampoco dejar abandonado a su suerte a quien haya sido dañado en los recursos mediatos de su libertad como consecuencia de actos ajenos. El Estado debe permitir la libertad global del «perjudicado», y ello reintegrán-

dole en los bienes perdidos, pero también garantizar la libertad física del delincuente, de tal modo que esté vinculado a contribuir a ese resarcimiento desde sus propias libertades instrumentales. A su vez, la limitación de estas libertades instrumentales debería tender, como primero de sus fines, a conseguir la índole y proporción de conductas tendentes a resarcir, de algún modo, a la víctima, de los daños recibidos.

Dos puntos subrayan la actual inadecuación del sistema penal cuyas medidas se centran en los recursos carcelarios. El primero es lo referente a la pervivencia de la ancestral «potestad de gracia», cuyas infinitas modalidades se esconden tras el argumento de ser «válvula de seguridad» excepcional en determinadas situaciones (Véase C. Aguado Renedo, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, 2001). Cualquiera de éstas se concreta en un dilema (que con gran fuera lógica argumentaba Concepción Arenal): o la sentencia (capital o carcelaria) era adecuada o no. Si lo era no debería subsistir esa potestad. Si era injusta debería ser revisada como excepción al principio de la «cosa juzgada». Se trata sólo de una exaltación de la vanidad del prepotente político, que se arroga derechos sobre la vida o sobre la libertad física del delincuente ¿Es ello «científico»?

El otro punto es la obsesión jurisdiccional por el «secreto del sumario». Esta situación sólo produce efectos nefastos: el alejamiento respecto a datos que deberían configurar la conciencia social respecto a la infracción misma, la negativa a que datos sobre la comisión del delito sean investigados sin intervención judicial, y en definitiva impedir la función «purificadora» del «horror al delito» en la experiencia de la sociedad y, por tanto, en la práctica de la prevención general en el seno de la sociedad. ¿No resulta ello contradictorio con algunos de los más directos objetivos que debe reunir la sanción penal, si ésta resulta desgajada de sus hechos y sólo se publica años después de haberse éstos producido?

En conclusión: habría que imaginar que las medidas penales contra los delincuentes mantuvieran una función positiva respecto a dos momentos de libertad: la dignidad humana de quien ha cometido un daño y necesita restablecer ante todos su propia estimación, haciendo todo lo posible para resarcirlo; y la dignidad humana del miembro de la sociedad que ha recibi-

do un perjuicio por causa ajena, y no tiene que resultar abandonado a su suerte por las Instituciones responsables de garantizar y asegurar la libertad de todos.

Pues que el Derecho es forma de la libertad de la vida social, sus Instituciones han de tipificar el modo de garantizarla en todos sus perfiles, ofreciendo recíprocamente, a todos y a cada uno, las seguridades que cada uno espera dentro de una sociedad regulada jurídicamente, tanto en lo referente a sus expectativas legítimas, como a las responsabilidades coactivas que sus actos hayan merecido.

III. ATENCIÓN A ASPECTOS PRAGMÁTICOS CONCRETOS DEL PROBLEMA EXPUESTO

Pero esta exposición sólo ha tenido en cuenta una paradoja cuyos elementos no se corresponden con un panorama mucho más complejo que el así expuesto. Toda paradoja incluye también cierto desajuste en su planteamiento. Se fija en una polaridad forzada, y en este caso se plantea fuera de las condiciones en que se desarrolla actualmente el ordenamiento jurídico penal. Esta clave aparece ya anteriormente de modo indirecto, y consiste en que el modo actual de entender al Derecho se reduce a la sola realidad de las normas legales existentes, olvidando que la realidad auténtica no es la norma sino la conducta regulada en la misma, y que la esencia de esa regulación debería darse en la eficacia ejercida por ella, y no sólo en la definición de tales objetivos efectuada por el legislador. Pues todo legislador es un mecanismo inserto en la globalidad del poder político, y por ello sólo factor parcial, aunque hegemónico, dentro de la realidad. Por varias razones la previsión del gobernante concreto nunca coincide exactamente, ni con las condiciones pragmáticas del instrumento empleado, ni con los valores objetivos de la propia sociedad.

Ello no indica que sea forzoso aceptar el conjunto de planteamientos que en esta materia desarrollan las doctrinas contemporáneas. Todas ellas se mueven —casi siempre sin advertirlo— en el más grosero plano del positivismo jurídico, dado que únicamente se mueven dentro de los términos de las connotaciones secuenciales del principio de esa legalidad que se

auto-contiene en las «definiciones formales» de «delito» y de «pena», a partir de la máxima *nullum crimen nulla poena sine (previa) lege*. Quedan fuera de tal horizonte, aunque vengan aludidas de múltiples maneras, y a propósito de infinitos supuestos, datos como los siguientes: la inter-subjetividad de toda relevancia jurídica; las funciones del ordenamiento jurídico en su conjunto; la preeminencia o no de las estructuras organizativas sobre las participativas dentro del orden jurídico concreto; la mutua interacción de intereses individuales, grupales e institucionales para señalar qué conductas son ilícitas y, dentro de ellas, las dañosas para otros componentes de esa comunidad; la capacidad jurídica que cada sujeto jurídico tiene como tal para afrontar determinado tipo de responsabilidades, puesto que la responsabilidad del delincuente refleja múltiples facetas desde su centro único de imputación; las cualidades psíquicas que serán requeridas para serle aplicados los oportunos procesos de socialización post-delictual; la índole de conductas cuyo control sea factible para las Instituciones de vigilancia y tratamiento penal; la estructura familiar y social inmediata en cuyo seno habrá de ser considerada la probabilidad de conductas normales del delincuente al que se habrá de insertar en pautas normales de convivencia, etc.. Y ello sin ocasionar servidumbres onerosas a los contribuyentes, ni condiciones de pasividad indigna a las fuerzas del Orden Público, ni diligencias imposibles a las Autoridades judiciales, ni frustración intolerable a los ya perjudicados por el delito, ni menoscabo a la seguridad general si al delincuente se le otorgan facilidades para cometer nuevos delitos, ni depreciación de una legalidad incapaz de asegurar la eficacia de los controles previstos, etc.

Efectivamente los delitos no son sino una modalidad de conductas ilícitas que, a su vez, contienen gran diversidad de daños potenciales, e interfieren prohibiciones normativas debidas a múltiples motivaciones, y se enfrentan a infinitos ángulos de participación subjetiva concurrentes a la realización del acto delictivo, con diversas escalas de intencionalidad en cada sujeto (por no aludir también a la posible implicación del sujeto mismo cuyos intereses o bienes son perjudicados por actos del delincuente).. Por ello un tratamiento doctrinal de los «castigos penales» que no estudie estas series de factores como elementos teóricos de la integridad del acto penalizable no solamente es groseramente «positivista», por «parcial»; sino que es tam-

bién «inexacto», por «desequilibrado», en la perspectiva de una ciencia jurídica global. La sanción penal es sólo un aspecto de la sanción jurídica en sus dimensiones reales, la relevancia penal un aspecto de la relevancia jurídica en sus dimensiones reales, la capacidad penal un aspecto de la capacidad jurídica en sus dimensiones reales, la política penitenciaria un aspecto de la política general en sus dimensiones reales, la socialización del delincuente un aspecto de los procesos socializadores en sus dimensiones reales, etc. Habría que aclarar mucho algo que a primera vista es demasiado obvio: el Derecho Penal es, ante todo, Derecho. Tiene que sustituir a la venganza del perjudicado, y no sustituir al perjudicado como si en su lugar estuvieran el Estado, la legalidad, o la sociedad en general que no es nadie en concreto. El Ordenamiento jurídico no puede disimular en una fragmentación procesal de sus competencias unitarias la infracción de sus propios deberes, pues ello implicaría también hacerse indigno de sus prerrogativas como poder legitimado democráticamente para organizar la existencia y el bienestar de la sociedad. El Ordenamiento jurídico tiene que procurar los modos de que el perjudicado sea resarcido de los perjuicios ocasionados por actos del delincuente como sujeto de la relación jurídica creada por su delito haya creado, de tal modo que su víctima no haya de apelar como único recurso efectivo a una venganza que, al ser entonces casi legítima defensa, sería casi justa. Para ello es preciso que la víctima no se sienta indefensa, sino que advierta que el Derecho Penal es la única garantía que obtiene de ser indemnizado. Sólo una vez que la víctima se haya considerado justamente tratada, el agresor estará en condiciones de volver a estar en paz en la sociedad, o sea, reinserirse, puesto que no tendrá que temer venganza o que su víctima haya de tomar la justicia por su mano para ajustarle las cuentas. Mas para ello es preciso que el Derecho Penal tenga como objeto primordial *sine quo nulla est iustitia* que el delincuente pague su deuda a su acreedor, o sea, a la víctima, y a ello debe encaminarse primordialmente el Derecho en que el Estado se responsabiliza del deber de prestar garantía y seguridad. El Estado debe prestar a todos y a cada uno de los miembros de la sociedad garantías y tutelas, y debe arreglarse para procurarlas también cuando el deudor sea insolvente: pues ello no les hace irresponsables, ni al delincuente de su obligación *ex delicto*, ni al Estado de su deber *ex officio*. La víctima no debe quedar nunca, además de perjudicada por el delito, desprotegida por el Derecho, a partir de que los legisladores hayan deci-

dido que ese asunto no le compete al Estado desde la jurisdicción penal, una vez que haya metido en la cárcel al delincuente, o que ignore quién haya sido el delincuente. Pues si ha decidido que el resarcimiento, la indemnización y la restauración de la justicia inter-subjetiva se queden fuera de la legalidad penal por algún procedimiento que los haga virtualmente acciones imposibles o costosas para la víctima, tal procedimiento del Derecho Penal se convierte en un factor más de iniquidad sumada al daño causado por el delito.

Consiguientemente unas doctrinas penalistas, consideradas en semejante parcialidad para acreditar delitos, o para justificar penas, o para procesar responsabilidades de cualquier índole, sin haber atendido como objeto primordial y esencial a la complejidad de estos factores que deberían ser también considerados; no son sino acumulaciones unilaterales de errores crecientes, generaciones dialécticas de florecencias bibliográficas, instrumentación de políticas ocasionales en que el elemento jurídico viene rebajado a la categoría de un servilismo arbitrariamente manejado desde un poder administrativo incapaz de atender, como «es su deber», a las prioridades organizativas y financieras de un Estado de Derecho no solamente «democrático» y «social», sino también «justo» y, sólo por ello «legítimo», no meramente «legal»...

Ahora bien: si la esencia del delito es haber causado un daño o la permanencia de un riesgo inminente de que se produzca un daño por culpa de quien pudiera evitarlo, un Derecho Penal que tenga «pura y exclusivamente» por objeto las condiciones en que alguien (como individuo, como ciudadano, como agente económico, como factor cultural, como enfermo, como sujeto humano normal, etc.) haya delinquido, parece que se regodea exclusivamente en consideraciones extra-jurídicas del delito. Lo jurídicamente propio de éste, en cuanto acto jurídico, es la consideración de la «relación jurídica» entre «causante y receptor» de un daño. La norma que lo describe para poder prevenirlo, para poder imputarlo, y para poder sentenciarlo, es solamente la expresión de un riesgo del que «la víctima es inocente». Aunque parecería que las garantías procesales otorgadas como «presunción de inocencia» al infractor se despliegan a expensas de que la «víctima» se convierte en «seguridad de indefensión»: todas las atenciones para aquél, total abandono para la suerte de ésta.

IV. SUGERENCIAS CONSTRUCTIVAS ACERCA DEL OBJETO PRIMORDIAL DEL DERECHO PENAL

La estructura del daño que el Derecho trata de evitar en todos los aspectos que el Ordenamiento jurídico contempla ha de apreciarse en cuanto al tipo de «bienes» que el propio Ordenamiento trata de proteger. La sabiduría romana los sintetizó en aquella referencia *salus, honos, pecunia* que podríamos traducir por «integridad física de las personas», «participación política de los ciudadanos», «garantía de los intereses individuales». Desde que el Ordenamiento jurídico asuma tales objetivos como sistema políticamente organizado, aparece también el plano natural de la libertad en cuanto sistema colectivo y cualidad singular de las conductas libres que hayan de operar, desde el respeto a los derechos de la persona, en formas de participación política, social y cultural por un lado, y formas de iniciativa y de responsabilidad familiar, económica y laboral por otro.

Ahora bien: el modo que el Derecho tiene de proteger y garantizar tales bienes es a través de sus titulares (jurídicamente reconocidos y determinados), y ello a través de sus conductas libres (como sujetos de las mismas) y de las conductas de los restantes (como sujetos que advierten su realización). Por ello estas conductas son inter-activas (unos las hacen y otros las observan y a veces las corresponden re-accionando de un modo u otro). Esta inter-actividad hace que tanto unos como otros sujetos se hacen responsables de sus actos propios y del modo de re-accionar desde su conducta propia ante los actos ajenos. Tal es la continua red inter-individual que se proyecta creando el universo de las formas de relación jurídica hasta el infinito en que se circunscribe el conjunto de las acciones y reacciones que constituyen la realidad global de la especie humana.

El Ordenamiento jurídico tutela así, a través de las formas de libertad tipificadas por normas legales, consuetudinarias, etc. de toda clase, los «bienes jurídicamente protegidos», físicos, sociales o ideales. Y éstos se presentan, no como abstracciones, sino como concreciones: pues concretas son las personas, los grupos, los intereses, y desde luego las conductas en que estos datos se integran entre sí para ser reales. Las personas tienen entidad corpórea y anímica, los grupos necesidades y organizaciones, los intereses costos, trabajos, ventajas, beneficios y ries-

gos. Por ello el «bien jurídicamente protegido» de que debe ocuparse el Derecho Penal no es ni «la existencia social», ni el «cumplimiento de la legalidad», ni los «valores ético-sociales», sino pura y llanamente el que ni la sociedad ni los individuos reciban daño sin que éste sea resarcido cuando no haya podido ser evitado. Los dañados son los sujetos a quienes pertenecen y quienes necesitan esos bienes. Son pues los bienes mismos, no lo que les hace valer, ni lo que les debería proteger, ni las leyes que sólo hacen mirar al buen estado físico y mental de los reclusos. Lo que hay que mirar es otra cosa, o sea, la «obligación» surgida como consecuencia de un delito entre agresor y víctima: pues sólo la relación entre sujetos vinculados por alguna relación jurídica es materia, asumida bajo esa forma, de toda realidad jurídica. En este caso, lo que hay que mirar de frente es el alcance jurídico de esos bienes de cuya garantía se ocupa el Ordenamiento jurídico: cada uno de tales bienes, según que se conserven seguros o que, por el contrario, sean destruidos por un delincuente, es en sí mismo, o la fortaleza que otorga a la libertad de su titular jurídico mientras está bajo su dominio, o, en su ausencia, la debilidad ocasionada en la libertad de la víctima privada de él. Si la causa de esto último ha sido un delito, será el Derecho Penal quien deba ocuparse de ello: pues se trata de un problema jurídico que requiere solución. Y si no lo hace dejará de ser Derecho, aunque sea ética social, redención de un delincuente, ejemplaridad para evitar nuevos delitos, cumplimiento de ritos procesales, o exactísimo cálculo infinitesimal de los siglos, años, meses, semanas, días, horas, minutos y segundos de privación de libertad física para ese delincuente, y aquí paz y después gloria.

Jurídicamente cada delito es un evento singular, pero está entendido en el contexto institucional a que pertenece. Hay, por tanto, delitos contra la personalidad y seguridad del Estado, contra las Autoridades y contra las representaciones democráticas, contra la Administración de Justicia, contra los sentimientos religiosos y la memoria de los difuntos, contra la integridad y salud de las personas, contra la integridad y salud de la estirpe, contra la propiedad, contra las instituciones económicas, etc. En cada uno de ellos se considera el hecho dañoso, la índole de la persona que lo causó, las consecuencias sobre individuos y grupos afectados, etc. y en todo caso el «sujeto humano titular de derechos sobre los bienes jurídicos dañados o arrancados a la libertad de su dueño».

Las medidas penales que protegen cada uno de estos bienes suelen contener sanciones pertenecientes al tipo de la conducta delictuosa de que se trate. Por ejemplo la inhabilitación especial para el funcionario responsable de un delito de cohecho, la indemnización económica para el responsable de un delito de estafa. Con ellas concurren otras más genéricas y comunes, como es la pena de privación de libertad física, la más fácil de ejecutar y más sencilla de controlar en su duración y otras circunstancias. Sin embargo la nota más característica de esta última es que de suyo carece de capacidad de resarcimiento en cualquier mal causado por el delito y en que tal delito consiste, y por tanto sería la última aplicable y sólo en circunstancias extremas por motivos de seguridad inmediata o de imposibilidad de obtener ningún tipo de resarcimiento, atendiendo a la índole del daño o la total insolvencia del delincuente. Por el contrario, la sanción penal que debería ser buscada en primer lugar sería aquella que consistiera en sí misma en el acto de resarcimiento: única medida capaz de restablecer lo posible del orden justo en la relación jurídica delictiva, y por ello la única que incluiría la realización posible de la justicia necesaria.

Los ordenamientos jurídicos penales, a su vez, tratan de buscar el efecto sancionador por múltiples procedimientos que organizan diversas razones conducentes a evitar el delito, a reparar sus consecuencias, e incluso a crear cierto horror moral y religioso frente a su posibilidad.

En primer lugar todo el conjunto del Ordenamiento jurídico visualiza el funcionamiento de las relaciones jurídicas dentro de sus Instituciones y atendiendo a los beneficios que aportan a la vida individual y al progreso colectivo: familia, empresa, municipio, etc. donde aparecen tipos de conducta normal y pacífica.

En segundo lugar hay otras normas culturales (educación, usos sociales, creencias religiosas, sentimientos familiares, etc.) que apoyan o convergen con los conceptos jurídicos acerca de los actos que son considerados lícitos o ilícitos.

En tercer lugar hay cierto límite de tolerancia social acerca de algunas modalidades de daño, y cierto límite de la economía de los procedimientos conducentes a investigar, juzgar y ejecu-

tar sanciones, tanto en cuanto los intereses afectados, como en cuanto a los mecanismos necesarios para procesar tales «delitos» o «faltas» o «conductas desviadas», etc.

Este juego inter-cultural se articula con el funcionamiento intra-institucional del Derecho, y es una de las razones históricas de la evolución del Ordenamiento jurídico en todos sus sectores, y particularmente es relevante en lo que se refiere al Derecho Penal. Puede observarse esa evolución y caracterización histórica y social de estos valores, a través de las diferentes penas que suelen ser impuestas, por ejemplo, en el caso de los delitos contra las Autoridades públicas, contra las Personas, y contra las Propiedades. A modo de ejemplo se pueden aludir las previsiones sancionadoras dentro del contexto cultural en algunos ordenamientos pasados y presentes.

1. Observaciones sobre el *bien jurídico* protegido en las prerrogativas de la Autoridad Pública

Desde el punto de vista institucional el Estado representa al conjunto de la organización del poder público, desde instancias que desarrollan la influencia del poder hegemónico dentro de la sociedad global. Por ello el Estado representa también el «bien jurídico» del ciudadano en cuanto que éste es participante en la organización política, es ser humano en cuanto «ciudadano». El bien jurídico considerado en cada uno de los ciudadanos es su derecho a la participación política, lo cual constituye su «honor» en el sentido de la antigua ciencia política y jurídica. Si quisiéramos concretarlo intuitivamente en nuestra situación contemporánea lo expresaríamos en la situación preferente que un ciudadano tiene para participar de funciones públicas en su propio Estado, a las cuales no puede acceder ningún extranjero. Incluiría este concepto de «bien jurídico» entendido como «honor», el mantenerse sin incurrir en causas de «inhabilitación para el disfrute de derechos políticos», pero también todo el alcance simbólico de «honor» que cubriría, por ejemplo, el espectro de las «condecoraciones y tratamientos» como serían, para premiar y estimular cierto tipo de merecimientos para la colectividad política, distinciones como «La Laureada», la «Medalla del Mérito Civil», la «Orden de Alfonso X el Sabio» o la «Orden de S. Raymundo de Peñafort», o la Medalla al Mérito Constitucional... etc.

El «bien jurídico» que los romanos definían como *honos*, cuya correspondencia en el lenguaje político griego era *timé*, significa en español «honor», y se refiere a la consideración social que la persona puede alcanzar en sus proyecciones colectivas. Se trata por tanto de la «dignidad social» de la persona, pero también al aspecto en que el término «dignidad» significa «cargo público», «preponderancia personal en la organización política» y nociones semejantes. Considerado en la persona del ciudadano el «honor» es aspecto cualitativo de su participación pública, y este bien es el objeto garantizado por el ordenamiento público del Estado. Por ello en este aspecto el «honor» es también aquella cualidad que las Instituciones públicas han de ganar y que han de manifestar mediante el cumplimiento de sus competencias como tales Instituciones, dado que su demostración de ese honor (que consiste en cumplir y hacer cumplir las leyes conforme al juramento o promesa prestado por el ciudadano que asume un cargo público), es lo que legitima socialmente sus prerrogativas y la obediencia que los ciudadanos por su lado le han de prestar. Se trata, por tanto, de la legitimación ética del Estado en cuanto protagonista jurídico, dado que tiene el monopolio del ejercicio de la coacción jurídica. El significado originario de *timé* era precisamente el concepto originario de las más arcaicas formas de justicia, o sea, «lo debido» a alguien porque «lo había ganado». Era el módulo esencial de lo que denominamos, desde Aristóteles, «justicia distributiva», o sea, la justicia que tiene su lugar dentro de las organizaciones políticas y económicas.

El tema planteado requiere explicación en cuanto a su lenguaje. Cuando pronunciamos la palabra «honor» tenemos que advertir el sentido que esa palabra tiene en cuanto que es el centro de una red que se anuda y articula en el entorno de su expresión. Pues toda «palabra» es lugar de «relación ortonómica», sea, «núcleo de condensación» de conductas inter-subjetivas.

