

ORDEN POLITICO Y ORDEN PENAL

Manuel de Rivacoba y Rivacoba

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valparaíso

Hay que partir de la idea de que la Constitución, en el sentido en que modernamente se la entiende en el lenguaje jurídico y en la vida pública, no es sino la codificación del Derecho político, o, en otros términos, quizá más precisos, el mismo *Derecho político*, esto es, el que regula la organización y el funcionamiento de los poderes del Estado y las instituciones de gobierno, *codificado*¹. Desde los inicios de la reflexión sobre ella, la Constitución, con sus "principios esenciales y característicos", que la distinguen de las leyes, o leyes ordinarias, "tiene por objeto la organización de las magistraturas, la distribución de los poderes, las atribuciones de la soberanía, en una palabra, la determinación del fin especial de cada asociación política"². Con exactitud lo denota la denominación, sumamente apropiada, con que se la designa en algunos países, de *Constitución Política*.

Lo que ocurre es que, "al advenir en el siglo XVIII el movimiento codificador y adoptar la legislación de las diversas *ramas* del Derecho la especial estructura técnica que es el código, el Derecho político pasó a estar contenido en su mayor parte, y la más importante, en un código que tomó el nombre de *Constitución*"³. Y bien se corrobora con la fácil observación de que, igual que suele acaecer en otras *ramas* jurídicas, en que al lado o al margen del Derecho codificado se tiene el esparcido en las leyes especiales⁴, no faltan en los diferentes países normas de naturaleza y jerarquía constitucionales en disposiciones distintas de las llamadas constitución, la constitución propiamente tal. Ahora bien, siendo lo más frecuente hoy que la regulación jurídica del Estado se encuentre codificada, "por extensión se emplea también la denominación de *Derecho constitucional*, refiriéndose a países que carecen formalmente de constitución y cuyas normas jurídico-políticas se hallan dispersas en leyes ordinarias o son consuetudinarias"⁵. Mas, en suma, se trata siempre del "*conjunto de normas jurídicas, de carácter fundamental, que organizan una unidad social de vida política*"⁶.

Desde un punto de vista, o moviéndose en un plano histórico y político, se ha de comprender que se haga coincidir los conceptos de Derecho constitucional y Estado liberal o de Derecho, o, dicho de otro modo, de Derecho constitucional y Estado de separación de poderes y garantías individuales⁷, pero jurídicamente

¹ Cfr. RIVACOBA: *División y fuentes del Derecho positivo*. Valparaíso, 1968, p. 45.

² ARISTÓTELES: *La política*, libro cuarto, capítulo I. También: "La constitución no es otra cosa que la repartición regular del poder" (cap. III).

³ RIVACOBA: *op. cit.*, pp. 45-46.

⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 3-38.

⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁷ "Sólo hay constitución allí donde existe la soberanía de las leyes" (ARISTÓTELES, *op. et lib. cit.*, cap. IV).

un país puede tener constitución, esto es, codificado su Derecho político, y no separación de poderes ni garantía alguna de la libertad y los derechos del individuo, y, a la inversa, carecer de una constitución formal y al propio tiempo mantener y preservar la independencia de los poderes públicos y respetar y proteger con el mayor celo tales derechos y libertades.

Más que atenerse a la configuración externa de la organización jurídico-política de un pueblo, interesa, y es lo importante y decisivo, examinar ésta en su realidad preceptiva, y además, por detrás o en el fondo de ella, la concepción a que responde o que le da sustento y la anima.

Así, *las relaciones del Derecho penal con el Derecho político* constituyen, para quienes nos dedicamos actualmente al estudio del primero, un verdadero *tema de nuestro tiempo*. Cabe pensar, empero, que tras tales relaciones, las más estrechas y singulares que se den en el frondoso árbol jurídico entre dos de sus *ramas*, están las relaciones de ambas con las diversas y sucesivas concepciones omnicomprendivas del mundo y de la vida, y el influjo parigual y constante de éstas sobre aquéllas, mucho más inmediato y vigoroso que el que puedan ejercer sobre otras que regulan aspectos menos palpitantes de la vida humana en sociedad. Con todo, semejante fenómeno recomienda más la conveniencia, si no necesidad, de tener siempre presente la respectiva concepción del hombre, que, a su vez, se asienta en una concepción de la sociedad e incluso de lo real en su totalidad.

* * *

Juntamente con el procesal, pero de distinto carácter, las relaciones más importantes del Derecho penal con otras *ramas* del ordenamiento jurídico son con el político, porque, en lo genuino de unas y otras, mientras las primeras tienen un significado funcional o de aplicación, las últimas designan el sentido u orientación del Derecho punitivo.