Para explicarnos esto podríamos observar lo que sucede con la palabra «Derecho». Pues bien, el Derecho es «forma de la libertad», entre iguales, y entre sujetos no sometidos a influencia legalmente establecida de uno hacia otro de tal modo que ejerza «poder» sobre él que, a su vez, le deba «obediencia». Cuando consideramos la existencia de una Organización jurídica del Poder podríamos afirmar que el Derecho Público es más que «forma de libertad», dado que es «forma de poder». Liber-

tad y poder son fenómenos que pertenecen a la misma categoría cualitativa de conductas humanas, dado que se refieren a la capacidad de decisión de quien se trate. Pero dado que el sujeto de poder se halla en situación más fuerte que el mero sujeto de libertad, porque éste se halla afectado por una situación de «tener que obedecer» ante el primero; «poder» y «libertad» se diferencian entre sí mirando a la «intensidad» con que cada uno puede ejercitar su capacidad de influir hacia el otro. En 1948 el profesor Alfred Pose publicó el libro *Philosophie du pouvoir* en que aclaraba esta analogía teniendo en cuenta su diferencia. El poder es la capacidad de conseguir que mi voluntad imponga mi querer a la voluntad ajena. La libertad es el poder de que alguien, no llegando a imponer la voluntad del querer propio a la voluntad de otro, consigue al menos hacerse respetar su propio querer.

Explicando este asunto en unas referencias más conocidas, nos hallamos en el surco de la noción de libertad que Montesquieu describía (*Espíritu de las Leyes*, lib. XXVI, c. 20: «La libertad consiste principalmente en no poder ser forzado a hacer una cosa que la ley no manda. No se está en estado libre más que estando gobernado por leyes civiles. Por tanto estamos libres porque vivimos bajo las leyes de la sociedad civil».

En este tema nos referimos, pues, a una tradición cultural que no siempre ha coincidido en la inteligencia de la «libertad» Por ello mencionaré algunas de sus concepciones para compararlas con las que mantengo aquí.

Es sabido que, refiriéndose a instituciones y prácticas jurídicas y políticas anteriores a su tiempo y, que, en gran medida pretendía o recordar o incluso restablecer, Cicerón (s.I a.C.), esculpió expresiones como *libertas populi*, *auctoritas senatus*, *concordia ordinum*, *consensus Italiae*, etc. Pero Salustio (*Conjuración de de Catilina* 38,3) hace notar que, desde fines del s.II, unos cuantos sujetos ambiciosos explotaban los nombres respetables del senado y del pueblo como máscaras de dominación personal. Determinados nombres de políticos se convirtieron en calificativos partidistas, no en referencia de valores ciudadanos. Quienes tenían el poder, la riqueza y la hegemonía partidista no tenían problemas para aparecer como «los buenos». Ello explica (afirma Tácito en *Historias* 4,73) que «nadie aspiró nunca al poder para sí y a la sumisión incondicional de los demás, sin invocar la liber-

tas y otros bellos nombres». La razón es que en las sucesivas formas de gobierno era la índole de la libertad la que era transformada, y que probablemente no era en la forma republicana sino en la monárquica donde era entendida como mejor realizada; a pesar de que con la represión y el servilismo la *libertas* pronto se marchitó y —excepto en el espíritu de hombres como Cicerón— pereció por más que Augusto asumiese aún formas republicanas. Ello hizo posible la fuerte instalación que el régimen de los Emperadores alcanzó a partir de la tiranía de Tiberio, que fortaleció los cimientos de esa modalidad de organización política. Por otro lado concurría también una respetable tradición del pensamiento filosófico que consideraba a la Monarquía como la mejor forma de gobierno, además de que era la forma predestinada a retornar de nuevo cuando el Estado recorriese el ciclo completo de los cambios políticos. Pues los romanos habían asimilado suficientemente las teorías de Platón y de Aristóteles sobre este punto. Por ello reconoce R. Syme (*La revolución romana*, 1939, trad.1989, p.204) que la noción de *libertas* era un concepto vago y negativo, o sea, el mero hallarse libre de un tirano o de una facción —como entendía aún Montesquieu. Pero en nuestros días esto ha cambiado mucho, dado que hay referencias de contenido positivo (libertades individuales, cívicas, políticas, económicas, culturales) cuya proclamación desde hace dos siglos ha influido grandemente en los Ordenamientos jurídicos vigentes, si bien ya hay «culturas» que intentan reducir tales exigencias a sólo los países «occidentales», y por ello los regímenes militaristas, demagógicos, u otros totalitarios como los cubiertos por el ámbito islámico y la civilización china, se niegan resueltamente a admitir hasta la noción misma de «derechos humanos» (Sin olvidar que la demagogia «progresista» ha contaminado mucho las políticas occidentales, hasta el punto de denominar «derechos humanos», aunque sea calificándolos «de segunda», de «tercera» o de «cuarta generación», meros objetivos de política social o de política cultural, dando lugar a definir como «derechos» meros «gustos absolutamente arbitrarios», como el mencionado de «disponer del propio cuerpo» en el sentido de que una modalidad orgásmica no coincidente con la sexualidad natural, o sea, *contra naturam*, y naturalmente estéril, pueda ser legitimada en «forma de matrimonio»; o legitimar la ocupación de una propiedad ajena como «nueva forma cultural»).

Cuando hablamos de la garantía jurídica de las prerrogativas de quien tiene el poder, o sea, de la Autoridad Pública (pues nos

referimos al «poder» dentro de un Estado Democrático y de Derecho), no podemos eludir tres puntos: 1º) que quien tiene el poder dispone también de instrumentos de propio poder para defenderse a sí mismo; 2º) que los procedimientos de autodefensa individual han de estar legitimados por las limitaciones que impone todo acto jurídico dentro de un Estado de Derecho, y esas garantías han de tener límites y aspectos definidos por el sistema de la legalidad vigente; y 3º), y este punto es muy obvio: que las garantías legales de las prerrogativas de las Autoridades Públicas, no sólo disponen de eficacia para realizarse (porque dependen de la propia organización política presidida por dichas Autoridades), sino que también esas Autoridades tienen influencia para regular las garantías legales de sus prerrogativas en términos que le convienen unilateralmente, además de que el propio interés de las Autoridades Públicas actuará inmediata y eficazmente para ponerlas en práctica hasta sus últimas consecuencias.

Hablamos, por tanto, de que el bien jurídico protegido (respecto al bien de la Autoridad Pública, sin cuya existencia no podría haber ninguna clase de «participación política» ni, por ello ningún «honor») lo es en cuanto a sus «prerrogativas» las cuales son las formas jurídicas en que un Estado tiene el deber de ejercer sus poderes. Por ello sería inexacto denominar «libertades» a lo que de suyo son «poderes», o sea, «super-libertades» (puesto que el nombre de una cosa debe reflejar lo que esa cosa es en realidad), que en este ensayo denominamos «prerrogativas», y a tal nomenclatura nos estamos ateniendo. Así podemos observar que sólo cuando un tirano se reviste de «humildad» alardea de ejercer el mismo tipo de libertad del que deberían disponer los súbditos. Por ello los demagogos reclaman, para ejercer sus arbitrariedades tiránicas, que se les permita, también a ellos, «libertad». Tal pretensión sería la máscara, no ya del «poder» que legítimamente les correspondería, sino del «despotismo» que tratan de ejercer... y que sólo pueden conseguirlo ocultando su nombre. Hay muchos otros nombres además de los aludidos (páginas atrás) por Salustio y Tácito: transparencia, tolerancia, talante, paz, diálogo, apertura, no-violencia, «todos —iguales— en todo» (o sea, tratar igual a asesinos y víctimas). ¿No recordamos aquella lamentación: «¡Libertad!, ¡libertad! ¡Cuántos crímenes se cometen en tu nombre!»?

Trazaremos un perfil de las funciones que la Autoridad Pública (nombre que se refiere a todos los mecanismos del poder

político y administrativo en la Organización de un Estado de Derecho) ha de asumir para justificar las prerrogativas que el Ordenamiento Jurídico le confiere. Pues son «prerrogativas» aquellos poderes y formas de ejercerlos que el Estado articula, en favor de las Autoridades públicas, de modo tal, que a través de ellas puedan recibir reconocimiento, tutela y garantía los derechos de la libertad de todos y cada uno de sus ciudadanos: sujetos éstos del *honos* que a través del Estado ha de ser protegido, como «bien jurídico» propio de su respectivo titular, por el conjunto del Ordenamiento jurídico.

Expondremos brevemente dos testimonios: la caracterización de un pensador que en el movimiento de la Ilustración del s.XVIII explica las competencias de la «Soberanía»; y el conjunto de normas que en *Las Partidas* (s.XIII) explican los deberes del Rey hacia los súbditos, y las penas impuestas cuando éstos no cumplen los que a ellos les corresponden.

Me refiero en primer lugar a la obra del profesor y magistrado suizo Giovan-Giacomo Burlamachi *Principios del derecho natural y político* (1747), en su propuesta acerca de los derechos esenciales de la Soberanía (Vol 1º, L.I, c.8, pp.39-42 en la traducción italiana de 1832).

La pluralidad de «poderes» que pertenecen a la Soberanía tienen un idéntico objetivo: el bien de la sociedad, para cuya realización son todos ellos necesarios. (El autor los denomina «derechos» y «poderes», no indistintamente, sino conjuntamente. Por ello se percibe que en ningún momento deja de considerar tales poderes dentro de la legitimación jurídica de su ejercicio). Estas diversas «prerrogativas» (incluyo ya en esta palabra el par de conceptos que Burlamachi establece, o sea, «derechos y poderes») son las que denomina «partes esenciales de la Soberanía».

Se distinguen las competencias que ejercerá dentro del territorio, y las de orden interracial.

En las primeras aparece como fundamental respecto a las restantes prerrogativas el poder legislativo. El soberano establece «leyes», reglas generales y perpetuas, donde cada uno se instruye de lo que debe hacer para mantener paz y buen orden, ateniéndose a la libertad natural que conserva usando sus derechos de modo que no perturben la tranquilidad pública. La

ley reconduce a unidad la infinitud de los sentimientos e inclinaciones humanas, armonizándolos de manera necesaria a la sociedad. Para ello dirige el conjunto de las acciones humanas hacia las utilidades beneficiosas (bien entendido que las disposiciones del Soberano no deben oponerse a las leyes naturales y religiosas).

El segundo poder es el «coactivo», que dispone penas a quienes alteran la sociedad con sus desórdenes y las impone consiguientemente. Sin él las leyes establecidas serían vanas, y no habría garantías de paz y seguridad. Para que el miedo a las penas llegue a ser suficientemente eficaz, se precisa extenderlo hasta el más alto mal natural, el de la muerte, único capaz de aquietar los desenfrenos del egoísmo, para que cada uno tenga mayor provecho en obedecer la ley que en transgredirla. Por ser este poder de vida o muerte más alto que el propio de los hombres comunes, se trata de una prerrogativa de la Soberanía.

El tercer poder es el necesario para arbitrar entre los conflictos que surjan entre los ciudadanos. Para ello su juicio debe ser definitivo, inquisitivo y capaz de absolver o de condenar. Se denomina «poder judicial», e incluye la facultad de perdonar al reo penal en ciertas condiciones.

Es cuarto poder el de examinar si las opiniones comunicadas dentro de la sociedad, y las doctrinas enseñadas, sirven al bien común, se atienen a la verdad, y contribuyen a la tranquilidad social. El soberano nombra profesores, crea academias, organiza escuelas públicas, y define las creencias religiosas en cuanto su materia permita.

Una vez asegurado el interior del Estado, es prerrogativa del soberano organizar su seguridad respecto a países exteriores tanto por medios pacíficos como armados. Puede ordenar la leva y los armamentos de los ciudadanos en lo necesario para defender al país, y establecer la paz cuando le resulte oportuno.

Este derecho de declarar la guerra y firmar la paz se complementa con el de firmar tratados, definir compromisos internacionales, y establecer alianzas.

En sexto lugar, como la actividad política en toda esta complejidad de tareas es muy intensa y amplia, el soberano tiene la

prerrogativa de nombrar ministros y autoridades subalternas, que provean lo pertinente al bien común, y que resuelvan por su delegación los expedientes administrativos. Estos magistrados deberán rendirle cuentas de su tarea y de los gastos pertinentes.

En séptimo lugar se considera la prerrogativa soberana de cobrar impuestos sobre los bienes y rentas de los ciudadanos, bien en dinero bien mediante prestaciones personales, hasta lo necesario para el ejercicio de sus funciones. A este derecho de los Tributos se une el de emitir moneda y el de hacer concesión para ejercer diferentes actividades, como la caza o la pesca en espacios de dominio público.

Al admitir que el gobierno y la soberanía se establecen mediante un acuerdo recíproco entre los que gobiernan y los que obedecen, Burlamachi afirma la ley natural de justicia en que cada uno se atenga a lo pactado (c. 6º, XI). La fuerza de la «sociedad civil» reside en la obligación (puesto que deriva de un «pacto») que todos los ciudadanos tienen de obedecer. Mas los deberes cívicos proceden de razones más profundas y generales, que son «deberes de los súbditos» (tomados directamente de las enseñanzas de Puffendorf en su libro *Deberes del hombre y del ciudadano*, 1673, pero sólo literalmente en el último capítulo de esta obra. No ha hecho caso de la gran construcción de Puffendorf, desarrollada en los capítulos antecedentes y en su previa investigación sobre Derecho Natural y de Gentes, donde estudia los fundamentos del deber natural de solidaridad social. De aquí resulta que Burlamachi se ha contentado con redactar un manual para uso de los funcionarios del Estado Absoluto, y como tal nos referimos a él, por su interés al coincidir con los postulados políticos de los nuevos regímenes Socialistas. *Nihil novum sub sole*). De haber seguido fielmente a Puffendorf, hubiéramos tenido que la realidad social misma es antes resultado de la aportación de los particulares que de la propia actividad dirigente y coactiva del soberano. Los deberes cívicos (*civium officia*) se dirigen más directamente al bien de la solidaridad colectiva que si se polarizaran directamente hacia las funciones soberanas, y constituyen por sí mismos el esquema ideal de una comunidad justa (la cual, sin embargo, dada la innata insuficiencia racional de la capacidad de los seres humanos, requiere «necesariamente» la existencia de lo que denominamos «Estado de Derecho»). Pero Burlamachi se atuvo a lo bien mirado por el lenguaje de los políticos absolutistas. ¡Qué

razón tenía M. Menéndez Pelayo, cuando ponía la aceptación de esta doctrina como espejo de la degeneración política a que había llegado la cultura jurídica en España!

Burlamachi, por su lado, se atiene a afirmar que todos los ciudadanos son legalmente iguales entre sí en cuanto que es un mismo soberano quien les regula. Pero al realizar diferentes profesiones dentro del Estado tienen también diferencias en el modo de prestarlos. Por ello hay deberes «generales» y «especiales», cuyo contenido es servir, obedecer y no resistirse a las indicaciones del soberano, dentro siempre de las posiciones sociales y profesionales que al mismo le convengan.

Una actitud muy diferente resulta de la lectura de los deberes recíprocos de Rey y Pueblo en las directrices desarrolladas en la época medieval, y definidas en los textos elaborados, en el *zenit* de la monarquía castellana, por la corte de Alfonso X.

«La segunda Partida, que habla de los Emperadores, e de los Reyes, de los otros grandes Señores de la tierra, que la han de mantener en justicia e verdad». Así viene definido el «bien jurídico» que ahora denominamos «Estado».

Los «deberes» que el rey debe prestar requieren «oficios» dispuestos a tales fines. La ley 1, tít.IX de esta segunda Partida lo explica mediante la cita de una amplia referencia de Aristóteles, tras haber definido: «Oficio tanto quiere decir, como servicio señalado, en que ome es puesto, para servir al Rey, o al común de alguna Ciudad o Villa».

Los servicios regios se deben prestar al «Pueblo». Lo define la ley 1 del tít.X: «Pueblo llaman el ayuntamiento de todos los omes comunalmente, de los mayores, e de los medianos, e de los menores. Ca todos son menester; e non se pueden escusar, porque se han de ayudar unos a otros, porque puedan bien bivar, e ser guardados, e mantenidos». Para ello Rey y Oficiales deben amar, honrar y guardar a todos los del Pueblo (leyes 2 y ss.), incluyendo el hacerles justicia para que nadie abuse ni reciba tampoco daño de otros.

En correspondencia, el Pueblo asume deberes respecto al Rey: tenerle amor y respeto (tít.XII), honrarle y guardarle (tít. XIII y ss.), abastecer y mantener los castillos y fortalezas

(tit.XVIII) y realizar los servicios militares precisos (tit.XIX ss.). A estas mínimas proporciones se reducía el «bien jurídico» que el ordenamiento penal debería proteger. Veamos cuáles eran estas defensas jurídicas de la Comunidad Política (la mayoría de las cuales, como vemos, se concentraban en delitos contra el Rey (traición, felonía, deslealtad, etc., delitos cuya trascendencia apenas es actualmente imaginable).

El horizonte general de las penas de todas clases viene definido en las *Partidas* en el tit.XXXIV de la séptima, en términos de los criterios de aplicación que se expresan en forma de «reglas»: «Regla es ley dictada preuemente con palabras generales, que demuestra a?na la cosa sobre que fabla; e ha fuerça de ley». Pues bien, la regla 1 declara: «E dezimos, que regla es de derecho, que todos los Judgadores deuen ayudar a la libertad, porque es amiga de la natura, que la aman no tan solamente los omes, mas aun todos los otros animales». Y la 2: «Otrosí dijeron, que non son contados por bienes, aquellos por quien viene a ome más daño que pro».

Algunas de estas reglas podrían ser entendidas en nuestra época donde es el Estado como estructura de libertad común quien es objeto directo de delitos como el de terrorismo. Véanse las siguientes: «Regla 19. E dixeron aun, que a los malfechores, e a los aconsejadores, e a los encubridores, debe ser dada igual pena». Y la siguiente: «Regla 21. Otroxi dijeron, que quien da razón por que venga daño a otro, él mismo se entiende que lo faze».

Desde que la justicia es asumida totalmente por las Instituciones dependientes del Rey, puesto que ellas consisten en desarrollar «oficios» regios, las penas pasan a ser también instrumentos políticos que operan para resolver conflictos jurídicos. Por ello se fijan decididamente en las personas de los delincuentes: «Penas son gualardón, o acabamiento de los fechos malos» (correspondencia en consecuencia de fechorías, Séptima tit.XXXI). «Pena es emienda de pecho (multa, impuesto) o escarmiento, que es dado según ley a algunos, por los yerros (ilícitos) que fizieron» (ibid.L.1, donde se explica a continuación que los objetivos de las penas son «que reciban escarmiento de los yerros que fizieron» y «porque todos los que lo oyeren, e vieren, tomen ejemplo e apercibimiento para guardarse que non yerren»).

Las penas asignadas a delitos graves pasaban por trabajos forzados, cadena perpetua, confiscación general, muerte, etc. «La cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean judgados» (ibid. L.4). Excepto la muerte, todas las demás penas concluyen en «resarcimiento destinado al Rey», dado que la confiscación total o parcial de los bienes de los delincuentes sólo parece tener ese destino. Pero en lo referente a estos delitos no aparecen textos en que intervengan, o convenio de indemnización entre delincuente y víctima, o acuerdo en que parte de los bienes confiscados reviertan a la víctima o sus herederos. No aparecen las palabras «víctima», «perjudicado», «indemnización», pero sí «enmienda» y «remienda» con significado de «demanda por injuria al honor» (Séptima, tit.9, L 4). Se entiende que la Justicia del Rey es «fuente de todos los derechos» (Tercera, tít I, L.1), pero ello sería como consecuencia de los castigos impuestos a los responsables de hechos ilícitos, y por tanto en términos meramente «declarativos»

Se entiende así que los delitos que se pueden realizar directamente contra el Estado serían los que tuvieran por perjudicados al Rey y a sus «Oficiales» Delincuentes serían los titulares de oficios públicos, u otros súbditos, y el Ordenamiento jurídico los considera sobre deberes concretos de estos mismos subordinados, de los cuales pudieran proceder acciones ilícitas contra sus superiores. Estos delitos se integran en la «trayción», en alguna de sus formas: «poner las manos sobre el rey» o «matarlo» (Segunda, tit. 13, L.6); quien encubriere una traición (ibid. L. 9); «el que se passa a tierra de Moros» (Cuarta, tit. 23, Leyes 10, 11 y 12); «el que habla mal del rey» (Segunda, tit. 13, L. 17), etc. Sus penas pueden ser imaginadas: muerte, deshonor, confiscación. Las prerrogativas regias se explican en términos de primacía de la unidad y seguridad del Reyno (precisamente en una época en que los miembros de la Corona castellana estaban fuertemente unidos con las dinastías europeas más importantes: la Casa de Suabia (en momentos en que ostentaba el Sacro Romano Imperio); Francia (las respectivas madres de Fernando III, padre de Alfonso XII; y de san Luis de Francia eran hermanas); e Inglaterra (Leonor de Castilla, hija de Alfonso X, casada con Eduardo Príncipe de Gales, posteriormente Eduardo I). En aquel momento la Reconquista española (hacia 1.270) dejaba a los invasores islamitas un escaso 9 % del territorio peninsular, situación que aún se prolongaría dos si-

glos durante los cuales la Corona Aragonesa crearía su Imperio Mediterráneo y la Castellana se ampliaría hasta el norte de África e inmediatamente hacia los descubrimientos americanos.

Por estos motivos, el posterior desarrollo del Derecho Penal fijaría sus objetivos en las prerrogativas políticas y en el mantenimiento de la «paz entre ciudadanos» sin asumir primordialmente el resarcimiento de los daños causados a las víctimas. Por un lado la Corona no tenía recursos para satisfacerlos subsidiariamente. Por otro los culpables no hubieran tenido bienes con los cuales resarcir a los perjudicados. Pero, además, y esto es lo más positivo en aquella cultura social, las víctimas podrían de algún modo considerarse resarcidas por haberles reconocido la justicia del Rey su derecho, o sea, también, su honor, y garantías de que pudieran ganar su «honrra» (en momentos en que los recursos vitales necesarios para la subsistencia no constituían problema mayor para la subsistencia de la gente).

En el *Código penal* español anterior al actual los delitos que configuraban las garantías jurídicas del «bien del Estado» se enunciaban dentro de los conceptos siguientes: seguridad exterior, seguridad interior (delitos cometidos o por particulares o por funcionarios públicos), falsificaciones de monedas y documentos, delitos contra la Administración de justicia, contra la Hacienda pública, etc. como más relevantes en este sentido.

Algunos códigos contemporáneos, por ejemplo el portugués que estaba vigente en 1960, contienen además garantías de la «religión del reino» que recuerdan no sólo a *Las Partidas*, sino también a la española *Constitución de 1812*. Además de desarrollar luego amplísimamente los delitos contra la seguridad exterior del Estado y contra la seguridad interior, contiene los delitos contra la administración del Estado, y delitos contra el orden y la tranquilidad pública.

Ejemplo de la evolución cultural en que adquieren primacía los bienes individuales y los colectivos que no coinciden con las prerrogativas del Estado es el Código penal que estaba vigente en Suecia en 1958. «Penas ordinarias» son la multa y la reclusión. Pero en el art.8 del capítulo I se establece que «además de las sanciones, las infracciones pueden tener como consecuencia la confiscación de bienes o cualquier otra consecuencia judicial especial, e igualmente la obligación de reparar el perjui-

cio causado conforme a las normas establecidas a este respecto». Ahora bien, estas normas aludidas no se hallan en ese Código penal.

Sin embargo los bienes jurídicos de personas y grupos anteceden sistemáticamente en este código escandinavo a los delitos políticos propiamente dichos. Se defienden primeramente los bienes individuales y las costumbres sociales, luego la familia, la propiedad, la buena fe en los negocios, hasta llegar a «las infracciones que presenten un peligro de carácter general»: falsificaciones, juramentos falsos. Sólo entonces comienzan las normas relativas a infracciones contra el orden público, infracciones contra la Autoridad pública, contra la seguridad interior del Reino, contra su seguridad exterior, infracciones cometidas por funcionarios, por militares, disposiciones especiales para tiempo de guerra, delitos de conspiración y complicidad (no podría haber partidos políticos secesionistas ni organizaciones anti-sistema, cap.XXIII), etc. El «bien jurídico del Estado» no solamente es defendido con plena eficacia, sino también es puesto en el lugar que le corresponde como «servidor» de las libertades individuales y sociales de todo orden, y no como «definidor del bien y del mal» e «instrumento totalitario de fines ideológicos o partidistas». Por ello el Código penal sueco pudiera ser considerado como ejemplo de un Estado plenamente legitimado para ejercer sus prerrogativas jurídicas, dado que su «bien jurídico» está garantizado precisamente al imponérsele al Ordenamiento jurídico penal las previas y necesarias funciones tutelares sobre el conjunto de los «bienes jurídicos» de individuos y grupos existentes en la sociedad.

El matiz puramente totalitario de un sistema penal puede ser contemplado ejemplarmente en el originalísimo estudio de S.Pérez-Espejo *El Derecho penal administrativo en la República Democrática Alemana* (1996) que abre ventanas a las monstruosidades jurídicas que pueden tramarse bajo denominaciones respetables. En este panorama el ámbito de las «infracciones del orden» (primero el Estado nacional-socialista, y luego el Estado democrático-socialista, en el periodo comprendido entre 1932 a 1989) desarrolla normas, usos jurisdiccionales y decisiones vinculantes que sustituyen al Derecho Penal propiamente dicho. Sociológicamente sólo hay un modo de destruir una realidad, que es sustituirla adoptando el mismo o parecido nombre. No podría subsistir un régimen demagógico sin ostentar la

denominación de «democracia», ni un servilismo a los delincuentes fiscales sin la denominación de «libre competencia», ni una tiranía cultural sin la denominación de «multiculturalismo», ni una tiranía política sin la denominación de «educación para la democracia», ni unas maniobras que eliminan de hecho la vigencia de una Constitución sin la llamada de sus «desleales» a «la unidad» de los partidos opositores para que se avengan a la traición. La elefantiasis del Estado abre la puerta a la propia desaparición del mismo como entidad ético-política (pensamos en la construcción hegeliana) convirtiéndola en un campo de concentración e incluso campo de exterminio bajo leyendas como «el trabajo os hará libres»...

Naturalmente ello no puede realizarse si las excrescencias de «mal social y humano absoluto» no asumen las vestiduras y sobre todo el lenguaje del «bien jurídico» en que consiste el Estado legítimo y normal, cuyo concepto es por sí mismo respetuoso con los bienes que son las personas, y con los bienes que son las libertades de comunicación y cooperación entre personas para ganarse el bienestar a que aspiran sin hacer daño a nadie.

Según Pérez-Espejo «el régimen nacional socialista inaugura y llena una etapa de Estado policía total —al servicio del partido único y su mito, la ‘comunidad del pueblo’, con unos instrumentos...que, dentro de la mayor arbitrariedad y con el respaldo de juristas servilmente sintonizados, resucitan y agigantan el viejo principio absolutista de la inapelabilidad en asuntos de policía» (p.23). Tal institución fue prolongada y ampliada, ya en el régimen del socialismo real, «en la zona de ocupación soviética ...centralizada: despolicialización y centralización confirmadas por la Ley de cometidos y atribuciones de la Policía Popular Alemana de 1968» (p.25). Las adaptaciones jurídicas a las ideologías individualistas por un lado, y de la sociedad de masas por otro, «conducen a esquemas y envites colectivistas de uno y otro signo, a saber, en torno a las ideas de clase o de raza o/y a una doctrina remozadora, en clave corporativista, de precipitados históricos bajo-medievales» (p.27).

Ingeniosas construcciones de juristas «progresistas» ayudaron a instrumentar técnicamente los expedientes de delito «administrativo», que ocupase el lugar anteriormente protegido del ilícito «penal» (y de sus garantías formales y procesales), «sobre la base de la no lesión y sólo puesta en peligro (concreto o

—sobre todo— abstracto)de bienes jurídicos, así como sobre la de la negligencia o imprudencia, la simple actividad o la omisión y la llamada omisión impropia o comisión por omisión, modalidades omisivas cuyo mutuo deslinde, de sobradamente conocida dificultad, ha venido con cierta reiteración siendo vinculado al pseudo-criterio del carácter preceptivo o prohibido de la norma infringida a través de la violación de deber, respectivamente, general o especial de actuación» (p.34).

Vemos a donde conduce el entender que el objeto del Derecho penal no es impedir o castigar conductas que dañan un bien jurídico de alguien concreto, sino meramente prohibir algo bajo el nombre de «infringir» —aunque sea sin hacer nada o sin saber qué habría que haber hecho— una norma, cuyo significado no es más que el de trazar un hueco en una sentencia, para poner en él el nombre del enemigo político al que se quiera eliminar.

Esta visión del Estado, que «juridificaba» toda conducta sin dejar resquicios a ninguna libertad responsable, parecía perfecta y científica, porque denominaba «Derecho» a todo y cualquier cosa que hubieran sido promulgados en «ley» (y sustituida ésta a su vez por «decretos», «instrucciones» o incluso normas no publicadas oficialmente); y «Estado» a todo lo que respondiera a órdenes «jerárquicamente» (o sea, *ierós*, *arkhé*, «principio sagrado e indiscutible») superiores. El perfeccionismo del sistema llegaba a no dejar resquicios por donde escapar a la regulación penal (puesto que hasta se configuraba «tipológicamente» al «delito vacío»), y no eran necesarios sistemas discrecionales como son los que establecen «medidas de seguridad (como el sistema de la ley española de los primeros 30 popularmente conocida como «de vagos y maleantes», pero que simplemente tomaba como referencia de cierta peligrosidad social a quien viviera sin domicilio fijo («vago») o sin trabajo conocido («maleante»), pues se entendía que sin trabajar y sin poder ser localizado difícilmente podría sostenerse sin atentar contra propiedades o recursos ajenos.

Por ello los regímenes socialistas desconocían, al menos formalmente, las «medidas de seguridad» tradicionales (ni el Código penal soviético ni el de la RDA). Pero la función material de las mismas era, sin embargo, cumplida por «penas legales», como el internamiento en Centros psiquiátricos, o sometimiento obligatorio a tratamiento médico especializado, o agrava-

miento desmesurado de la reincidencia por cualquier delito (Pérez-Espejo, p.143).

Estas situaciones constituyen una demostración (por reducción a un absurdo desgraciadamente sucedido) de que el objeto del Derecho penal debe consistir ante todo en identificar el daño causado en un «bien jurídico real» constituido por la existencia de sujetos cuya libertad ha sido reducida o aniquilada por obra de daños ocasionados en su libertad personal para decidir sobre sus propios bienes (si se trata de bienes jurídicos situados en la órbita del Derecho Privado), o para ejercer las prerrogativas jurídicas que asisten a las Instituciones encargadas de garantizar los servicios públicos necesarios y las libertades de participación pública y de bienestar privado posibles con carácter general en el seno de la colectividad política.

Entre estos bienes jurídicos obtiene metodológicamente el primer lugar, por ser su existencia previa y tutelar de los restantes, el Estado, aunque axiológicamente deba estar en lugar posterior.

Desde esta perspectiva parece idóneo el sistema de penas que lo protegen frente a los atentados que anteriormente hemos expuesto contra la normalidad del funcionamiento del Estado que le impedirían cumplir sus funciones. Y precisamente es la pena de confiscación y de multa el que parece «restituir» al Estado el resarcimiento que se le debe, en términos que le resulten satisfactorios en lo material: dado que es la dimensión económica y financiera de su estructura la que pone al Estado, con su gigantesca maquinaria burocrática y ejecutiva, en condiciones de cumplir el conjunto de las misiones que su tarea de asegurar y garantizar el conjunto de las libertades humanas y de su bienestar social. Otras sanciones penales adecuadas son las que operan sobre la «participación en el honor», y por ello las penas de pérdida de honores, degradación militar, pérdida de ciudadanía, expulsión a residentes extranjeros, etc. se hallan en el ámbito de la pena que los griegos denominaba *atimía*, análoga a la que en la Iglesia es «excomunió», etc. Junto a otras, la pena de «indignidad» para el ejercicio de ciertas profesiones es sanción oportuna para delitos contra el «bien jurídico» instrumentado en lo que denominamos «Estado», un «bien jurídico» que los Romanos entendían como *honos*, junto a los de *salus* y *pecunia* que aludiremos, también brevemente, a continuación.

En ese sentido, la «multa» y la «confiscación» parecen ser sanciones penales adecuadas a los delincuentes que han infringido deberes políticos, dado que, además de la «inhabilitación» para actividades de participación política y de percepción de rentas procedentes de servicios públicos, o el «destierro» si se trata de delincuentes extranjeros: ¿por qué no se ha previsto tomar automáticamente esta medida, análoga a la pérdida de nacionalidad española para extranjeros nacionalizados?

2. Observaciones sobre el *bien jurídico* protegido en los Derechos de la Persona

El Ordenamiento jurídico no «inventa» el objeto de protección y garantía constituido en la realidad de los seres humanos. Simplemente se ocupa de garantizar la existencia de las realidades en que consisten dichos seres humanos, considerándolos en todo cuanto es esa realidad humana. El fenómeno en que se evidencia esta realidad es lo que denominamos «vida humana», que tiene una estructura complejísima: vida individual y vida específica; nivel físico y nivel cultural; aspectos autónomos y aspectos heterónomos del vivir; actos inconscientes y actos conscientes dentro de la continuidad de la conducta humana. Estos y otros puntos podrían distinguirse dentro de una visión estructurada de esta realidad humana.

La realidad humana es, considerada en la noción latina *salus*, uno de los *bona* que el Derecho garantiza. Ello lo efectúa mirando a todos los aspectos que hemos mencionado dentro de esas «tensiones dialécticas» cuya proyección nos permite advertir la riqueza y la profundidad de ese «bien humano», y la diversidad de los aspectos que el Derecho reconoce en el mismo.

El Derecho Penal traza un esquema de aquellos aspectos en que el bien jurídico «vida humana» puede ser dañado gravemente, y atenernos a él tiene ahora la función de ilustrar cómo la conciencia jurídica contemporánea ha adquirido una capacidad de comprensión de sus más complejos perfiles. El principio metodológico de la previa definición legal de los atentados delictivos posibles facilita esta tarea, y vemos que la lectura de los diferentes Códigos centra la protección legal en los puntos básicos de la realidad humana, aunque, a veces, de modo incoexo. Por ejemplo los delitos contra la vida y la integridad físi-

ca incluyen el «aborto» entre los delitos contra la vida individual, aunque la índole de este «bien protegido», por referirse a la generación de nuevos individuos, y siendo notorio que se detecta como acto realizado en el reducto uterino existente en el cuerpo de la madre, por sus consecuencias sociales pertenece más al área de la «especie» que al área del «individuo», y ello aunque su penalización sólo puede hacerse sobre la «generadora» y sus inductores y cómplices. Es más, ha habido ordenamientos en que el «aborto» era delito considerado dentro de la protección a la «familia», aproximándolo al «adulterio», por ejemplo. Y el modo de ser penalizado legalmente, por ejemplo en el Derecho Romano clásico, era en consideración «político-económica». Pues el aborto producido en una esclava era cuestión de la estrategia económica de su dueño, según que le conviniera que el embarazo prosiguiera —para añadirlo a la servidumbre o para venderlo cuando alcanzara la edad oportuna—; mientras que el aborto de una mujer libre era castigado severamente porque significaba debilitar la sociedad en que el *nasciturus* se hubiera de integrar.

Serían obvias otras consideraciones en la perspectiva de la ética humanista o de las creencias religiosas cultas. Por ejemplo ¿no habría ONGs que atendieran a la tragedia de los embarazos por ignorancia o imprudencia, para facilitar a las madres llevar a cabo su situación atendiéndolas en sus circunstancias familiares y laborales, sin aniquilar al feto; de modo análogo en que se ocupan de alimentar a africanos musulmanes, dejados morir de hambre por los poderes petroleros cuyas riquezas y recursos son inagotables? O en una perspectiva cristiana ¿dónde estará el «prójimo» más desamparado del mundo, dónde habrá un ser humano más frágil y necesitado que el bebé anidado en el seno de una jovencita?

La sensibilidad social en esta materia puede alcanzar posiciones muy dispares: desde entender que el embrión o el feto no son seres vivos y mucho menos pertenecientes a la especie humana, sino excrescencias femeninas por lo cual pueden ser abortados tranquilamente; o que ocasionan molestias y gastos a la madre por lo cual ésta procura «deshacerse de un estorbo»; o que sus derechos son «conflictivos» con el derecho de la madre a disponer de su propio cuerpo; o que su concepción resulta de una violación, o puede causar enfermedades (físicas o mentales) a la que no se presta a ser mamá; o incluso en aten-

ción a su propio bien (del feto), a quien, dadas circunstancias sociales ominosas, le interesa no llegar a nacer. Actitud contraria es la que, contrariamente a tales excusas, entienda que el embrión y el feto son la fase inicial de un ser humano que llegará a su desarrollo personal si se le da oportunidad de nacer y criarse.

Obviamente en esta fase de desarrollo humano la protección del bien humano depende de su portadora más que de la sociedad exterior. Por ello son importantes las creencias culturales vigentes, de tal modo que el bien de la vida no podría ser objeto de ninguna limitación para quienes lo contemplan desde una perspectiva «religiosa», en que cada ser humano es una conexión viva con el conjunto de la creación divina e incluso, si solo se trata de una mente científica, pensar que cada individuo humano forma parte de la biodiversidad terrena en medio de la inmensidad de los fenómenos vitales cósmicos. En todo caso el tipo de protección penal al ser humano durante su gestación se aproxima, en la actual «sociedad de masas», y gracias a los supuestos despenalizados introducidos en Códigos recientes, a la permisividad antiguamente vigente para las preñadas esclavas.

El bien de la vida humana está protegido, en individuos nacidos, y durante su posterior evolución biológica, contra lesiones corporales y contra malos tratos además de por delito de homicidio en diversos momentos del desarrollo corporal. En la situación de gravísimas limitaciones de autonomía física y de enfermedad «terminal» o incurable, el respeto a la realidad personal del individuo tiene aún defensas jurídicas contra estimaciones de que podrían evitarse gastos institucionales y familiares, ocasionados si una vida «sin objeto» fuera respetada escrupulosamente. En la doctrina jurídica se debate también si por determinación propia un individuo pudiera quitarse la vida por algún acto, violento o no. La libertad personal puede ejercerse eficazmente en este punto, y obviamente un suicida no puede ser inculpado puesto que es él mismo quien ha cometido contra sí mismo el acto ilícito de matar a alguien y ha dejado de existir en cuanto sujeto jurídico (otro es el supuesto del grado de «frustración», o el de que haya intervenido un «cómplice»).

Esta cuestión del «suicidio» ofrece gran interés, porque en ella se debate de un lado la intensidad de la conciencia individual de ser «dueño de sí», y de otro la intensidad de la concien-

cia individual de ser «solidario con otros» (desde «los suyos», familiares, amigos, vecinos, colaboradores; hasta «los otros», lejanos, indiferentes, enemigos, desconocidos pasados y futuros).

El planteamiento jurídico (no religioso, familiar, económico, político, etc.) de esta cuestión de la «ilicitud» (y por tanto protección penal de un bien tan decisivo como es el de la vida individual por actos propios) del *proprium* fue desarrollado ejemplarmente, en plena época del Renacimiento, por B.Gómez de Amescua, *Tractatus de potestate in Seipsum*, 1604 (la edic. manejada es de 1609).

El punto de vista de este autor fue absolutamente subversivo, y él mismo se daba cuenta de la importancia de su revolución metódica. «No me impresiona la unanimidad doctrinal — escribe, Lib.I, c.2—, y por ello me atrevo a afirmar, en su contra, la siguiente verdad, que debo reimplantar a la luz del día: Pues los que defienden con todas sus fuerzas que nadie tiene plena potestad sobre su propio cuerpo, proponiendo esta tesis negativa como punto de partida metodológico, llevan a la consecuencia de que sólo son lícitas aquellas conductas que estén expresamente autorizadas por ley. Pero hay que tener por verdadero exactamente lo contrario: los sujetos humanos tienen lícitamente sobre sí mismos todo el poder imaginable en todo aquello que no esté expresamente declarado ilícito por ley. Por tanto hay que transformar en principio metodológico la libertad plenaria». Y desde esa posición plantea una serie impresionante de materias, en las cuales la libertad personal debe primar metodológicamente, a partir de una definición romanista tomada en las *Instituciones* de Florentino: *libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi quid vi, aut iure prohibetur*.

Según este jurista aragonés, que ejercía como magistrado en Palermo, negaban la licitud del suicidio la totalidad de los pensadores romanos, para los cuales el auténtico dueño de la vida de cada uno era el Estado, así como las autoridades cristianas y también los juristas modernos inspirados por ellos, para los cuales el dueño auténtico del hombre es Dios (L.I, c.5). Recuerda que hubo una secta (los Donacianos) que defendían ciertas circunstancias de suicidio como martirio. Mas metodológicamente, según Gómez de Amescua, habría de partirse de la «licitud del suicidio», tanto por primar la hipótesis de la plena libertad, como porque en uno de los *tria praecepta* de Ulpiano lo que se

prohíbe es «dañar a otro», no literalmente «a sí mismo» (L.I, c.2). Mas en el fondo del asunto también postula el razonamiento tradicional, pero por razones propias, y no sólo porque la prohibición de matarse a sí mismo le parezca muy fundada, e incluso esto sea crimen mayor que matar a otro, pues nadie es dueño de su propia vida sino sólo Dios, y por tanto el suicida es usurpador del derecho de Dios. Por ello hay también otras razones, que son también metodológicas en su análisis de lo que es la libertad, para estimar la ilicitud jurídica del suicidio.

El razonamiento de Gómez de Amescua para rechazar la legitimidad jurídica del suicidio parte de admitir que el sujeto libre tiene también deberes hacia muchas clases de «otros», y no depende exclusivamente de sí mismo. Ello sucede en múltiples direcciones. Por ejemplo, aparte de puntos de vista políticos que resumían los romanistas, resulta que el suicida frustra los propósitos bondadosos de un Dios que le ha dado al individuo el vivir, y al suicidarse pierde la posibilidad de obtener otros bienes que le estaban también destinados en la vida. Ni siquiera se ha de entender literalmente que un espíritu humano, destruido el propio cuerpo, se libera a sí mismo como el recluso que hubiera abandonado su cárcel. Puesto que cada individuo no se ha dado la vida a sí mismo, tiene, respecto a aquellos que se la han dado, obligación de mantenerla. Incluso parece que un suicida se pone fuera de la tendencia natural que todos los seres tienen de conservar su propia existencia, y ello sucede también entre los seres irracionales. Y llega a afirmar que el suicidio es un acto de violencia contra la vida (y por tanto incurre en la limitación que Florentino sugería: «violencia» junto a «ley prohibitiva), y esta fuerza actúa tanto dirigida contra sí mismo como dirigida contra otro, hasta el punto de que cuando la muerte viene producida por «violencia» no es «forma normal de muerte». La muerte es proceso universal y necesario, pero interferirlo (en el tiempo, en la causa, en la forma) es delito contra la solidaridad que toda realidad conjuga en el universo global de todos los sujetos de la vida. Cita en apoyo de esta tesis a Ulpiano (VII,1): *seipsum occidere esse contra ipsam naturam*. Como en cualquier otro delito, la libertad de cometerlo se ejerce tanto como si la intencionalidad se produjera al matar a otro individuo, o al robarlo, o al prestar testimonio falso (pues apelar a fuerza o fraude es ilícito alterando el curso natural de las opciones lícitas); pero ello no exculpa la índole delincuente del uso de esa libertad cuyo acto consista en alterar por la fuerza la si-

tuación general en que se vulneran bienes cuya proyección no se agota en un sujeto único, sino que la proyección de ese bien también existe en la amplia solidaridad de todos los bienes humanos en que cada uno de ellos está integrado.