Aparte del conocido fenómeno de que el Derecho político o constitucional, como cualquier otro, crea y establece bienes jurídicos, cuya protección refuerza el penal, interesa poner de relieve que aquél señala a éste su finalidad concreta y le imprime en cada caso características precisas. Es un hecho innegable, y bien conocido, que apenas se produce en un país un cambio político, y quizá, envuelto en él, un cambio social, se opera asimismo otro, del mismo volumen y dirección, en la legislación penal. Muy oportunamente lo estudió con suma inteligencia y elegancia Marino Barbero Santos con relación a España⁸. Puede decirse, pues, que la legislación penal es expresión siempre de una determinada organización política. Y no es esto sólo, sino que, como Barbero indica, las exigencias que se derivan de áreas jurídicas o no para modificar el ámbito de lo punitivo, suelen concretarse en él conforme a las mutaciones que se verifican en el campo político; "aún más —añade—, son su necesaria consecuencia", y a continuación hace ver que los cambios en el ordenamiento penal que no obedecen a otros en lo político tienen por lo común un alcance limitado⁹. El tema es

⁸ En su libro *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, del cual me ocupé ampliamente en la revista "Doctrina Penal", de Buenos Aires, N° 2, de abril-junio de 1978, pp. 453-455.

⁹ *Op. cit.*, pág. 14.

conocido de antiguo¹⁰, pero sólo después de la última guerra mundial ha sido objeto de una consideración detenida¹¹.

Las razones del influjo de lo político sobre lo penal son claras. El Derecho político, reflejando o concretando la concepción que lo anima acerca del hombre en sus relaciones con la sociedad, delinea la estructura de esta sociedad y la situación en que está el individuo dentro de ella, y condiciona al mismo tiempo la jerarquía de los bienes jurídicos, con lo cual determina el tipo de organización que el Derecho penal debe proteger, así como los objetos más importantes con arreglo a las valoraciones dominantes, que merecen y exigen también, por tanto, la protección más drástica del ordenamiento, mediante la incriminación y punición de las actividades que los dañen o pongan en peligro. O tal vez con mayor sencillez: siendo el Derecho penal de carácter público y encargado de proteger más eficazmente que ningún otro la subsistencia, seguridad y organización de la sociedad y los demás bienes jurídicos estimados en ella de principal importancia, se comprende que dependa en su orientación, e incluso en lo sustancial de su contenido, de la conformación de dicha sociedad y que los bienes considerados más importantes cambien según las concepciones y valoraciones

¹⁰ ARAMBURU, *Notas a la traducción por Hilarión González del Castillo de los Elementos de Derecho penal*, de Bessina, 2ª ed., Madrid, 1913, p. 41, recordando a este respecto a Ortolan (1802-1873), en su *Curso de legislación penal comparada*.

Pero mucho antes había señalado PELLEGRINO ROSSI (1787-1848), en su *Traité de Droit pénal*, de 1829, que "el sistema penal está en una relación más íntima e inmediata, que lo está acaso el Derecho civil, con los movimientos progresivos o retrógrados de la civilización. Si no sigue estos movimientos, es opresivo o insuficiente. La ley penal debe, por consiguiente, ser obra del poder que represente mejor el estado verdadero de la sociedad, que retroceda o marche necesariamente con ella, que, a causa de esto último, sepa sus exigencias presentes"; y con mayor claridad aún: "Por lo demás, es tan íntima la conexión que tiene el sistema penal con el sistema político, que casi pudiera dudarse de la buena fe de aquellos que se atreven a afirmar todavía que el establecimiento de una buena legislación, particularmente criminal, es posible con un poder absoluto". (*Tratado de Derecho penal*, trad. por don Cayetano Cortés, 3ª ed., Madrid, 1883, pp. 551-552 y 553).

Y, adelantándose en más de ochenta años, había escrito Montesquieu (1689-1755), en *De l'esprit des lois*, de 1748, libro sexto, capítulo XV, que "me encuentro fortalecido en mis máximas cuando las veo compartidas por los romanos; y creo cada vez más que las penas están en relación con la índole del gobierno, al ver que un gran pueblo cambiaba las leyes civiles a medida que cambiaban las leyes políticas"; e igualmente, medio siglo antes, Jean-Paul Marat (1743-1793), en el prefacio de su *Plan de législation criminelle*, presentado a un concurso en Berna el año 1779 y publicado en Neuchâtel un año después, que "las leyes criminales, necesariamente ligadas al sistema político, no deben chocar jamás con la naturaleza del gobierno: un mismo código no podría, pues, convenir a todas las naciones". (Recensión de la ed. de París, 1974, de esta obra del famoso revolucionario francés, de origen español, por RIVACOBIA, en "Doctrina Penal", rev. cit., Nº 1, de enero-marzo de 1978, pp. 244-246).