Nuestra posición, además de guiada por tales conceptos, trata de configurar «jurídicamente» el suicidio utilizando los mismos criterios tenidos para calificar como «no jurídica» también la «pena de muerte». Un acto humano cualquiera, para ser jurídico, tiene que actuar desde sí mismo como «forma de libertad», y operar sobre aspectos que afecten a la «forma de libertad» de otro, de tal modo que se haga responsable jurídicamente (debiendo resarcir o indemnizar) el daño cometido sobre la libertad ajena. Al matar a otro comete un delito. Pero la pena de muerte ejecutada sobre alguien no es acto «jurídico», aunque pueda ejecutarse sin prohibición o por decisión por su lado «legal»; sino que va mucho más allá de lo que es el ámbito conceptual del Derecho, porque no afecta sólo a la libertad sino también a la plataforma de libertad constituida por la vida misma, que al serle sustraída convierte al sujeto en «nada»; y porque la Autoridad que sentencia o que es la ejecutora de una pena de muerte no es responsable jurídicamente de tal acto (como si fuera delincuente), y por ello tal acto deja de ser estrictamente «jurídico» calificándose como «político», o «social», o «culturalmente ejemplar», etc. La «previsión legal» de un acto como producir «legalmente» la «pena legal» de muerte está fuera de Derecho: es política social, tradición de venganza, carencia de escrúpulos éticos, u otra cosa por el estilo, pero no es «Derecho». Lo que sucede es que, aun cuando se quebranta el bien jurídico de la vida, el quebrantador no es hecho responsable jurídico de tal actuación. Ello significa de suyo que tal acto ha sido «legalmente» sustraído del ámbito de las vinculaciones jurídicas, y han sido sacados, fuera de las garantías del «bien jurídico» que es la vida, supuestos que traicionan el sentido del Derecho, o sea: la «pena de muerte» es acto «contrario a la idea de Derecho» aunque política y administrativamente se le haya legitimado. Por ello la pena de muerte, jurídicamente, no es «ni lícita» ni «ilícita», dado que éstas categorías son las que sirven para calificar actos cuya relevancia sea «exclusivamente jurídica». Es un arcaísmo extraviado en la galaxia de la civilización jurídica.

Análogamente el suicida puede actuar como sujeto de «locura», o de «temor», o de «amor», o de «odio» o de algún otro

sentimiento que haya interferido de tal modo en sus compromisos racionales que le haya inducido a quitarse la vida. Un suceso que haya producido una inestabilidad emocional delirante; un miedo al dolor o a circunstancias personales o sociales cuya previsión le resulte intolerable (nunca se debería calificar como «cobardía» los impulsos que inducen a alguien al suicidio puesto que una decisión existencial de esa índole requiere un grado de libertad merecedor de respeto); una inmolación por salvar a otro, como el antiguo guerrero cántabro que se dejaba morir de hambre para permitir la supervivencia de los jóvenes de su familia, o como el militar que cubre con su fuego la retirada de sus compañeros (inmolación por amor o inmolación por deber) no son formas «jurídicamente delictivas» de suicidio aunque sean actos en sí suicidas; o quien se odia tanto a sí mismo —imaginemos un parricida, o un terrorista— que proyecta el fondo de su odio a sí mismo contra otros, porque trata de despreciarlos del único modo que encuentra a su alcance, hiriéndose a sí mismo, o renunciando a respirar o a comer. En todo caso se trataría de conductas «no jurídicas», en cuanto que no dañan directa y primordialmente a la libertad ajena negada de manera radical por tal suicida, a no ser que se planteasen como forma de arrancar una conducta no debida por otros, e incluso ilícita, traspasando la responsabilidad moral de su propia muerte sobre la conciencia de esos otros. Pero tal «relación de libertad» tampoco sería estrictamente «jurídica», sino solamente «moral», y ella provocaría reacción de fortaleza o debilidad, de repulsión o de compasión, etc. en el ánimo de las otras personas concernidas por el odio del presunto suicida, en tal hipótesis.

Por otro lado un suicidio que no implicase actos de violencia activa, sino actitud de abstenerse de tomar alimentos, por ejemplo, no podría entenderse como jurídicamente ilícito. Sería perfectamente lícito que una persona, avergonzada y arrepentida de haber cometido delitos y daños de imposible reparación, prefiriese salir de esta vida por un procedimiento que a nadie hiciera daño, ni quebrantase ningún derecho de la propia libertad, ni implicara derechos de la libertad ajena. Probablemente esta actitud podría ser mirada compasivamente por un Dios que entendería razones humanas de un arrepentido, el cual se ve a sí mismo como indigno de mirar a la cara a otro ser humano sin sentirse radicalmente avergonzado de seguir aún viviendo. A nadie le parecería ser injusta o ilícita una muerte así,

expiación voluntariamente asumida como secuencia natural de su arrepentimiento

Volviendo a las cuestiones más generales que definen el «bien jurídico» en que consiste la vida humana, podríamos afirmar: el respeto jurídico a la vida humana es la síntesis de todos los derechos que cada uno puede hacer valer desde la propia singularidad; y el respeto a toda vida humana es la síntesis de una libertad capaz de defender el ámbito de la propia responsabilidad. Todo lo que nos sucede, favorable o desfavorable, acaece en términos de «nuestra vida», y su libertad de disposición en que consiste la libertad es el bien jurídicamente protegido bajo esa divisa de «derecho a la vida» construido jurídicamente como «forma de libertad de vida social». El texto constitucional (de 1978) lo define en su artículo 15 en esta expresión: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». En esta simple fórmula se contienen no sólo los derechos a la vida y a la invulnerabilidad, sino también los derechos al honor y a la libertad física como partes integrantes de la «humanidad» en cuanto cualidad integradora del ámbito existencial propio de la vida humana, y que el Ordenamiento jurídico habrá de proteger (así como su lesión deberá ser castigada). El respeto a la integridad de la persona humana incluye así el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la dignidad, y el derecho a la seguridad física en todos los aspectos que pudieran ser amenazados por riesgos pendientes de conductas ajenas. Por ello el artículo 3 de la *Declaración universal de derechos humanos* (1948) establecía: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona»; y el *Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos* (1966), en su artículo 6: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente». Es la realidad misma de la vida, no su valor o el sentimiento de su valor lo que está siendo protegido jurídicamente, ni tampoco son las leyes que lo regulan y garantizan, fundamentales o no, las que son objeto de protección penal, sino el hecho de que hay sujetos vivientes cuya libertad ha de ser garantizada contra toda obstrucción o daño capaz de destruirla. Eso es la *salus* en cuanto *bonum alicuius*, y en cuanto *suitas iuris*, constituido así el «derecho a la vida» como «protoforma» de toda libertad jurídicamente responsable.

En todo caso el ser humano lo es en cuanto individuo y en cuanto especie. Su realidad biológica aúna estos caracteres, y los conecta a través de las capacidades genésicas proyectadas en el espacio y sobre todo en el tiempo, en las interacciones sexuales que infunden nuevas combinaciones genéticas en cada una de las sucesivas generaciones.

Está claro que este «bien jurídico» que es la vida humana (en cada individuo, en el conjunto de la especie, en todas y cada una de las estructuras naturales concomitantes que albergan, alimentan y soportan al conjunto de los seres necesarios a la existencia humana) es el objeto de las garantías jurídicas organizadas sistemáticamente por cada Ordenamiento jurídico, en cualquier tiempo y en cualquier lugar. Nos detendremos ahora en el modo en que este mismo Ordenamiento jurídico se ha dispuesto a castigar los daños inferidos a ese «bien vital». ¿Qué tipo de penas se imponían antiguamente por el delito de «homicidio»?

Un homicida ofendía a hombres y a dioses. Conocemos la evolución en los castigos que se desarrolló en Atenas una vez que pasaron a ser asuntos juzgados por la Ciudad tras haber sido sustraídos a la venganza privada. El Tribunal del Areópago imponía muerte a los homicidas (que incluía confiscación de todos sus bienes, entregados a un templo), y confiscación y destierro a los culpables de heridas hechas con intención de causar la muerte. El Tribunal del Paladión imponía al culpable de homicidio involuntario la pena de destierro temporal hasta que los parientes del muerto no le hubieran autorizado a regresar al Ática. Mas los deudos del muerto siempre podían, como en la época en que estaba vigente la venganza privada, transigir con los deudos del homicida mediante el pago de una suma de dinero, siempre que aquéllos lo aceptasen por unanimidad.

En todo caso el procedimiento, que conservaba unos rituales antiquísimos (Glotz, *La ciudad griega*, trad.1929, 205 ss.) se iniciaba cuando en presencia del Juez uno de los familiares del muerto hincaba una lanza sobre su tumba. Cada una de las partes juraba decir la verdad sobre los hechos. El juez intentaba buscar una conciliación entre acusador y acusado. El culpable podía eludir la continuación del pleito si abandonaba a los ofendidos sus bienes y marchaba al destierro. En otro caso podían llegar a una compensación económica. Si tras la votación de los jueces el acusado era absuelto debía hacer un sacrificio

a las Euménides. Respetando así todas las prerrogativas que la religión y la política requerían, la «indemnización» por el perjuicio ocasionado al «bien jurídico —vida— humana» era la solución más directa, concorde, frecuente y expeditiva.

El planteamiento de los delitos era semejante en Roma (J. Declareuil, *Roma y la organización del Derecho*, trad.1928, 235 ss.). «Bajo la figura del delito (*maleficium*) se manifiesta al principio la *obligatio*. Un hecho malo, intencional o no, encadenaba al culpable a la necesidad de experimentar la venganza, es decir, de pagar la *poena*, bajo la inspección de la autoridad pública».

Una clasificación rudimentario (en las *XII Tablas*) distinguía entre delitos públicos, que amenazaban al orden y a la seguridad, y los privados. Para los segundos la Ciudad imponía formas y límites a la acción de los particulares que tenían sus intereses en juego. Si un homicidio afectaba exclusivamente a los miembros del mismo grupo era el propio *paterfamilias* quien resolvía la cuestión ejercitando sus prerrogativas. Si afectaba a miembros de familias distintas, primitivamente la del homicida lo entregaba a la familia de la víctima o pagaba una *poena*, o sea, el precio estipulado. En otros supuestos, para evitar la venganza privada entre grupos, el defensor de la víctima tenía derecho a reclamar al culpable, vivo o muerto, para vengarse en su cuerpo: *aut noxiam sarcire aut in noxam dedere* (o resarcir la injuria o entregar al delincuente para cobrarse en su persona) Todo ello tenía lugar con diversas matizaciones, según fueran, el homicida y la víctima, ciudadano o extranjero, libre o esclavo, menor o adulto, etc.

Las penas que en las leyes más antiguas se establecen por homicidio y lesiones suelen ser pecuniarias, y en algunos casos físicas, sin excluir la «ley de la equivalencia» en su forma más inmisericorde, puesto que previenen la venganza privada entre las familias de los individuos afectados. Ateniéndonos al llamado *Código de Hammurabi* (s. XVIII a.C.), si un señor hiere a otro se le impondrá lo establecido en la «ley del talión», pero si el lesionado es subordinado o un hijo de otro señor se le pagará una cantidad de dinero. Lo mismo entre subordinados ocasionaba una indemnización tasada en mayor cantidad. También era elevada la indemnización cuando se causaba la muerte no intencionada. Se tenía en cuenta el juramento de no haber actuado intencionadamente. Se cargaba al culpable de una heri-

da pagar los emolumentos del médico. Era especialmente grave una lesión que provocara aborto, penado por una muy alta indemnización (Si la madre moría durante el aborto debía ser muerta una hija del culpable). También habrían de indemnizar los médicos que no hubieran tenido buenas prácticas. Era curiosa la norma (§ 24) de que la autoridad pública era responsable cuando un asesino no hubiera sido encontrado: debía pagar del patrimonio público el precio de la vida a la familia de la víctima, y también debía indemnizar a quienes hubieran sido saqueados por bandidos si éstos no hubieran sido capturados para que pagasen por sí mismos (§ 23). (Los reyes en aquellos tiempos sabían que si no garantizaban las personas y bienes de los súbditos provocarían «ciertas» reacciones. Su «legitimidad» era cosa contante y sonante).

En el *Libro de las leyes de Manu* (hacia el s. XIII a.C.) se manifiesta una gran dureza hacia quienes hayan asesinado a un brahmán, junto con la total absolución del brahmán homicida. (IX, 235 y 241, p. e.). En caso de muerte accidental los culpables pertenecientes a clases bajas eran expropiados de todos sus bienes, mientras que si se trataba de asesinato les correspondería la muerte (No olvidemos que dicho texto es un tratado sobre la formación integral: ritos, ceremonias, prácticas, tabúes, etc. de miembros de las clases superiores. Eran «leyes» en un supuesto análogo al que actualmente aparenta la *sharía* islámica). Pero apuntaban medidas ciertamente prácticas, y evitando la ejecución o la reclusión. El impago de multa o de indemnización era suplido por el trabajo personal. Quien matare involuntariamente a un brahmán debería vivir durante 12 años en el bosque, aislado del pueblo (XI, 54 ss.). La levedad de ciertos delitos era tenida en cuenta para graduar las penas: amonestación, reprimenda, multa y en último lugar pena corporal (azotes, etc.); criterios que eran tenidos en cuenta en caso de lesiones (VIII,120).

El derecho hitita (hacia el s.XIV a.C) desarrolla las técnicas de restitución del valor dañado, duplicando o triplicando a veces su cuantía, y esta responsabilidad patrimonial compromete a los bienes de toda la familia del ofensor. Como escribe O.R.Gurney (*Los Hititas*, trad.1995, 100) «es interesante comparar las leyes sobre homicidios con las de otros códigos antiguos. En todos los casos se prescribe la compensación, siendo la tasa para un esclavo exactamente la mitad que para un hombre libre». Menciona el autor varios supuestos. Por ejemplo, la

muerte de un hombre o una mujer se compensa contra el precio de cuatro hombres o mujeres (respectivamente). Si alguien muere por resultado de lesiones la compensación es el precio de dos personas. Las normas anteriores habían sido más duras: el que mate morirá, excepto que sus familiares acepten compensación en dinero o por entrega de personas como esclavos, siendo responsables colectivamente los bienes de «la casa» del homicida, o sea, el conjunto de su grupo familiar

Más cercanamente a nuestros tiempos la muerte de los homicidas era pena común. El *Deuteronomio* lo establecía así, aunque admitía la compensación si el homicidio era accidental sin que mediara enemistad previa. En Roma la *lex Cornelia* establecía el destierro del homicida, y muerte si lo fuera con premeditación. En ciertos casos el homicida esclavo era condenado a muerte, y el libre a que le fuera confiscada la mitad de su patrimonio (sin que esté claro si se pagaba al fisco o a la víctima). Se conocen sentencias en que hubo penas mixtas, por ejemplo, destierro de cinco años y pago de una fuerte cantidad a los deudos de la víctima.

El tratamiento jurídico de las penas por homicidio se abre, como vemos, a una gran variedad de criterios. Pero resultaría muy interesante fijarse en un Ordenamiento prácticamente homogéneo, tanto entre sus diversas Ciudades, como y entre la mentalidad que aquéllas tenían antiguamente y la actual conciencia jurídica europea. Esta posibilidad ocurre en los ejemplos tomados de la cultura helénica, por un argumento fundamental: que en ambos casos se trata de unos Ordenamientos jurídicos que tienen por criterio supremo el respeto a la legalidad previa y a la atención por la dignidad personal del individuo. Incluso, si miramos a los aspectos metodológicos, el sistema jurídico heleno era mucho más próximo al moderno que el propio Derecho Romano. De ahí el interés de este breve panorama. Lo adecuado de esta exposición se incrementa por el argumento siguiente: los planteamientos jurídicos que leemos en las doctrinas de Platón, se acercan mucho a las prácticas vigentes en su época (sobre todo *Leyes*). Por otro lado las observaciones aristotélicas en este campo se atienen muy cercanamente a lo que el propio Estagirita y los historiadores griegos nos informan sobre el régimen jurídico en las varias Ciudades cuyos episodios políticos estudian. Y nos fijaremos en un aspecto que constituye el hilo que enhebra el presente ensayo: la consi-

deración del resarcimiento del daño causado al bien de que se priva a la víctima, como la primordial y más justa pena impuesta a los delincuentes.

Observa J.W. Jones en su libro *The Law and Legal Theory of the Greeks*, 1956 (uno de los maestros cuyas pautas seguiré) que la esencia de la democracia helena no consistía solamente en el respeto a las decisiones del pueblo, sino en la garantía de la esfera de la libertad individual, incluso contra aquéllas, con tal que estuviera en el límite de las formas constitucionales. Por ello siempre se presumía la libertad individual. Y también el delincuente era considerado como plenamente persona, no como enfermo, como condicionado, o como mentalmente inferior a los propios dirigentes (excepto en los casos puntuales en que fuera así). Éstos no tenían que «proteger» o «educar» al delincuente, sino «juzgarle conforme a las leyes». Por tanto no hubieran sido de recibo los actuales «sentimentalismos» degradantes y degradados de quienes tienen al delito como fenómeno señero de «lucha social», y no como instrumento muchas veces racionalmente calculado «a cuenta de riesgos y beneficios» de los propios delincuentes, con total desconsideración hacia los derechos de las víctimas y hacia los bienes más sagrados de la sociedad.

En los ordenamientos democráticos griegos, nadie puede ser condenado sin ser «escuchado»; nadie puede ser castigado con pena en su «libertad física» sino en último lugar y en la imposibilidad de otra. Ni siquiera puede un delincuente ser condenado a muerte sin que la representación del pueblo se reúna para juzgarlo, y cualquier sentencia sería anulada si no hubiera seguido todos los requisitos formales. Y toda sentencia de muerte —el caso de Sócrates no fue excepción— podía ser evitada voluntariamente, exiliándose por algún tiempo.

El sumo respeto a la vida humana se manifestaba en la confluencia de los deberes religiosos y de los cívicos. Aunque no fuera intencionado, un homicidio era «impío» porque tanto los individuos como la ley y la Ciudad eran de origen divino y deberían ser respetados cada uno en su orden. Un homicidio tenía a todos ellos por víctimas conjuntamente.

La dureza de las leyes de Dracón fue limada cuando Solón introdujo normas que miraban a las conveniencias más concretas de la Ciudad, reduciendo las penas de muerte y facilitando

la monetarización de las indemnizaciones que hacían posible los resarcimientos.

Los procesos por homicidio debían iniciarse mediante acusación del representante de la víctima contra la persona del causante, y éste podía también defenderse mediante «juramento» contradictorio, dado que era admitido como medio de prueba, a salvo de la gravedad que tuviera el que se comprobara su falsedad. Ello subrayaba la responsable libertad del individuo, aun cuando estuviera acusado de homicidio. Pero su responsabilidad no estaba afectada por el transcurso del tiempo. No había plazos para que los familiares de la víctima exigieran indemnización, dentro de una situación en que responsabilidad criminal y civil estaban vinculadas por la pena de resarcimiento, dada la identidad del mal causado a un bien, «la vida», unitariamente individual y social. En principio el homicidio era más cuestión familiar que estatal, aunque fuera acusado ante un Tribunal y no objeto de venganza directa como en épocas arcaicas; y la Ciudad sólo fuera dañada en la contaminación producida por la sangre derramada. La Ciudad fue progresivamente interesándose en los homicidios cuando la venganza de la víctima fue asumida por componentes de su tribu o de su fraternidad, dado que entonces se implicaban grupos que tenían ya una presencia activa en las estructuras políticas. Esquilo representó la transición desde la iniciativa de los grupos hacia la judicialización ciudadana (Véase mi libro *Desde la justicia de la venganza hasta la justicia de la Ciudad*, 1986). El Areópago fijó el modo en que no fuera tampoco el conjunto del pueblo, sino la selección de sus mejores ciudadanos reunidos en Tribunal, quien admitía la igual libertad de hablar de las partes, pero también se responsabilizada mediante el voto de cada uno de sus miembros.

Las penas de indemnización (implicando al grupo familiar del delincuente) y de destierro se imponían con preferencia también por otra razón, a causa de las creencias religiosas acerca de la contaminación de la ciudad por el derramamiento de sangre. Por ello incluso las penas de muerte eran ejecutadas fuera del recinto ciudadano a no ser que fueran incruentas. Para salvarse el homicida debía exiliarse, aunque lo hubiera sido involuntario, por un plazo que se recortaría si hubiera perdón de los familiares. En todo caso el retornado habría de cumplir ciertos ritos religiosos. Aunque hubiera sido homicidio intencional, el autor era considerado más bien alguien a quien evitar que

alguien a quien condenar. De todos modos, al ser el exilio voluntario modo de expiar un asesinato, era también manera de que el acusado pudiera eludir una condena fatal. Los mecanismos de la «compensación económica» evolucionaron también. A partir del arbitraje voluntario entre los grupos enfrentados, se estableció la obligatoriedad del arbitraje, y más tarde el enjuiciamiento propiamente dicho en que su autoridad vinculaba a las partes para que no iniciasen actos de venganza entre sí, mientras que sus declaraciones no hubieran fijado los hechos. Mas si la pena compensatoria no se pagase quedaría intacto el derecho a reclamar la pena de muerte del homicida.

Una vez que los tribunales se encargaron de examinar el homicidio, se abrió paso la importancia de distinguir entre el voluntario y el involuntario. Mas como la «voluntariedad» podría ser tan intensa o más, cuando procedía de un impulso momentáneo, que si se había incubado en algún propósito determinado; se generalizó después el criterio de, «con premeditación», o sin ella. Ello condujo a profundas discusiones acerca del fundamento de la culpabilidad, de tal modo que la intencionalidad emergió como criterio diferenciador, en argumentos que Demóstenes presentaba en virtud de «leyes no escritas de naturaleza» sostenidas por «el sentimiento moral universal de la humanidad».

Por otro lado no había diferencia en la culpabilidad por matar a un hombre libre o a un hombre esclavo. Solamente las condiciones de la indemnización podrían variar, dado que todo esclavo lo era de alguien a su vez libre.

Los datos acerca de las valoraciones y la frecuencia con que se producían los compromisos de resarcimiento, a su vez, no pueden ser tan notorios como los procesos sustanciados públicamente, y se requeriría una investigación sobre fuentes literarias para inducir un conocimiento aproximado de su realidad. Lo entonces ampliamente consabido no requería una posterior divulgación que ahora nos hubiera resultado preciosa.

La justicia por los homicidios, en conclusión, se acerca a su imposible correspondencia entre el daño irremediable y el resarcimiento debido, pero solamente esta vía simbólicamente compensatoria es la capaz de establecer una pena tendente a la restitución del bien lesionado, traducido a términos representativos del impacto personal, económico y social causado por un

delito de esta índole. En los tiempos actuales, no habría sino generalizar y extender al supuesto delictivo los criterios de prestaciones sustitutivas que en otros asuntos (accidentes, catástrofes, despidos laborales, etc.) se utilizan, asumidos en aquellas proporciones y finalidades que pudieran ser aplicadas al supuesto de la pérdida de la vida de una persona considerada en su proyección vital, en su grupo familiar, y en los daños económicos que su ausencia proyecta sobre los suyos.

Un aspecto que habría que sacar a la luz desde las sombras que lo envuelven, tanto en la doctrina jurídica como en la propia conciencia social, es el modo en que el «bien jurídico» que es la vida está presente en la realidad. Las causas de supervivencia eran presentados antiguamente (en la cultura romana) en la persona de un *senex* («anciano»). Habría debido superar tres clases de riesgos: enfermedad, enemigos, y accidentes. Actualmente, y para todos además de los «viejos» (otra denominación, derivada de *vetus*, «el que ha durado»), por ciertas excusas de disminuir gastos al Sistema de La Seguridad Social o en la esperanza de Herencia en los parientes próximos; se mira como «progresista» cierta violencia «lícita» contra personas aún vivas, bajo el nombre de «eutanasia». En el otro cabo de la vida está el aborto generalizado (*abortus*, «no nacimiento») en una sociedad carente de esperanza en el futuro y de esfuerzo en el presente. Y cuando se trata de individuos que habían durado demasiado, se les facilita una *eu-thanasia*, «buena muerte» (¿para quién?). En España, la proporción demográfica actual de abortos provocados (100,000 anuales) asegura el agotamiento de los aborígenes iberos en pocas «degeneraciones». Suerte merecida, puesto que está buscada. Ahora bien, el actual ordenamiento jurídico penal colabora con entusiasmo en esta matanza. Por ello el «bien jurídico vida» puede hallarse, en los términos regulados por nuestro Derecho Penal y por los sistemas de desvalores que le alientan, en fase de riesgo que puede alcanzar a muchos individuos (En estos asuntos son de obligada lectura publicaciones recientes como las de L. Martínez Calcerrada *Derecho médico: Tratado de Derecho Sanitario*, 2001, 3 vols., y *La homosexualidad y el matrimonio*, 2005; así como las monografías de J. M. Serrano Ruiz-Calderón *Eutanasia y vida dependiente*, 2001 y *Retos jurídicos de la Bioética*, 2005).

Si el objeto jurídico del Derecho Penal no es «el bien de la vida», sino «no infringir las normas legales» que dicen regularlo

dejándolo a la intemperie de caprichos, conveniencias o «guerras de sexos», bien podríamos afirmar que tales normas nada tienen que ver con alguno de los bienes jurídicos que el Derecho como tal debe garantizar y proteger. ¿De dónde procede esta situación, ampliamente respaldada ideológica y sociológicamente?

Cualquiera que sen las influencias que han encaminado esta situación jurídica, un punto de vista, como el del autor, que se preocupa por la teoría jurídica y por saberes fundantes del Ordenamiento jurídico, debe mostrarse más atento a las «exigencias de coherencia» que a las «presiones de las especialidades» (presuntamente científicas) consideradas aisladamente.

3. Observaciones sobre el *bien jurídico* protegido en los Derechos de la Propiedad

Los bienes de valor económico son garantizados dentro de la institución de la Propiedad, mirando a diversas categorías clasificatorias que permiten adoptar tipos de conducta homogéneos, a los cuales corresponderán también formas de protección de alcance general según estas clases. Por parte de los sujetos son de propiedad privada, o de dominio público. Por parte de su índole muebles e inmuebles. Por parte de su disposición libres o vinculados, etc. Hay además entrecruzamientos normativos por disposiciones de Derecho Público o de Derecho Privado, por calificaciones de terrenos rústicos o urbanos, etc. en que decisiones públicas afectan al aprovechamiento de los mismos; y en otras varias materias.

Lo interesante es captar el modo en que estos bienes sean considerados en el contexto histórico y cultural, para percibir la índole de protección jurídica que el Ordenamiento les otorga dentro de un plano en que se consideran: su necesidad para cada individuo; su necesidad para el grupo familiar; su necesidad para articular la seguridad y el bienestar colectivos.

Es frecuente ya advertir que el «objeto formal» de los derechos de la Propiedad viene transformándose, en líneas generales, en busca de una creciente complejidad. Por ejemplo, originariamente los «bienes de propiedad» eran «muebles» (armas, vestidos, hijos, sirvientes domésticos, animales domesticados, etc.). Posteriormente alcanzaban mayor especificación los «in-

muebles» (casas, tierras), y unos y otros se iban integrando en objetos más complejos (industrias, barcos) hasta que actualmente los objetos de propiedad más cuantiosamente y más finamente protegidos jurídicamente son los «títulos financieros», los «conocimientos» derivados de investigaciones y de patentes, etc., y la «propiedad intelectual» (Véase el libro de A.Sánchez de la Torre, *Crisis y re-recreación del Derecho* 2002, 35-57).

En culturas anteriores a los asentamientos humanos estables, la noción de la propiedad de los bienes residía en la posesión individual. Para un cazador de hace cincuenta siglos los objetos que caían bajo la noción de «lo mío propio» (el término indoeuropeo *priyos*, de donde procede la expresión «propiedad privada» así como el criterio jurídico de título originario de dominio *prior tempore potior iure*) eran mencionados, por Emilio Benveniste, en el siguiente orden de preferencia: vestido, arma, perro, hijo, caballo, mujer. Cada uno de estos bienes le eran necesarios en ese orden, constituyendo la secuencia de bienes que la supervivencia individual requería accediendo a la constitución de una pluralidad de recursos en que la supervivencia del grupo resultaría de la ayuda mutua entre sucesivas generaciones. Los actos jurídicos en tales condiciones consistían en el apoderamiento del cazador-guerrero sobre cosas y personas que podía llevar, utilizar y guardar consigo. Ahora podríamos definirlo como un estatuto jurídico de «bienes muebles». La auto-defensa y tomarse la justicia por su mano sería entonces lo equivalente a lo que denominamos ahora «derecho penal»

Los asentamientos agrícolas constituyen un horizonte totalmente diverso. Los bienes están localizados, y el ámbito de las relaciones se hace espacialmente limitado. Los recursos necesarios para la seguridad y la supervivencia del grupo han de fortalecerse en una medida superior. De un lado la organización jerárquica de la población. De otro la especialización rentable de actividades. De otro la solidaridad de creencias, fines y normas que robustezcan las motivaciones para la cooperación común. Aparecen criterios estables para organizar la relación «mando-obediencia», y para organizar también la relación «producción-consumo». Esta última implica: aprovechamiento de recursos anteriormente conocidos (caza, pastoreo) e invención de otros nuevos (plantaciones, siembras, técnicas de transformación y de conservación de alimentos) y mejora de los anti-

guos (construcción de armas y utillajes para facilitar las antiguas y nuevas actividades de producción y de consumo).

En esta cultura, las casas (protección frente a las adversidades atmosféricas y agresiones externas) y las tierras (producción de alimentos y de materias primas) adquieren primacía jurídica. Surge así la categoría de los «bienes inmuebles». La propiedad de las casas en que se albergan los grupos establece formas de esta institución (*Familia, Manus, Domus, Vicus*). La ocupación, o la asignación y división de tierras a cultivadores que se instalan con su familia crea el nombre de la forma lingüísticamente más notoria de propiedad (*dominium*), de donde se especializarán significaciones originariamente conexas como son «poseer», «mandar», «disponer», etc. (pero no «domar», a pesar de su semejanza, que procede de otra raíz más antigua)

¿Cómo inventará la cultura agraria medios jurídicos para garantizar que las actividades realizadas en ella sean posibles y satisfactorias, en el grado en que eran desde luego necesarias? ¿Qué tipos de bien habrán de ser defendidos jurídicamente contra agresiones y abusos que dañen el modo de realizarlo? Pues un investigador en este campo no debe dejarse imponer como objeto de estudio la mera conformidad a la imagen que un sistema jurídico concreto lleve consigo (Teniendo en cuenta estudios metodológicos como M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, 1982; Toulmin, *Human understanding. The collective use and evolution of concepts*, 1972; H. Metzger, *La méthode philosophique en histoire des sciences*, 1987).

Observaremos así cómo las formas culturales concurren a los objetivos del Ordenamiento jurídico, y cómo las diversas funciones jurídicas (las directivas pero también las sancionadoras) conseguían establecer relaciones útiles para todos, en torno a la posición del máximo responsable en cada tarea y en las disposiciones que desde la progresiva impregnación cultural del grupo hacían posible el conjunto de las actividades precisas («agri-cultura»). Con referencia a los derechos de la Propiedad, sobre todo la agrícola, hay que distinguir radicalmente entre la concepción «ideológica» de un derecho y el concepto «institucional» del mismo. Desde posición «solidarista» pudo decir Proudhon «la propiedad, un robo». Desde posición «electoralista» puede proferir un «vividor de la política» que existen derechos subjetivos a que «le den a uno casa». Pero desde el cono-

cimiento de un jurista sólo se puede definir: Propiedad es «el derecho de preferencia jurídicamente garantizada frente a todos, al titular del dominio sobre una cosa, para disfrutar, administrar, disponer, excluir a otros y reivindicar frente a cualquier otro poseedor dicha cosa». Tómenlo sociólogos o biólogos o teólogos como quieran, esto es así.

Sólo confrontando la índole y estructura de los bienes jurídicamente relevantes para requerir ordenación social y protección pública podremos valorar también la idoneidad que en cada caso corresponda a los diversos procedimientos que el Derecho establezca mediante «conminaciones penales», o sea, la reacción pública prevista para ciertas situaciones de ilicitud jurídica, distintas de otros procedimientos más generales de la coerción normativa en otros sectores en que la reacción coactiva no fuera tan necesaria, rápida y eficaz como se presume debería ser la penal.

En este sentido deberíamos tener en cuenta los límites pragmáticos que justifican la operatividad del «castigo penal», considerando la extensión y frecuencia de las penas previstas. Los «castigos» ofrecen diversas modalidades. Pero además resulta que en las penas previstas en estas materias reguladas dentro de la institución de la Propiedad, tan diversas en sus bienes como cuantitativamente diferentes en su valor económico, hay grandes dificultades para referenciar a una «escala de gravedad objetiva», como hacen las teorías retributivas que sólo atienden al delincuente, tanto la peculiaridad como la extensión en que deban ser aplicadas tales penas, puesto que el nivel de abstracción con que se conocen impide adecuaciones subjetivas concretas (naturalmente sólo estamos tratando de los delincuentes, pues sólo de ellos se ocupan las teorías retributivas). Estos planteamientos, por ello, desembocan de hecho en el reino de la pura y simple arbitrariedad de los legisladores, de los jueces y de los sistemas penitenciarios, por dos razones: la más grave, porque se trata de un frente secundario dado que no correlaciona la retribución penal con la práctica del resarcimiento del daño producido por el delito —para el cual sólo determinadas penas serían útiles—; y en segundo lugar, porque ni siquiera esa función secundaria de «castigar al delincuente» se atiende fielmente a *standards* objetivos. Afortunadamente, la sensatez práctica a lo largo de la historia no conocía estas doctrinas, como tampoco otras que modernamente se reparten la primacía

«científica» en estas materias, en cuanto que casi todas ellas coinciden en el olvido de la justicia que el Derecho debe devolver a las víctimas. Si bien, en las Instituciones de tipo económico, la relación jurídica definida por las obligaciones penales no aparece tan abiertamente como en las que atentan contra los bienes de la persona estrictamente hablando, dado que se constituye con la mediación de objetos y cosas externos a los sujetos físicos mismos.

Nos referiremos a bienes que residen en dos tipos de «cosas inmuebles». Uno común a cualquier régimen sedentario como es la «morada», y otro específico del sedentarismo agrícola que es la «tierra».

La «morada» comienza en algún refugio ofrecido por caracteres naturales (cueva, solana, etc.) pero el «lugar para habitar como vivienda» se generaliza pronto como «constructo» humano. Las palabras que la designan desde los diversos idiomas hacen referencia a ello. En la raíz ie. *dem-* tenemos *domus*, en la raíz *weik-*, el griego *oikía*, y el latino *vicus*. Hay también otras muchas raíces referidas a algún aspecto de la vivienda: «techo», «mansión», «choza» (de donde «casa»), etc.

La protección jurídico-penal de la «morada» se refuerza en comparación con la prestada a las «tierras abiertas». Dada la conexión que el domicilio tiene con la intimidad personal y con la formación de la familia: desde la «legítima defensa» hasta la «inviolabilidad del domicilio»; las medidas protectoras se desarrollan en ocasión de la asignación de penas a quienes cometan delitos contra la morada humana. El relieve económico de la «casa» aparece como inversión y también como gasto. En las explotaciones agrícolas la casa suele considerarse como «bien accesorio», y dentro del poblado es «bien principal», siempre dentro de la categoría de «inmuebles».

Es más variada la consideración de la protección jurídica de las tierras de cultivo, por más que también estén relacionadas con la subsistencia humana.

El nombre de «tierra» significa un universo de relaciones. Es un «elemento» mitológico que se refiere a toda la realidad existente. Luego, es el espacio no cubierto por las aguas. Luego, el espacio habitado. Luego, el lugar en que se instala una

etnia, un pueblo, una familia, un individuo. Además «tierra» es el trozo de espacio habitable apto para cultivar especies alimentarias o industriales. En este abanico de objetos susceptibles de ser denominados así, los regímenes jurídicos y los delitos previstos en ellos son variadísimos: hay «ilícitos» penalizables en el tráfico espacial, en las construcciones de todo orden, en las actividades industriales instaladas en determinado lugar, en el aprovechamiento de espacios, etc. Pero nos centraremos en el régimen de las tierras cultivables, en cuanto fuente principal de recursos para la subsistencia humana (dentro de la escala de «bienes» en que la «vida» se refiere, en primer lugar a los «elementos vitales» como aire, agua y alimentos; en segundo lugar como condición de supervivencia «los hijos», en tercer lugar los «medios de vida» en que figuran los recursos e instrumentos necesarios de cualquier tipo; en cuarto lugar la «seguridad de obtención y guarda» de recursos, donde intervienen ya los ordenamientos jurídicos y económicos). Aquí están ya las garantías colectivas e institucionales que, para nuestro supuesto, residen en la «propiedad de tierra».

La tierra agrícola tiene caracteres determinados que, supuesta cierta composición natural del suelo, el trabajo humano crea para que sirvan a su misión productora. Estos caracteres están regulados unos por normas de Derecho Público (camino, normas de salubridad, etc.) y otros por normas de Derecho Privado (linderos, arrendamientos, aprovechamientos, etc. y por supuesto la transmisión en propiedad).

El derecho de propiedad agraria es más que una mera posesión, dado que es una modalidad de asentamiento cultural supuestamente ilimitado en el tiempo. En el derecho anglosajón el nombre de la propiedad agrícola, *estate*, sugiere una condición de existencia, así como la normalidad de una situación social próspera, de donde procede el nombre de las diferentes clases sociales que participaban en las formas medievales y modernas de la democracia británica (correlativamente a los «estados» (llano, noble) españoles, y la abstracción que a comienzos de la Edad Moderna europea se denominó «el Estado», refiriéndose ya a la organización política por excelencia. Se trata de un proceso que ya en Grecia constituyó, a partir de las leyes de Solón, la organización política ateniense en términos de «democracia de propietarios». La hacienda rural se denominaba *ousía*, el mismo nombre que designaba también el derecho

de voto y la personalidad política como ciudadano (y ya en Aristóteles ha significado «esencia»). Propiedad de tierras y democracia social van unidas, así como ésta con libertad política. De aquí las fuertes protecciones jurídicas que en la civilización indoeuropea ha merecido la propiedad de la tierra, desde hace 5.000 años tal como consta en los llamados Códigos hititas, de Hammurabi y de Manu: única cultura mundial, la indoeuropea, a través de la cultura jurídica que denominamos «occidental», en que la libertad social se ha definido en términos de libertad política y jurídica.

Las Leyes de Manu (en la versión redactada hacia el s.XII a.C.) valoraban la necesidad de las propiedades agrarias de muchos modos, incluso argumentando (IX,247) que de sus cosechas dependía que los niños crecieran sanos y vigorosos. En el libro VIII,245-265 regulaba minuciosamente las garantías en la fijación de linderos entre los campos, y señalaba detalladamente las penas impuestas a los infractores, que comprendían desde multas hasta trabajos forzados, con los límites de penas corporales (azotes, pérdida de un miembro) hasta la pena capital cuando se violaban derechos del rey (pues éste debía asegurar el castigo de los delitos como condición de su autoridad). El sistema imponía penas preferentemente pecuniarias, y en ciertas condiciones podía dilatarse el pago durante mucho tiempo.

En aquella misma época (s. XIII a.C.) los Hititas habían desarrollado un complejo sistema jurídico que ofrecía también garantías penales a los cultivadores de las tierras, en un complejo régimen entre feudal y familiar tal como en el Medioevo europeo se generalizó en los supuestos de concesiones regias o nobiliarias de tierras (*lands, terra chá*, «tierra llana», «llanos», *llanes*, etc. según se acredita en los países célticos de Inglaterra y de España). El rey hitita expropiaba si los propietarios no pagaban sus impuestos o si no cumplían con sus deberes militares.

La propiedad de tierras era el recurso de la seguridad y de la prosperidad de los países, así cómo de la subsistencia de los propios propietarios, de quienes trabajaban en los campos y de los demás habitantes del país. Su protección básica radicaba en la protección penal de los linderos. El Deuteronomio bíblico (20,6) prohibía la alteración de los mojones, bajo graves penas (Había habitantes hititas en la Palestina de Josué, y el rey David fue contemporáneo de alguno de sus reyes más ilus-

tres, en el siglo XI. Este tipo de legislación debía ser común en aquella época).

Heredero de otras legislaciones sólo fragmentariamente conocidas, el Código del rey asirio Hammurabi (1792-1750 a.C.) castigaba las infracciones en general bajo criterios de compensaciones económicas que en algunos casos llegaban a sustituir a las previstas para delitos gravísimos que llevaban consigo la pena de muerte. La propiedad de las tierras y la seguridad de que pudieran ser explotadas productivamente era un derecho muy garantizado, dado que era el comercio de los alimentos la actividad que hacía posible la gran prosperidad que disfrutaba el conjunto de Mesopotamia (las tierras más fértiles del mundo, según Herodoto).

Las penas previstas para el feudal que se apoderara de propiedades de templos o del rey incluían la muerte (a.6). Si un propietario descuida los deberes de cultivar sus campos pierde la propiedad (a.30). Los campos de un soldado durante el servicio militar no podían ser vendidos a terceros (a.36), y quien haya pagado precio por él lo perderá (a.37). Si un propietario vende su hacienda agrícola el comprador debe comprometerse a cumplir los deberes militares que correspondían al anterior dueño, y si un cultivador abandonare su trabajo deberá pagar la multa de una cantidad calculada en proporción a la cosecha de los campos colindantes. El precio de la cosecha garantizaría la devolución de deudas que hubiera contraído el propietario.

Vemos que todos los ilícitos posibles, tanto en los atentados contra la propiedad como en el incumplimiento de deberes del propietario, eran sustanciados mediante compensaciones económicas (que a veces doblaban la importancia del daño). Había penas más especiales. Al que robara el grano destinado a siembra se le amputaría una mano (a.253). El criado que haya sustraído parte del pienso destinado a los animales devolverá doblado el grano robado (a.254). Mayor proporción debería pagar quien haya sembrado menos grano del recibido para esa tarea (a.256). Estaba también fijado el sueldo en especie del cultivador (a. 257) y del pastor (a.258) a cargo del propietario. Los daños y robos del utillaje agrícola venían penalizados en dinero. Diversos daños eran imputados, o bien al propietario, o bien a personal dependiente del mismo que, en determinados casos, deberían compensarle en dinero.

Conocemos en mucha mayor complejidad los sistemas de protección de las propiedades de tierras en los derechos griego y romano. También conocemos mejor las implicaciones que tales derechos tenían con la religión y con ciertas creencias sociales. No está fuera de lugar profundizar en aquellos orígenes para mejor entender la situación contemporánea.

La sociedad homérica nos refleja momentos en que la conexión de cada individuo con su grupo se encarnaba de tal modo que la vida de cada uno sólo tenía plenitud humana en el seno de su grupo. Eran infracciones graves las que ponían en peligro la existencia de la comunidad, y podían ser tanto la traición y el sacrilegio como el homicidio o el desenfreno sexual de las mujeres. El delincuente perdía la consideración de miembro del grupo, se hacía *átimos* (sin honor). Los familiares del asesinado debían matar a su asesino y éste huía proscrito, de no conseguir una transacción (*átidesis*, reinsertión), mediante un precio compensatorio. Este pago es lo que los Griegos denominaron «pena» (*poíné*, de donde procede el latino *poena*), que tenía por principal objetivo compensar el perjuicio causado por el delito, consiguiendo rescatar la vida del ofensor y reparar el respeto (*timé*, «honor») debido a la víctima. Si el delincuente no restituye el precio de estos valores, el vengador recupera el privilegio de poder vengarse sobre la persona de aquél.

Estos procedimientos explican la importancia que alcanzan las penas pecuniarias en todos los modos de la reacción contra actos ilícitos. En los delitos contra personas la composición varía según condición social y otras circunstancias de la víctima y del delincuente, como ya hemos apuntado. Pero en los delitos patrimoniales el cálculo era más objetivo, aunque en la cantidad pagada se debería incluir también un porcentaje de multa a favor de la Ciudad (*dsemía*). La índole misma de los delitos contra la propiedad no solía ser considerada por los Tribunales públicos, con excepción de apropiaciones de campos propiedad de templos, o de traslado de mojones entre campos de propiedad privada, y eran resueltos mediante arbitrajes. Fue Aristóteles quien racionalizó esta cuestión a través de su teoría de la justicia entre particulares, convirtiéndola en prototipo teórico de todas las demás relaciones de justicia: pues sólo en esta modalidad de justicia era posible alcanzar una medida objetiva de «término medio» para obtener «justicia compensatoria» (repa-

radora). Sólo este tipo de «penas» es mensurable comparando entre sí cantidades homogéneas (justicia «aritmética»), y por ello también toda clase de delito que pudiera convertir su castigo en equivalentes monetarios podía atenerse a reglas de fijación objetiva más justa.

Por todo ello la posesión de bienes inmuebles otorgaba a los ciudadanos, no sólo la prueba de su condición de tales (a través del *kléros*, parcela hereditaria), sino también solvencia económica para pagar impuestos y para cumplir las obligaciones resultantes de sus posibles delitos (evitando así la *atimía*, condición en que prácticamente perdía los derechos cívicos). La función de la propiedad agraria era, por tanto, políticamente fundamental, tanto como económicamente necesaria, y jurídicamente capacitaba al propietario para ejercer responsablemente toda clase de derechos. Ello es así hasta el punto de que si el hijo de un propietario es condenado por cualquier razón a indemnizar o a pagar una multa, su padre está obligado a darle a expensas de la propiedad hasta la cantidad que le hubiere de corresponder como heredero en su parte de la herencia (Leyes de Gortina, IV, 23-31).

Por ello la pena de «confiscación» por el Estado de los bienes del delincuente estuvo antiguamente reservada a favor de la víctima y sus familiares, además de la que el Estado realizase en propio favor contra el que cometiese delitos contra él. También había confiscaciones parciales cuando se tratase de sustituir el impago de impuestos o de deudas entre particulares.

En Roma el desplazamiento de los mojones agrarios constituía un delito que atentaba contra prácticamente todas las normas culturales, desde las referentes a relaciones entre particulares hasta las políticas y religiosas. Por ello la regulación penal de su infracción se desplazaba hacia los niveles normativos más altos, a costa de los caracteres que hubiera tenido un delito meramente obligacional (de derecho privado). La protección mágica de los dioses (correlativos del griego *Dseús Termieús*, «Zeus protector de los mojones») en que el Padre de los dioses y de los hombres asume, como veremos, epítetos de defensor de las propiedades agrarias, se complementa con la protección directa del *Ius Quiritum*, «derecho mantenido con la lanza» de los primitivos romanos establecidos en sucesivas ocupaciones de tierras baldías, o en asignaciones de terrenos de

ager publicus en la colonización de los territorios progresivamente conquistados.

El «término agrícola», la «hacienda rural», el «coto redondo» señalaban los límites de cada explotación, y venía señalado en los linderos por cursos de agua y por piedras hincadas entre propiedades limítrofes. El carácter jurídico del *limen*, que señalaba también «frontera» entre romanos y bárbaros, significaba estrictamente el límite entre lo público y lo privado, por ejemplo, entre la vía pública y la entrada a la finca agrícola, y la diferente calidad del espacio público (*fores, forum*) y el espacio privado (*domus, ianua, porta*) en cuyo dintel el individuo pasaba de ser un ciudadano a ser un particular. La *ianua* recordaba la función del antiguo dios Jano, que miraba hacia un lado y hacia el otro tanto en el espacio como en el tiempo; la *porta* era el lugar de acceso al ámbito de auto-protección del individuo en la inviolabilidad de su domicilio, como la nave en el *portus*. Esta relevancia de distinción entre el espacio público y el privado se advertía en la prohibición legal de que la hoja de la puerta se abriese hacia fuera, pues ello sería ocupación ilícita del espacio público. Se advierte así que los linderos eran realidad juntamente sagrada, política, vecinal, económica.

Mas veamos también el aspecto material de la Propiedad agraria

Uno de los conceptos originarios que avalan la trascendencia social del propietario rural es el que pone en relación las palabras *eris, herus, heres, servus, servare* (véase en A. Ernout y A. Meillet *Dictionnaire étymologique de la langue latine*). El propietario aparece como jefe de la familia «heril» que era un conjunto de personas que atendían una hacienda rústica. El «heredero» significaba por tanto «propietario por herencia» y solía ser varón. Los «sirvientes» eran el conjunto de quienes no eran el propietario, pero todos ellos en común tenían una misión cultural decisiva: «conservar» las tierras de cultivo y trabajar en ellas. Había inicialmente coincidencia entre el concepto de «propietario» y el de «conservador». Puede compararse con la situación semi-libre que tenían los «siervos de la gleba» medievales, cuya protección a cargo de un «señor territorial» les liberaba de males mayores dada la inseguridad de los tiempos, pero que no podían abandonar su hacienda ni venderla en virtud del pacto que para ello tenían establecido con el señor territorial. Pero

volviendo a los derechos de los propietarios romanos, Arnout y Meillet, citados, apuntan que fueran sinónimos *eritudo* y *servitudo*, «señorío» y «servicio», o sea, «dueño» y «conservador». *Heredium* («heredad») era un pequeño patrimonio rural que había que «conservar» mediante la herencia de los sucesivos «señores». Emparentadas con esta misma raíz de *erus* había otras muchas en lenguas indoeuropeas, donde tenemos el germano *Herr* («señor»), los anglo-sajones *hire* («familia») y *here* («grupo de hombres armados»), etc.

El carácter jurídico de los «mojones» (*terminus* en latín, *terma* en griego) es una de las manifestaciones primitivas, y por ello necesarias, del Ordenamiento jurídico. Son nombres que expresan (desde la raíz *ter*) la realidad básica del Derecho, la de que entre intereses o entre personas distintas ha de mediar un «tercero», una «intermediación» que sustituya a la «acción directa» y que trate de anular la «venganza privada». La mediación de ese «tercero» tiene lugar, tanto en las relaciones entre Autoridad y Ciudadano (en que la «regla» jurídica establece condiciones de mando y obediencia aceptables para el interés singular de cada situación); como en las relaciones entre individuo e individuo, en que la «aceptación» por uno del derecho del otro es razón suficiente para que estén garantizados y seguros los derechos de cada uno; tanto si se trata de propietarios entre sí, como de propietarios de tierras que aportan al mercado productos y aquellos otros que ejercen su actividad en otros tipos de producción o aportan trabajo a la actividad de cualquiera de las empresas productoras que sean de propiedad ajena. Esta misma raíz aparece en las formas primitivas de dictar justicia, en el *Arbiter* que resuelve conflictos entre sus iguales y entre sus subordinados; y en el *terstis*, o sea, el testigo que, por dar cuenta de hechos que han tenido lugar en su presencia, vuelca el platillo de la verdad jurídica a favor de uno y en contra de otro de los litigantes.

Situados ya en la perspectiva de la protección religiosa de la propiedad agrícola hallamos la figura del más primitivo de los dioses agrarios (que se suele identificar con el propio *Iupiter* del posterior cielo olímpico), cuya denominación es tan compleja que prácticamente reconstituye todas las razones que merecen garantizar la propiedad rural, junto con los más obvios métodos para definirla. Me refiero al dios *Semo Sancus Dius Fidius*, cuya figura ha sido muchas veces estudiada sin poner nunca en

duda ni su origen cultural ni sus funciones concretas, claramente expresadas en estos epítetos.

Semo Sancus indicaba la correlación que había entre el «respeto» a los límites entre los terrenos sembrados (*sanctus*) y la «fecundidad» de la tierra (*semina*). La protección divina se impetraba todos los años, al comienzo del año agrícola (1 de octubre) en unos ritos religiosos en que el *paterfamilias* iba recorriendo, junto con sus hijos y los cultivadores, todos los mojones que rodeaban la finca, deteniéndose en cada uno de ellos para ungir con aceite aquella parte del mojón que miraba a la tierra propia. Cada uno de ellos representa al dios. El propietario colindante debería realizar los mismos ritos, ungiendo por el lado de su propiedad el hito sagrado. Hay que tener en cuenta que cada linde que no fuera un cauce de arroyo o un camino público estaba señalado por mojones. Éstos a su vez se componían de un hito de tamaño suficiente como para que emergiera del terreno de modo que pudiera ser percibido sin esfuerzo. Pero había sido hincado en un hoyo en cuyo fondo habían sido depositadas dos piedras más pequeñas sobre las cuales la tierra sujetaba al mojón propiamente dicho. Dichas piedras eran «testigos» (*testiculi*) de que aquel hito era realmente un mojón hincado con la misión de limitar la propiedad de diversos campos, y el hito era denominado a su vez *molio*, de donde vienen dos palabras españolas, «mojón» y «mozo», en una visión comunicante de los órganos de la fecundidad de los seres animados. Dicha procesión, que tenía lugar al inicio de cada campaña agrícola, antes de que la reja del arado hubiera comenzado a herir las entrañas de la fecunda tierra, se denominaba *suovitaurlia* (una reata compuesta por cerdo, cordero y becerro), dado que en ella se conducían los tres animales que iban a ser sacrificados en oblación al que era simultáneamente dios de la «fecundidad» y de las «garantías jurídicas» del cultivador en su propiedad.

Los restantes epítetos, no tan inmersos en un simbolismo jurídico plenamente integrado en religiones mágicas, pero sí plenamente teñido de cierta sublimación mágica conservada en tales símbolos, complementan el significado de las concepciones del Ordenamiento jurídico, y precisan aún más la función crucial de la Propiedad agraria en la existencia de una civilización jurídica de la libertad. *Dius Fidius* indicaban que el Derecho otorga garantías de fecundidad (y por tanto de supervivencia de

la vida mediante el aseguramiento de la producción de medios de vida), por la propia «claridad» (*dies*, «cuando hay luz») de las determinaciones de linderos que originaban «recíproca confianza» entre pueblo y ciudadanos, entre propietarios y colindantes, entre ellos y los demás ciudadanos que desde sus propios negocios y desde sus propias fuerzas y cualidades aportaban recursos a la supervivencia común. De este recíproca confianza nace la firmeza de los derechos comunes a partir de la veracidad de la propia palabra que se compromete a algo (la *fides*, condición general de todo contrato y de toda responsabilidad) no sólo entre particulares sino entre el ciudadano y la Ciudad, donde el requisito primordial que debe ofrecer la *lex publica* es esa «fiabilidad» que las *Partidas* de Alfonso el Sabio mencionaban como primera de sus cualidades: que pudiera ser «creída» («Las gentes latinas llaman Leyes a las creencias que han los homes...»).

Este es, pues, bajo forma de garantía de disponer de la fuente de recursos necesarios para la supervivencia común, a través de su organización capaz de conferirles estrictas seguridades proyectadas hacia un futuro previsible, el «bien» garantizado jurídicamente por las disposiciones penales que regulan los «delitos contra la propiedad», cuya importancia viene acompañada por los «delitos contra la salubridad pública», por los delitos de «estragos», etc. Por ello parece que las penas que hayan de ser aplicadas a los delincuentes contra este tipo de bienes debieran consistir esencial y primordialmente en mecanismos de compensación, indemnización, reparación, etc., puesto que se trata de bienes tangibles y conmensurables objetivamente, dado que puede serle fijado un precio o valor económico exacto. Otro tipo de delitos no podrían aspirar a una justicia tan exactamente aplicable, dadas la dificultades que habría para resarcir bienes tales como «vida», «honor», «fama» y otros por el estilo. Aunque bien pudiera ser que el modo de indemnizar estos últimos se decantara hacia cantidades de dinero estimadas —tal como suele suceder en los delitos contra el honor— pero pudiendo ser valorados en términos de «daño cuantitativamente calculable» (por ejemplo, la capitalización del «precio de la vida» por el cálculo de los ingresos que determinado individuo hubiera proporcionado a su familia durante x años, a favor de sus herederos legítimos). En materia de propiedades no se da problema de cálculos que no pueda ser solucionado directa o indirectamente, tratándose de delitos contra la propiedad, tanto la

mueble como la inmueble. Es verdad que hay elementos afectivos y sensibles que están más íntimamente unidos a las víctimas de los delitos contra la vida y la salud e integridad física, cualquiera que haya sido su gravedad. Pero, en cierta proporción, éstos se hallan presentes también en el ánimo del propietario de la casa o del huerto paterno. ¿Qué otra cosa indica, en los procedimientos de la expropiación legal de fincas rústicas, el porcentaje del precio atribuido como «precio de afección»?

En conclusión puede afirmarse que la técnica penal en los delitos contra la propiedad de toda clase, habría de sustanciarse en penas indemnizatorias. Y en cuanto a la propiedad rústica esta garantía debería fortalecerse legalmente de modo más estricto y objetivo, sobre todo, cuando una sociedad como la actual se halla infectada de ignorancia general y de irresponsabilidad política, en lo referente a la función jurídica de la propiedad y de la índole del bien humano que sus instituciones protegen.

V. ¿Cómo puede convertirse la «indemnización» en la pena primordial para los delitos de toda clase?

La realidad jurídica como conjunto de normas y de instituciones abarca la totalidad de la existencia social, tanto la de individuos como de grupos, en la perspectiva de la inter-actividad e inter-correspondencia de las recíprocas libertades de todos y cada uno de ellos, mirando a las libertades de todos los demás.

Dentro de esta complejidad funcional el Estado se constituye como poder organizador en el conjunto, y estas funciones o competencias que le corresponden son sus «deberes jurídicos», mientras que sus correlativas competencias se configuran como «prerrogativas».

Esto hace que el Estado se halla en posición asimétrica respecto a las restantes Instituciones, y dentro del ordenamiento jurídico su poder se diversifica en «administración de justicia», «producción de normas», y «gobierno», usualmente denominados Jurisdicción, Legislación y Poder Ejecutivo.

Dentro de esta organización el Ejecutivo tiene facultades de control de la legislación y de iniciativas de cambio y reforma; el Legislativo tiene que debatir los proyectos legislativos

y aprobarlos, así como debatir sobre actos del Ejecutivo; mientras que la Jurisdicción examina la licitud o la ilicitud de particulares y de Autoridades en su actuación relevante jurídicamente, cuando media alguna disconformidad o conflicto entre cualquiera de los operadores jurídicos según opinión razonable de alguno de ellos.

Ahora bien, cuando el conflicto de libertades sobre determinados intereses está considerado bajo forma de leyes penales, que garantizan o tutelan los bienes afectados por algún acto ilícito, el Estado ejerce el poder hegemónico de «sentenciar», en este supuesto dentro de un procedimiento penal. Pero además el Estado define y califica la situación conflictiva en la consideración de otro poder público, el Legislativo; y determina las sanciones pertinentes que han de ser ejecutadas por el Gobierno.

Como consecuencia podríamos decir que tanto la definición legal de delitos y penas, como el enjuiciamiento de las mismas, como los mecanismos y procedimientos para ejecutar las resoluciones judiciales, forzosamente transparentan perspectivas, ventajas, comodidades, intenciones y prácticas que, sin dejar de «cumplir la sentencia», no miran directamente a los protagonistas del conflicto cuando éstos son particulares. Ni los delincuentes ni las víctimas importan primordialmente al aparato legislativo/jurisdiccional/gubernativo. Pero encontramos así lógico que, de hecho, las sanciones penales atienden menos a las víctimas que a los delincuentes: es más difícil resarcir e indemnizar que castigar. Pero en esta situación se acumulan los agravantes institucionales. Si resulta que son inadecuadas las medidas de «política social» respecto a los delincuentes; mucho más inadecuadas, y en gran parte inexistentes, son las medidas de «reparación jurídica» a las víctimas.

En qué medida esta disimetría de tratamiento jurídico, en las cuestiones llegadas a la jurisdicción penal, se pueda calcular cuantitativamente, responde de su inserción en un cuadro clasificador como el siguiente:

Hay estructuras simples que no interactúan entre sí, y otras lo hacen. Y hay estructuras complejas que no interactúan entre sí, mientras que otras se vinculan estrechamente en variados procesos de acción y reacción en múltiples direcciones.

Este último supuesto es el que analizan los sociólogos modernos, considerando una pluralidad de sentidos en el desarrollo de las fuerzas sociales. Los dos objetivos más significativos son el estudio de la «regresión» (intensidad mayor de la reacción que de la acción) y el de la «incertidumbre» (dificultad de cálculo en modos, tiempos y espacios). Los análisis causales del patriarca Durkheim, los análisis multivariantes de Lazarsfeld, Hope o Burd; o en general los análisis de dependencia, indican al menos la dificultad teórica de estas cuestiones dentro de su importancia.

Por tanto tenemos que advertir que no se trata solamente de si tales o cuales penas son las adecuadas para los objetivos de la política social instrumentados en los Códigos penales; sino de la seguridad de la sociedad cuando el contenido de la sentencia viene filtrado por la especificación legal de «delitos y penas». En ello influyen, por ejemplo, los recursos financieros destinados a cumplirlos, el grado de interés político de los legisladores en la confección del Presupuesto fiscal, las demagogias partidistas, la índole ideológica de los Partidos, las negociaciones para formar parte de una mayoría legislativa, los equilibrios internos de los grupos parlamentarios, las últimas votaciones registradas en las precedentes Elecciones Generales, el empeño que tienen por alcanzar sueldos públicos los Notables que ahora los tienen y los Notables que aspiran a tenerlos, etc.

En este panorama, la situación de las víctimas de actos ilícitos es la del pariente pobre que apenas si se atreve a pulsar el timbre de la puerta de servicio del conserje. ¡Más vale que no le despierte!

Dentro de este funcionamiento la correlación que media entre los diversos tipos de «bien jurídico» (*salus, honos, pecunia*) es asimétrica entre sí, y esta asimetría se recrece por obra de las «interferencias opacas» que operan privilegiadamente. Véase el peso político de los «ecologistas antiglobalización», los «abortistas», los «sindicatos mayoritarios», la «calificación urbanística», o el «feminismo de clase», por no referirme al «terrorismo secesionista»; en comparación con el influjo político que alcanza la suma de todas las personas decentes (de cuyo número sería inexacto excluir a alguno de los que figuran en dichos grupos) de un país determinado.

Más allá de los métodos sociológicos y de las elucubraciones metafísicas (pues hay filósofos que crean «meta-realidades» en lugar de atenerse a la «inexorable disciplina de las cosas» orteguiana, y sustituyen, desde voluntariosos tanto como difíciles ángulos de observación, lo real por lo imaginativo) el conocimiento jurídico ha establecido métodos propios para estudiar esas conexiones entre diferentes Instituciones jurídicas, comenzando por las divergencias entre la interpretación «publicista» y la «privatista» en las relaciones jurídicas. Es aquí donde se percibe, de un lado, la disimetría en las relaciones jurídicas, y de otro, la convergencia del saber jurídico, distinguiendo los dos planos en que sus principios normativos se producen. Para ello la Ciencia jurídica valora la necesaria correlación que ambos planos construyen al converger lo público y lo privado en la «mediación justa» que desemboca en convivencia pacífica de la sociedad.

Las *Instituciones del Derecho* redactadas por los juristas del Emperador Justiniano, compendio metodológico y clasificatorio de las nociones jurídicas más elementales en los títulos comprendidos en su libro I, afirman que *Huius (iuris) studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem*. Y en cuanto al Derecho privado, está integrado por normas procedentes de tres orígenes (*collectum*): principios naturales, principios usuales en la generalidad de los países, y principios adoptados en cada ciudad.

Fijémonos en la frase primera, para entenderla exactamente. Podríamos traducirla en los términos siguientes: «el conocimiento (*studium*) de cada relación jurídica (*huius*) tiene dos perspectivas (*sunt duae positiones*): en cuanto sea derecho público, y en cuanto sea derecho privado». Explica a continuación lo esencial de ambos puntos de vista: lo que afecta a la continuidad del Estado es Derecho Público; y lo que afecta a los intereses de cada uno es Derecho Privado. Pero toda relación jurídica tiene conexiones con lo público y con lo privado. Por ello las normas de Derecho Público (*Ley*) regulan relaciones de Derecho Privado al reconocer en ellas los intereses que sus respectivos titulares jurídicos manejan, y las regulan para acomodarlas a intereses colectivos que el propio Derecho Público representa y garantiza; por lo cual reconoce y garantiza también la legitimidad de los derechos de los particulares, precisamente al polarizarlos en la perspectiva del bienestar público.

Y, correlativamente, las normas de Derecho Privado (Contrato, p.ej.) indican el sentido en que la Ley debe reconocer y garantizar las condiciones en que los intereses de los particulares estén legitimados, al procurar que sean beneficiosos y no dañen los intereses colectivos; con lo cual el Derecho Público se desarrolla legítimamente al permitir y garantizar no sólo el bienestar común, sino también el desarrollo pacífico de los intereses individuales, tutelando también que las expresiones de voluntad no incluyan error, fraude, abuso, etc.

Esta es la propuesta teórica que explica el modo en que las sanciones penales pueden ser adecuadas al desarrollo de la justicia; una vez que la teoría expuesta acerca de la Justicia y el Derecho permite disciplinar sus «posiciones asimétricas» (la de las prerrogativas del poder y la de las garantías de la libertad) bajo el panorama reclamado de la metodología justiniana (*De Iustitia et Iure* reza el título I del libro I de las *Instituciones*). Pues no basta para articular el problema de la justicia de las sanciones penales, una teoría cualquiera del Derecho, ni una teoría cualquiera de la Justicia, sino una teoría conjunta de ambos planos: el jurisdiccional y el convivencial, dentro del Ordenamiento jurídico global.

Según los métodos seguidos en las presentes observaciones, tendríamos que una expresión normativa referida al tema de Derecho Público, p.ej., que organiza un servicio estatal (p.ej.), en materias de defensa nacional, conlleva, a través del servicio militar, derechos pertenecientes al ámbito de la «integridad física» *salus*, y al ejercicio de virtudes militares, *honos*, de los soldados; así como la exigencia de requisar eventualmente automóviles, y de ocupar tierras (derechos de propiedad, *pecunia*), por no referirnos en ese mismo orden al cobro de impuestos (derechos estatales, *honos*), del ciudadano que es solvente y responsable frente a los costos de los servicios públicos que el Fisco tiene que financiar...

De la misma manera, una norma jurídica sobre «salubridad» afecta a vertidos en cauces fluviales (dominio público), a la emisión de gases (medio ambiente) y a las instituciones de la Seguridad Social (tratamiento médico gratuito) y, a través de las mismas, al ahorro de los trabajadores que cotizan, y a las aportaciones fiscales de los ciudadanos. Todos los derechos se involucran en todos los demás. Pero cada uno de ellos pertenece «di-

rectamente» a un sector, e «indirectamente» al conjunto de todos los demás sectores. Por ello mismo los «bienes jurídicos» han de ser considerados directamente en sí mismos, e indirectamente por su influencia, activa o pasiva, en los demás, sobre cuya estructura repercute la libertad ejercida desde el primero.

Desde esta perspectiva, el modo en que se organicen las sanciones penales no afecta solamente a cada una de ellas, sino que afecta al equilibrio jurídico de toda la existencia social de víctimas, de delincuentes, y de todos los ciudadanos en general. Análogamente, los efectos sociales que repercuten en forma de «prevención general» o «prevención particular, afectan, no sólo a la moralidad social y a los mecanismos de la conducta racional en general, sino también al conjunto de la economía colectiva y al equilibrio de la justicia social. Si no se atiende en primer lugar a las sanciones más justas, o sea, las compensatorias entre el daño recibido y la indemnización obligada, toda la armazón jurídica de la conciencia social se cuarteo y se tuerce. Y a veces se derrumba, aunque las rutinas profesionales y las acumulaciones de recursos financieros malgastados lo disimulen por algún tiempo.

Estas observaciones se encaminan, no a rechazar masivamente las posiciones legales e instituciones actuales de nuestro país en materia de justicia penal, sino a valorar las condiciones dentro de las cuales es forzoso imaginar y planear una mejora de la misma, precisamente en el sentido de su «justicia», o sea, primordialmente hacia el resarcimiento, reparación e indemnización del bien dañado, formalmente asignado a la titularidad del derecho de la víctima.

Estas cuestiones han sido examinadas ya por múltiples estudiosos. Como ejemplo, las aportaciones contenidas en el libro de G.Doeker-Mach y K.A.Ziegert *Law, Legal Culture and Politics in the Twenty First Century* (2004), en que se estudian las interferencias entre derechos privados y constitucionales. Abundan los planteamientos científicos, en infinidad de autores y trabajos, que pueden suscitar la atención de futuros investigadores hacia el horizonte propuesto. No habría sino leer el índice de temas que contiene, por ejemplo, el volumen de Winfield y Jolowicz *On Tort*, ya en su vigésima edición en 1984, y que necesito citar para librarme de toda acusación de «originalidad» en el conjunto de los puntos estudiados en el presente ensayo.

En todo caso hay que aceptar que no es posible evitar la «asimetría» entre el poder y la libertad, entre el Estado y los intereses individuales. Realmente no es la «sumisión al Derecho» el único título de legitimidad del Estado (Ver Slobodan Milacic, *La réinvention de l'État*, 2003, 21 ss.). El Estado tiene su propia misión en el conjunto de las estructuras sociales y es de suyo un mecanismo de poder que debe actuar en todo caso. Es precisamente su ausencia o ineficacia el peor supuesto imaginable para el hundimiento del orden social a partir de la ineficiencia del sistema jurídico (Véase, dentro del volumen citado de S.Milacic, el artículo de S.Bianchini «The weakness of the State as source of instability», 307 ss. que estudia el problema surgido en el hundimiento de los Estados Socialistas del bloque comunista). Pues no se trata solamente de relaciones sistemáticas o estructurales advertidas en el interior de una Institución (por ejemplo dentro del Derecho Penal); sino de las interacciones funcionales, históricamente cambiantes, entre Instituciones diferentes dentro del sistema político y jurídico global (Véase J.Villacís, *La máquina. La superación de Leviatán*, 2004).

El clásico C.Schmitt (*Das Wert des Staates...*, 1914) situaba al Estado como intermedio entre la nebulosa ideal del «derecho primigenio» y la necesidad de su «ejecutividad», donde el Estado puede tomar decisiones que suspenden la forma constitucional (El autor ha estudiado ese mismo problema en su estudio «El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*», en *Cuadernos de Filología Clásica, E.Latinos*, 1997, pp.39-78)

Schmitt observaba que la noción de *natura corrupta* del Protestantismo alemán desconocía la necesidad de racionalidad de la realidad histórica y de las existencias concretas. El posterior pensamiento roussoniano de que Dios abandona al mundo, deja —según Schmitt— al sentimiento humano el desarrollar sus disposiciones inter-activas. Por ello Kant busca en la historia la necesidad de una Constitución Cosmopolita en que los hombres busquen criterios para colaborar con la Providencia Divina, utilizando los recursos que la naturaleza racional humana les ofrece. Pero en las actuales formas políticas, caracterizadas por la índole que Ortega y Gasset —por ejemplo— atribuye a la «sociedad de masas», la abundancia de recursos ha creado unas cotas de consumo que han hecho per-

der la sensatez y la consciencia de los riesgos latentes en el juego de los poderes sociales desplegados a nivel cósmico. Esta sensación de bienestar ha anestesiado de tal modo las mentes, sobre todo de las masas ignorantes o pobres que acaban de salir de los umbrales de la miseria, que toda esa ilusión abona la demagogia, la irresponsabilidad y hasta la destrucción de los valores humanos fundantes de una cultura sostenible. Están en peligro lo que algunos pensadores denominan «semilleros de virtudes» (Mary A. Glendon y D. Blankenton, *Seeds of Virtue. Sources of Competence, Carácter and Citizenship in American Society*, 1995), implantados en los ámbitos en que se configura la personalidad humana. Son las familias, las escuelas, las autoridades locales, las religiones y sus parroquias... que operan como instancias de transmisión de los valores y competencias sociales de una generación a la siguiente. Pero todas estas Instituciones están siendo aplastadas por los pies de los poderes públicos de ámbito global: tanto más terribles cuanto más cercanos (por ejemplo, los Estados nacionalistas y demagógico-marxistas), capaces de excluir a poblaciones enteras de los mecanismos constructivos de una solidaridad ampliamente humana en que una libertad honorable tenga su oportunidad y su asiento.

La definición de estas cuestiones que anidan en las materias del Derecho penal, en términos de relaciones jurídicas primarias, permite convertir la noción de justicia en factor integrador del orden político y no solamente del orden social en general. Por mi parte estimo que esta tarea sería tarea imprescindible para una reflexión filosófica, o sea, radical, acerca de la función del Derecho.

Las propuestas aquí manifestadas serían un primer escalón, consistente en describir las estructuras en que se mueve la actividad penalista del Estado. Apuntan también, por propia lógica, a esbozar una estrategia que permita fundamentar los principios de la actividad política que intente tutelar ampliamente los bienes jurídicos en la sociedad. De paso tiene que haber planteado una teoría general de la justicia, mirando a lo que la justicia implica de reconocimiento y garantía de la libertad humana, conduciendo todo ello a examinar la posición de la persona humana en el mundo del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA del Autor especialmente relativa a la materia del presente ensayo

- «La fuerza del Derecho», y «Cultura social y valores jurídicos», en *Sociología del Derecho*, 1987, 75-156.
- «Estructura de la norma jurídica», y «Estructura de la relación jurídica», en el libro *Principios de filosofía del derecho*, 1972, pgs. 202-223, y 224-250
- «La estructura de la norma jurídica» y «La estructura de la relación jurídica», en el libro *Sociología del Derecho*, edic.1987, pgs. 159-184. y 185-200
- El derecho en la aventura europea de la libertad*, 1987
- «El hecho jurídico», *Anales de la RAJL*, 1997, 411-427
- «250 años desde *El Espíritu de las Leyes* del Barón de Montesquieu», *Otrosí*, 1998, 1-7
- «Cuestiones puestas por la manipulación genética al orden jurídico», *La biología frente a la ética y el derecho*, U. País Vasco, 1986, 131-151
- «Los derechos del hombre y el orden jurídico», *Boletín del I.C. de Abogados de Madrid*, 1998, 143-161
- «Qu'en est-il de la réalité du droit?», *Archives de Philosophie du Droit*, 43, 2000, 32 pgs.
- «La réflexion de Montesquieu», *Actes du Colloque International. L'Esprit des Lois*, 1999, 67-82
- «Derechos sociales y Derechos de la sociedad», *Persona y Derecho*, 41, 121-137
- «Nociones sobre el concepto de relevancia jurídica» y «Dimensiones jurídicas de los Derechos Humanos», en el vol. A.Sánchez de la Torre (editor), *El concepto de relevancia jurídica*, 2001, 9-16; y 105-114.
- «Los valores del derecho como valor ético», *Homenaje...Todolí*. 2000, 16 pgs.
- «La noción de *tercero* entre los conceptos jurídicos básicos», *Homenaje... López Medel*, 2000, 105-114

- «¿Cómo contempla la ley a la sociedad, según Platón?», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2001, 23 pgs.
- «Expresión normativa y norma jurídica», *Anales RAJL*, 30, 2000. 18 pgs.
- «Noción de propiedad en cuanto institución en el orden jurídico», *Homenaje...Hernández Gil*, 2001, pgs.2.187-2.204
- «Derechos del hombre y libertad», *Anuario D.H., Fac.Derecho UCM*, 2000, 16 pgs.
- «Concepto jurídico de familia», *Anales RAJL*, 31, 2001, 18 pgs.
- «Conocimiento del derecho y licitud», *Homenaje...L.García Sanmiguel*, 2004,359-370
- «El sentido de la civilidad europea», *Anales RAJL*, 34, 2004, 20 pgs.
- «Capacidad jurídica, Personalidad jurídica», en el vol. A. Sánchez de la Torre (editor), *La capacidad jurídica*, 2005, 17-23
- «Las raíces del ilícito»; y «La definición de *lex*», en el vol. A.Sánchez de la Torre (editor) *Raíces de lo ilícito, y razones de licitud*, 2005, 17-22, y 141-156
- «Justicia y caridad: influencias de dos virtudes», *Anales de la RAJL*, 36, 2006, 335-362.
- «Reversibilidad de las nociones de *relación* y *situación* jurídicas», *Homenaje... M. Amorós Guardiola*, 2006, I, 213-225

**CONTESTACIÓN
DEL
EXCMO. SR. DOCTOR D. ALBERTO BALLARÍN MARCIAL**

Excmo. Señor Presidente

Excmas. Señoras y Señores Académicos

Señoras y Señores

A principios de los años 60 del pasado siglo nos reuníamos frecuentemente, en Madrid y en otras ciudades españolas, y solíamos asistir a Congresos en diversos países europeos, un grupo de juristas interesados en los temas y cuestiones propios del Derecho Agrario. Fundamos así una Asociación de cultivadores de esta disciplina. Entre otros nos hallábamos Emilio Lamo de Espinosa, uno de cuyos hijos fue posteriormente Ministro de Agricultura, y el entonces catedrático en la Escuela de Ingenieros Agrónomos y actualmente Rector de la Universidad Católica de Ávila, nuestro compañero Académico Juan José Sanz Jarque.

Por entonces entró en contacto con nosotros un entonces joven Profesor Adjunto en la Universidad de Madrid, Ángel Sánchez de la Torre. En determinado momento me comprometió, al entonces también joven Notario de Madrid que era Alberto Ballarín Marcial, a que dictase un Curso de Derecho Agrario en la Facultad de Derecho. La iniciativa fue muy bien acogida por su Claustro de Profesores (pues entonces podía hacerlo porque aún no existía régimen de Autonomía Universitaria y la Universidad era muy libre), y el modo de llevarla a cabo fue establecer un Curso de Doctorado, donde mi condición de Doctor en Derecho me permitía ostentar aquella responsabilidad. Durante varios años pude realizar, con gran gusto mío y con gran satisfacción de los selectos alumnos que se matriculaban en la materia. Resultado de aquella actividad docente fueron varias publicaciones mías y sobre todo el *Tratado de Derecho Agrario*.

Ahora es a mí a quien compete la tarea de presentar para su ingreso en esta Real Academia de Doctores de España a aquel

mismo Profesor. Ha transcurrido un largo intervalo, suficiente para que yo mismo haya desempeñado cargos públicos y haya continuado mis tareas profesionales y científicas, entre las cuales figura señaladamente haber tenido el honor de ser Presidente de esta Real Academia que hoy se apresta a recibir en su seno al que ya había sido electo desde el mes de noviembre pasado.

Ángel Sánchez de la Torre, nacido en Ribadesella (Asturias) en 1929, y de ascendencia en el valle de Liébana (Cantabria), llega hasta nosotros después de haber desarrollado su actividad docente en varias Universidades hasta su retorno a la Complutense. En ésta fue elegido varias veces Director del Departamento de Filosofía del Derecho, y, concidiendo con su jubilación, Director del Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica.

Desde 1966 ha sido Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, tras haber ganado en concurso público el premio José Castán Tobeñas que la misma había convocado. Elegido posteriormente Numerario ingresó como tal el año 1994. Desde 1999 la representa en la Mesa del Instituto de España.

Personalmente no hemos interrumpido de alguna manera nuestros contactos a propósito de intereses comunes. Por ejemplo, a mediados de los 80 me propuso para formar parte de la *Société Européenne de Culture*, de la cual es él Consejero y como tal ha organizado diversas actividades en España.

El carácter más señalado en la obra intelectual de Sánchez de la Torre ha sido una ininterrumpida línea de investigación sobre las nociones de justicia y de libertad, a partir de su tesis doctoral, que versó sobre el concepto de Justicia en el pensamiento español de los siglos XVI y XVII, defendida en la Universidad de Madrid el año 1957, tras haber cursado el periodo de la Licenciatura en la Universidad de Oviedo. Desde entonces sus temas han sido, la justicia, la sociedad, la sociología del derecho, aspectos del Derecho Natural, y en general estudios teóricos sobre la estructura del Derecho (Norma, Relación), así como elementos doctrinales más detallados como son los conceptos de «relevancia jurídica», «capacidad jurídica», «responsabilidad jurídica», «hecho jurídico», nociones de «licitud» y de «ilicitud». Y en el sustrato y cimiento de todas estas construc-

ciones teóricas siempre se atiende a una dimensión que es juntamente teoría, sentimiento y creencia: la libertad humana.

La circunstancia vital que determina tantas veces la orientación de una vida se concretó en la existencia de Sánchez de la Torre, aparte del entorno familiar y de las vicisitudes que aparecen a lo largo de los años, en la oportunidad de haber estudiado, durante años decisivos de su adolescencia, materias humanísticas en la Universidad de Comillas, entonces en Cantabria, cuya sede actual reside en Madrid. Aquella formación en estudios y lenguas clásicas—sin descuidar alguna moderna— le puso en condiciones de investigar posteriormente materias que le eran asequibles en los textos de sus autores.

Resulta así que entre las primeras investigaciones publicadas figuran el libro *Los griegos y el derecho natural* (1962), y otro, *Los principios clásicos del derecho* (1966), que estudia los *tria iuris praecepta* de Ulpiano. Ha publicado desde entonces buena cantidad de artículos referidos a fuentes clásicas, algunos recogidos en el volumen *Estudios de arqueología jurídica* (1988), compartido con otros muy importantes de la catedrática de Historia Antigua de la UNED Raquel López Melero. La introducción a este volumen, redactada de consuno por los dos autores, explica en gran manera la metodología que Sánchez de la Torre mantiene en el conjunto de sus trabajos.

Como resultado de estudios realizados en Francia e Italia (1959-61), subvencionados por la Fundación Juan March, aparecieron varios artículos y, sobre todo, el libro *El poder en la actividad económica* (1964).

A partir de 1968 comenzaron sus publicaciones sobre derechos humanos: *Teoría y experiencia de los derechos humanos* (1968 y 1969); *Sociología de los derechos humanos* (1972 y 1979); *Comentario al Fuero de los Españoles* (1975).

Como instrumentos docentes publica también otros libros: *Textos y estudios de derecho natural* (varias ediciones), *Introducción al derecho* (1971 y 1989), *Principios de filosofía del derecho* (1972). Su última línea de investigación se concreta en el libro *El derecho en la aventura europea de la libertad* (1987, cuya traducción francesa influyó en haberle sido otorgado al autor el Doctorado *honoris causa* por la Universidad Montesquieu de

Burdeos el año 1998), y también otro posterior, *Crisis y re-creación del derecho* (2002).

Y como insistencia en la línea general de investigación se producen recientemente nuevas investigaciones desde las grandes fuentes helénicas. En 1994 el estudio *La tiranía en Grecia antigua* (traducido también al francés y cuya 3ª edición llevará el título *Tiranía: el filo de la injusticia*), así como otra nueva monografía, titulada *Justicia: el precio de la libertad*, concluida a fines del pasado año. La Editorial Estudios Clásicos proyecta sacar a luz ambos libros a comienzos del próximo mes de mayo.

Como referencia al tema del estudio presentado a la Real Academia de Doctores en cumplimiento de la obligación contraída al haber sido propuesto como Numerario, puede observarse que se trata de un paso adelante en una aventura que consiste en llevar a un campo jurídico muy determinado los resultados de anteriores investigaciones suyas acerca de la teoría del derecho. Sánchez de la Torre no ha querido ampararse en los tópicos que le hayan ocupado anteriormente, sino que ha querido llevarlos a una lid en que las doctrinas científicas debaten unos aspectos importantes de la vida jurídica. Pero ello no lo hace por capricho, sino porque vana sería una teoría que no se atreviera a confrontar en la práctica su capacidad para obtener consecuencias constructivas.

Como punto de partida, una antigua concepción de la Justicia. No es extraño que se traten doctrinas griegas y romanas, tras el planteamiento siguiente:

La justicia consiste en dar a cada uno lo suyo. Todo el Ordenamiento jurídico tiende a este objeto, y en conseguirlo se juegan, la Sociedad su bienestar, los individuos su libertad, y el Estado su legitimidad: que cada uno sea respetado en sus bienes personales, morales y económicos, que cada uno sea reconocido como persona cabal y libre, y a cada uno le sean garantizados efectivamente sus bienes de toda índole, lícitamente ganados y lícitamente mantenidos.

Cuando alguno de estos bienes resulta dañado por actos ajenos, el Derecho Penal interviene para castigar al culpable, tranquilizar a la Sociedad, y persuadir a todos de que sólo mediante conductas lícitas puede alguien realizarse en libertad.

Ahora bien: cuando alguien causa daños sobre un bien ajeno comete un delito si las leyes penales lo han definido como tal, en mayor o menor gravedad. Pero quien ha ocasionado aquel daño, haya sido calificado como delito o no, siempre se ha puesto en relación jurídica, sin que él lo haya querido e incluso sin que hubiera podido prevenirlo para evitarlo, con el titular del bien dañado, o sea, con el perjudicado, y estará obligado hacia él por el más elemental dictamen de la justicia: resarcir y compensar el bien de que la víctima ha sido injustamente privada, indemnizar a la víctima por los perjuicios provocados, o sea, «restablecer el equilibrio justo» devolviendo a la víctima aquellos recursos de que anteriormente podía disponer en libertad, y obligando al delincuente a renunciar a aquellos recursos de su libertad que deben serle entregados como resarcimiento e indemnización a su víctima.

Las normas e instituciones del Derecho Penal no satisfacen bastante —esta es la opinión del investigador— tales objetivos, y de ello trata el estudio presentado. Desde ese postulado de que el Derecho es forma de la libertad, pretende que la ciencia del Derecho Penal se ocupe más de que sus penas consistan primariamente y antes que cualquier otra consideración, en restituir a la víctima sus bienes destruídos o su equivalencia; y que sólo posteriormente habrá de pensar qué hacer con el delincuente. Pues —desde un análisis estricto de la situación— el delincuente ha contraído primordialmente la obligación de restituir a su víctima; posteriormente el deber de sufrir castigo por haber infringido la legalidad pública, pues la causación de aquel daño estaba penada como delito o falta; y, en último término, deberá ser tratado de modo tal que deje de ser un peligro potencial para la solidaridad y la tranquilidad sociales.

Pero el autor estima que estas prioridades no se realizan así. Esto, en su opinión, resulta de que se están aplicando doctrinas penalistas que probablemente contienen algún grave error. Pues observa que las prácticas penales más notorias no están elaboradas para, antes que nada, tutelar los bienes jurídicos resarciéndolos en las personas de sus titulares y en los bienes a que tienen derecho y que son recursos de su libertad personal; sino que dan preferencia a castigar a los delincuentes que los hayan dañado. Pero este castigo consiste en procedimientos que descuidan el resarcimiento a las víctimas, o sea, que queda de alguna manera desvalida la justicia como tal. Pues la víctima se

queda apartada a un lado, no tiene más remedio que constituirse en «parte de un proceso penal», y de ahí en adelante tiene que arreglárselas por sus medios, por propia cuenta, y sin que el Derecho Penal asuma como primera función propia la necesidad, y mucho menos la carga, de restituir los bienes de que una persona ha sido ilícitamente privada.

Los argumentos que el autor presenta han de apoyarse en el juego institucional de la seguridad pública. Por ello trae ejemplos antiguos y modernos, y se esfuerza en explicar cómo las diversas doctrinas penalistas se han producido dentro de contextos políticos y culturales muy determinados, hasta el punto de que las posiciones contemporáneas no están, a su vez, condenadas a permanecer tales como se hallan. Pues algunos de los defectos e insuficiencias que son criticables podrían ser corregidos revisando, tal vez, algunos dogmas y, sobre todo, soluciones prácticas que parecen ofrecer más bien problemas que soluciones.

Defendiendo que el objeto de todo Derecho es, sobre todo, garantizar los bienes jurídicamente tutelados mediante la garantía de los derechos subjetivos de sus titulares, y ello mirando simultáneamente a que el ejercicio de tales derechos contribuya al bienestar social y no sólo produzca ventajas particulares sin aportar beneficios colectivos; el autor se demora en tres clases de bienes jurídicos, los señalados en la cultura romana en los términos *Salus*, *Honos*, *Pecunia*. Como en este último tópico se ocupa concretamente de los recursos económicos y sobre todo de las Instituciones de la Propiedad, centraré mis propias observaciones sobre algunos de estos aspectos que en mi experiencia profesional y científica me resultan muy queridos.

LA PROPIEDAD. NECESIDAD DE UNA JUSTA RETRIBUCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD, EL ESTADO DE URGENTE NECESIDAD

Decreto de Graciano (1.440)

«Porque por derecho natural todas las cosas son comunes a todos»

«A nadie le puede caber duda que la convención para distinguir la propiedad y estabilizar las posesiones en todo respecto,

es lo más necesario para la constitución de una sociedad humana. Después de llegar a un acuerdo para fijar y obedecer a esta regla, queda poco o nada que hacer para asegurar una perfecta armonía y concordia» Davis Hume, (*Tratado de la naturaleza humana* 2, 1739-1740)

LA LEGITIMIDAD DE LA PROPIEDAD PRIVADA BASE DE LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA.

I. Introducción

Si partimos de la afirmación del Decreto de Graciano, lo primero que estamos obligados a hacer es averiguar si la propiedad privada es legítima porque, de no ser así, cualquier ciudadano podría tomar una cosa ajena, alegando que era para su uso, dado que aquélla corresponde a todos. Y no se crea que ésta es una proposición puramente teórica o imaginaria, antes bien se encuentra planteada en la realidad de algún Derecho foral como el aragonés, en la cuestión del *ius usus ino-cui*, principio en virtud del cual yo puedo usar de lo ajeno siempre que con ello no perjudique a nadie ni siquiera al dueño del bien de que se trate. Un ejemplo práctico aclarará las cosas: si para ir a mi casa desde un camino o carretera pública me es más cómodo hacerlo a través de un solar que me separa de aquélla, invocaré el principio en cuestión y atravesaré la propiedad ajena en lugar de seguir el camino público existente.

Justamente este ejemplo del derecho de paso es el más frecuente. Es cierto que yo no pretendo arrogarme un derecho de propiedad sobre el bien ajeno, ni tampoco me arrogo tener una servidumbre legal, la cual requiere que se pruebe su existencia por haberse establecido según la Ley, pero sí que me arrogo el derecho de uso no dañino de ese bien que no es mío. De alguna manera esto recuerda la afirmación contenida en el Decreto de Graciano. Por tanto, se ha de resolver si esto es o no es lícito y, ante todo, si el Derecho aragonés lo tiene como lícito y reconocido, cosa que quizá no está clara. Aquí es preciso ver el último tratamiento de que ha sido objeto ese asunto en el volumen dirigido por Delgado Echevarría, (con el título de *Derecho civil de Aragón*, Zaragoza 2006).

II. El pensamiento de Santo Tomás de Aquino

En la luminosa *Introducción al pensamiento de Santo Tomás de Aquino*, editada recientemente por R. W. Dyson, se nos dice que la disposición del Santo para comprometerse con un espíritu positivo con las instituciones y las prácticas del mundo secular queda ilustrada por su posición sobre la propiedad. Él no abandonó la postura de San Ambrosio y de San Agustín, que, siguiendo a los estoicos romanos, afirmaban que, por naturaleza, todas las cosas son comunes, pero, a diferencia de San Agustín, no asociaba la propiedad privada con una naturaleza humana caída y ambiciosa. Es por obra de la ley humana por la que poseemos bienes en virtud de una serie de proposiciones prácticas que nos aconsejan esa solución como la mejor para la sociedad en general; se trata de desarrollar y completar así la ley natural, no de alejarnos de ella. Los particulares cuidarán de las cosas que les pertenecen con mucho mayor cuidado que si se tratase de cosas comunes. Aquí me viene a la memoria el dicho gallego, que de esto saben allí mucho, porque llevan siglos padeciendo el descuido y la falta de adecuado aprovechamiento de los montes en mano común: «*lo que es común no es de ningún*».

III. La sabiduría de Aristóteles y del Derecho romano

Santo Tomás, en este punto de la propiedad privada cita a Aristóteles, según el cual la sociedad ideal para la democracia sería la constituida por una masa de pequeños y medianos propietarios, pero cita también el conocido principio al que había llegado la sabiduría romana: *suum cuique tribuere*, o sea, hay que dar a cada uno lo suyo, de modo que el Derecho Romano reconoció y reglamentó debidamente la propiedad privada confió los límites de las fincas a la protección del dios Terminus y castigaba con pena de muerte a quien quitase los mojones, como lo había de hacer mucho más tarde el *Fuero de Sepúlveda*, para el caso de reincidencia en ese delito. Como lo expresó Rousseau, el día en que uno cercó un trozo de tierra y consiguió que los demás respetaran la cerca, ese día nació la desigualdad humana, pero también podríamos decir que se dio un gran paso hacia la civilización, en cuando al posible uso de las cosas al servicio de cada persona.

IV. Los delitos contra la propiedad y la necesaria compensación

Por lo tanto, la propiedad privada es plenamente legítima y su privación secreta, según Santo Tomás, por un tercero es un hurto; mientras que si se hace pública y violentamente será un robo. (que de tal modo definen y distinguen las dos figuras tanto Aristóteles como su seguidor Santo Tomás). En ambos casos, estamos ante un pecado y un delito y procederá una pena y, por lo tanto, una compensación de lo perdido, de lo robado o hurtado. Y es sumamente curioso cómo Santo Tomás distingue ya la función curativa de la pena de la retributiva, una distinción que ha pervivido y que tiene reflejo en esa finalidad de reinserción social de la que habla nuestra Constitución.

V. Platón y su idea de la propiedad

Por su parte, Platón enuncia su idea de la propiedad privada en el siguiente texto que aparece en el Libro V de su gran obra «*Las Leyes*». «Que nuestros ciudadanos repartan entre ellos la tierra y las habitaciones. Pero que no labren en común, porque ello sería pedir demasiado a hombres nacidos, alimentados y educados como lo son hoy. Pero que en esta distribución cada uno se persuada de que la porción que le corresponda no es menos del Estado que suya».

Si comparamos la postura de nuestro Santo con la de Platón, veremos que es mucho más contundente este último cuando, en el texto de *Leyes*, reconoce paladinamente la propiedad privada, pero es verdad que lo hace con la particularidad de que el Estado no es menos dueño que el ciudadano, lo que yo he interpretado en el sentido de que puede legítimamente establecer cargas, limitaciones e, incluso, deberes al derecho de propiedad, los cuales entrarán en el seno mismo de la relación jurídica propietaria. Curiosamente, Santo Tomás no alude a limitaciones o deberes a cargo del propietario, pero se puede llegar a un resultado semejante cuando leemos las reflexiones que formula a propósito de la justicia legal que es aquella encargada de llevar al hombre a actuar, cuando ejerce su derecho, no sólo en interés propio sino también en el del bien común, o sea que de ahí podría haber arrancado la teoría de la «función social de la propiedad privada» en la Encíclica *Rerum Novarum* de León

XIII, el Papa que restauró la validez moderna del tomismo o neotomismo como, a partir de entonces, se le llama.

VI. La función social de la propiedad

Efectivamente, se nos dice que «la voluntad de Santo Tomás por mostrar un espíritu positivo hacia las instituciones y prácticas del mundo secular, queda ilustrada por su posición en cuanto a la propiedad privada y sus detalles (Capítulo V de la obra de Dyson), donde, sin romper con Agustín y San Ambrosio, en cuanto también él se inspira en los estoicos romanos, toma distancias, como antes lo dijimos de esos dos santos (*ob. cit.*, p. xxx).

Hay un aspecto en que la doctrina del Santo difiere de la moderna concepción de la propiedad privada, al afirmar que no tiene el hombre un ilimitado derecho de adquisición y de uso. Esta distinción entre propiedad y uso está ausente en la doctrina moderna, pero es importante para comprenderla. Por otra parte parece ser que el Santo propone un límite o tope cuantitativo a la extensión de la propiedad privada, lo que tampoco está de acuerdo con las modernas concepciones del derecho de propiedad. Es cierto que en los países excomunistas, que ahora han entrado en la UE, encontramos ese límite en algún caso —300 has, en Hungría— también la Reforma Agraria italiana de 1950 se caracterizó por admitir un límite a la extensión de la propiedad (en base al artículo 44 de su Constitución, pero en España no hay límite alguno.

VII. El estado de extrema necesidad

Nos resta añadir que también Santo Tomás estima que en el estado de extrema necesidad, el que lo padece puede invocar el Decreto de Graciano sobre el natural destino de todos los bienes de este mundo, un aspecto sobre el que ha insistido mucho modernamente el Papa Juan Pablo II, por ejemplo en su maravillosa Encíclica *Centessimus Annus*. Es muy interesante a nuestro objeto la postura del Santo en relación con el préstamo con interés, pues es ahí donde se extrema el cuidado en que se devuelvan al deudor los intereses indebidamente percibidos y, si con esas ganancias el prestamista hubiese adquirido un campo

o una casa, había autoridades del pensamiento medieval que sostenían la obligación de entregar lo comprado a la víctima, es decir, a quienes habían pagado los intereses del préstamo. Santo Tomás no llega a tanto, pero, en su opinión, el prestamista se quedará con la casa pero deberá venderla y restituir el dinero cobrado abusivamente al deudor. Este tipo de disquisiciones medievales puede ser muy útil para la teoría moderna de la compensación del daño sufrido por la víctima, ya que seguramente se dará el caso en que el delincuente haya comprado cosas, y surge el mismo problema que se planteaban los que combatían la licitud de los intereses, tal como lo hemos visto.

Este es un tema de mucho calado para el problema que nos preocupa de la compensación por la propiedad perdida. Veamos, como siempre, algún ejemplo práctico. En un país tan grande como Brasil se da el caso de que existe «movimiento de los sin tierra», que agrupa unos 10 millones de asociados. Una de las actividades típicas de ese Movimiento es la ocupación de fincas que, según ellos, no cumple la función social de la propiedad. El propietario denuncia que le ha sido robado por lo menos el uso de su propiedad y comienza el litigio. La cuestión es ésta: ¿se puede admitir que los ocupantes se hallaban en un estado tal de necesidad para comer cada día sin disponer de salarios ni de tierra ni de nada productivo, por lo que se vieron obligados a invocar el decreto de Graciano? Mi respuesta sería matizada: si el Estado brasileño no llevara a cabo una verdadera Reforma Agraria para castigar a quienes no cultivan mediante una expropiación sancionatoria, o si haciéndolo así hubiera de todos modos muchos campesinos sin tierra a pesar de estar dispuestos a trabajar, y si además esos tales no percibieran un salario de parados aunque fuera modesto; entonces llegaría yo a la conclusión de que podrían alegar estado de necesidad e invocar el decreto de Graciano: Al efecto voy a relatar un caso conocido por mí. Un grupo de inversores españoles compró una gran finca en Paraguay cerca de las cataratas de Iguazú, de muy buena tierra, y con árboles de maderas preciosas algunos de ellos; esa finca fue ocupada por «grileiros» (parados que buscan trabajo ocupando finca). El Instituto paraguayo de Reforma agraria no quería expulsar a los ocupantes, verdaderos trabajadores de la tierra que de ella derivaban su sustento. Les permitió seguir allí y a los propietarios les compensó con mayor extensión de tierra en El Chaco, para compensar la menor calidad y la peor situación de las comunicaciones, etc. Hubo

pues una retribución compensatoria por aquel acto contra la propiedad.

VIII. Evolución del derecho de propiedad

Para seguir la evolución de la propiedad privada a lo largo de la historia, disponemos hoy de un magnífico libro publicado por Nieves San Emeterio Martín con el título «Sobre la propiedad», Madrid 2005, con interesante prólogo del sociólogo Salvador Giner. En él podemos ver cómo la doctrina tomista revive en la escuela de juristas escolásticos de Salamanca, con una visión moderna que resplandece sobre todo en Fernando Vázquez de Menchaca, «el cual, junto con Hobbes sería, al decir de Ginés, la generación puente entre una visión teológica de la creación y por ende de la causa de la propiedad y dominio legítimos del hombre sobre las cosas, y la concepción secularizada que le siguió más tarde. Cuando uno piensa que todavía John Locke, en el siglo XVII, fundamentaba sus concepciones sobre una visión religiosa del mundo, nos percatamos de que ni Menchaca ni sus coetáneos eran tan arcaicos... y eso que Locke, al decir de aquella autora citada anteriormente, es el verdadero elaborador de la teoría ortodoxa de los derechos de propiedad» (p. 17).

No me corresponde seguir esa evolución a la que acabo de referirme, pero sí diré que de la lectura de ese libro se deduce la importancia básica de la propiedad para la constitución de la sociedad tal como resulta del texto de cabecera de David Hume que hemos transcrito. Uno de los pensadores ingleses dice que la sociedad se constituyó como tal para que los propietarios pudieran dormir tranquilos, sabiendo que la autoridad con todos sus medios vela por conservar el orden de las propiedades y de las posesiones.

IX. La función social subjetiva y objetiva de la propiedad

Lo que yo deduzco de ahí, a los efectos que nos interesan, es la necesidad de valorar debidamente la reparación del daño que pueda sufrir un ciudadano por el hurto o robo de sus bienes, pues ello significa que, en el fondo, no se habrá conseguido la

perfección en la vigilancia y protección del dominio de lo cual responde el Estado como la única fuerza legitimada que existe en una sociedad democrática, por lo que tal Estado tiene que compensar a quien sufrió el daño y esto es lo que Ángel Sánchez de la Torre proclama y reclama en su interesante Discurso.

Podemos comprobar en el libro de referencia que la propiedad se concibe sin alejarse mucho de como lo habían hecho Platón, Aristóteles y Santo Tomás, es decir, se trata de la propiedad considerada como un derecho —yo prefiero decir como una relación jurídica— que incorpora una serie de limitaciones para servir al Bien Común de la Sociedad; la propiedad no es una función social, pero sí tiene una función social que cumplir. Voy ahora a tratar de un aspecto muy importante de la propiedad privada.

En el estudio que fue mi contribución al libro homenaje a Vallet de Goytisolo sobre la función social de la propiedad distinguía yo el aspecto subjetivo del objetivo y esta distinción interesa a los efectos del Derecho penal como lo vamos a comprobar sin tardanza. En el aspecto subjetivo, tratándose de la propiedad de la tierra, la función social implica el cultivo eficiente y correcto, como exige el artículo 2 de la LRDA. Quiere ello decir que si alguien no cultiva o no realiza las mejoras de que es susceptible aquella finca, por no llevar a cabo, por ejemplo, la puesta en riego siendo así que podría hacerlo gracias al canal construido por el Estado, está incumpliendo el deber de cultivar y el de mejorar, en contra de lo dispuesto en aquel precepto legal. Ello puede dar lugar a una expropiación en parte sancionatoria, porque se operará a un precio bajo a cargo del Estado expropiante, tal como está previsto en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 1979.

Pero lo cierto es que ello no constituye delito; se podrá seguramente estimar como un incumplimiento del requisito de la condicionalidad exigida ahora por el artículo 5 del Reglamento 1782/2003 que está en vigor ahora mismo para la percepción de las ayudas PAC, por lo cual éstas le serán negadas o reducidas notablemente, pero —repito— no habrá delito. Si un empresario no da vivienda digna a sus empleados incumple también el artículo citado, en su núm. 3, pero por más que ello merezca la censura social, como lo vemos por las informaciones de prensa que leemos, no constituirá delito.

Veamos ahora el otro aspecto mucho más importante que yo llamo el aspecto objetivo de la función social de la propiedad privada. Se refiere la exigencia en este caso no al propietario sino al Estado como tal. La Propiedad, escrita así, con mayúsculas es una institución básica de la sociedad. El fallo en este caso sería no del propietario como titular de un derecho subjetivo sino de la autoridad estatal que no cumple un requisito institucional muy importante cual es la distribución adecuada de la propiedad en un momento y en un lugar determinado. A ello se refiere los artículos 3 a 6 de la cit. LRDA, Texto Refundido de 12 de enero de 1972, cuando hablan de que el Estado ha de proveer a la creación de explotaciones adecuadas, o sea que habrá de llevar a cabo lo que antes se llamaba una Reforma agraria y ahora más bien una Reforma estructural.

X. Conclusión

Establecidas las premisas anteriores veamos su repercusión en el interesante asunto que nos ocupa de la indemnización o compensación, a la víctima de un robo, con el mismo valor de lo robado; y la aplicación en un caso concreto del estado de necesidad, en relación con la propiedad de la tierra.

Si ha existido un delito contra la propiedad, dada la legitimidad actual de ésta, no habrá duda sobre la necesidad de condenar al delincuente a restituir el mismo valor de lo robado o del perjuicio infringido a la persona o a los bienes de la víctima. No cabrá alegar que el propietario moderno sólo tiene la mitad o algo así de la propiedad siendo la otra mitad del Estado, como parece *prima facie* deducirse del texto platónico. La propiedad moderna es una propiedad con función social, pero no es una función social, por lo que deberá cubrir la indemnización el valor de mercado de la cosa perdida. Por desgracia, a diario se puede comprobar cómo no es así en la realidad del día a día. De modo especial en los delitos económicos de guante blanco observamos que el delincuente sale con facilidad de la cárcel para disfrutar de sus yates, de sus fincas de caza, etc., en lugar de restituir rápidamente lo estafado a unos y otros, incluidos las más de las veces los tributos que se deben al Estado. El delincuente ha echado sus cuentas: algunos años en Alcalá Meco —mas bien pocos—. Luego empieza el beneficio penitenciario, comienzan las salidas y las modalidades de cumplir la pena re-

dimida por el trabajo o con arresto domiciliario; el delincuente llega a la conclusión de que aún cuando lo condenen, le compensa pasar mal un tiempo, para enriquecerse él y dejar enriquecida a su familia por tres o cinco generaciones. En este sentido, hay que citar al premio Nobel de Economía Becker que ha hecho un análisis económico del Derecho Penal, y más concretamente del precio del crimen que se paga por quienes lo cometen, para llegar a la conclusión de que les sale francamente barato, o sea que el imaginario popular en la materia viene a coincidir con los más sesudos estudios científicos.

En realidad lo que ocurre es que se siguen las teorías relativas de la pena, en lugar de las absolutas que la conciben como algo independiente o autónomo *quia peccatum est*, mientras los otros ven al delito como un acto antisocial y a la pena como una especie de tratamiento de donde derivan —como dicen en su «*Derecho Penal*» Rodríguez Devesa y Serrano— arbitrariedades y la utilización del Derecho penal y de la pena como instrumento político, para conseguir determinados fines propios de la política, no de la Justicia (Parte Especial, p. 881).

El gran penalista alemán Mayer ha dicho —y con esto termino— que la teoría del Derecho penal no puede basarse en las normas sino en el Derecho político o en la Filosofía del Derecho, según los dos penalistas citados, *ob. cit.* p. 883). Pues bien, lo que ha hecho el recipiendario en su contundente y claro discurso es justamente la elaboración de una teoría de la retribución ética y jurídica en favor de las víctimas, siguiendo a grandes pensadores como ese mismo Mayer y Emanuel Kant, sin olvidar al jesuita P. Antonio Beristain que ha reclamado siempre un Derecho penal centrado en las víctimas y en su retribución, no sólo material sino moral y humana, llegando a propugnar que debe ser el criminal el que acuda a consolar a la víctima, para lo cual ni que decir tiene que habrá de pedir perdón tanto a ella como a la sociedad dañada por el delito. Ángel Sánchez de la Torre, académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación, Catedrático de Madrid, en la Complutense de Filosofía del Derecho, ha llamado, con este discurso, la atención sobre un aspecto decisivo de esa rama del derecho, para, sin ser penalista como yo tampoco lo soy, venir a decir que debe volverse a una teoría de indemnización evitando así toda sospecha de politización y de arbitrariedad, lo cual resulta cada día más pertinente a la vista de ciertos hechos sociales.