¹¹ Principalmente, por BETTIOL, *Il problema penale*, 2ª ed., Palermo, 1948; *Aspetti politici del Diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1953, y *Em tema de relações entre a política e o Direito penal*, en el volumen colectivo *Estudos de Direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*, Río de Janeiro-São Paulo, 1962, pp. 85-92; y, en España, por DEL ROSAL, *Orden político y orden penal (Breve esquema)*, en su libro *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2ª ed., Valladolid, 1953, pp. 193-222, y BARBERO, *op. cit.* Véase, asimismo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal* (publicados 7 vols.), tomo I, 3ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 195, y tomo II, 3ª ed., Buenos Aires, 1964, pp. 163-213. En la Argentina, es particularmente interesante en esta materia Zaffaroni, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, 1977, pp. 221-233, y *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 5 vols., Buenos Aires, 1980-1983, tomo II pp. 363-420.

Al comentar en la revista "Universidad", de Santa Fe, Nº 54, de octubre-diciembre de 1962, pp. 341-345, el mencionado volumen colectivo en homenaje a Nélson Hungria, nos hemos ocupado del estudio de BETTIOL que figura en él.

sociales encarnadas en una organización política. Y, por otra parte, la mentada posición del individuo en el conjunto señala la intensidad posible de la acción estatal sobre él y fija, de consiguiente, las limitaciones de la función penal.

Tal es el fundamento profundo de las relaciones del Derecho penal con el Derecho político y de la continua y poderosa influencia de éste sobre aquél. Sin carecer totalmente de significación, las demás razones que suelen aducirse se asientan más bien en tierra friable y antes son consecuencias de dicho fundamento que bases últimas de ninguna relación. Así, el contenido de numerosos preceptos penales, suministrado por intereses políticos y sociales; la noción misma de delito político; la existencia por lo general en los textos constitucionales de principios cardinales para el Derecho punitivo, como el de legalidad; la prohibición, en algunas constituciones modernas¹², de ciertas penas, consideradas incompatibles con determinada imagen del hombre y la consiguiente concepción de los poderes que es dable al Estado ejercer sobre él; la finalidad que señalan también algunas leyes fundamentales en la actualidad para las penas; la referencia en ocasiones a ciertos delitos, e incluso la tipificación de otros, dentro del articulado constitucional, dejando a la legislación criminal sólo el señalamiento de la penalidad correspondiente, sin que sea necesario declarar que, por su superior jerarquía, estas disposiciones se imponen siempre, no sólo al Código, sino a todo el ordenamiento punitivo de un Estado.

Con razón observa Soler, en frase muy aguda, que "a un Estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo"¹³.

De esto se desprende, por un lado, que la comprensión de una legislación penal precisa tener presente y entender a fondo la concepción y el ambiente político a que responde, y, por otro, más radicalmente, la historicidad eminente del Derecho punitivo¹⁴. Y de todo ello se sigue que las grandes y auténticas concepciones y las consiguientes formas de organización política permiten caracterizar otros tantos tipos de Derecho penal. De esta manera, conviene perfilar, como configuraciones penales más generales, importantes y decisivas en el mundo moderno, el Derecho penal liberal; contrapuesto a él, el Derecho penal totalitario, y, sin llegar a lo extremoso de éste, el Derecho penal autoritario. Por supuesto, tales nociones no son más que abstracciones y, en este sentido, cabe hablar de Derechos penales liberales, totalitarios y autoritarios, con acusadas diferencias y variedades en cada categoría, que, sin embargo, no hacen desaparecer su neto y distinto significado político. En consecuencia, no parece de utilidad distinguir a estos efectos entre liberalismo de izquierdas y de derechas, conforme hace Bettiol, ni tampoco entre liberalismo como sinónimo de Estado de derecho y como sinónimo de Estados gendarme, según quiere Zaffaroni, pues bajo tales distinciones late la idea de que en alguna de dichas especies el liberalismo político se identifica con el liberalismo económico, cuando, ciertamente, se trata de dos realidades diversas, que no se avienen en absoluto¹⁵.

¹² Y en otras antiguas, como la argentina, que suprime para siempre las penas de confiscación (artículo 17), de muerte por causas políticas y de azotes (artículo 18).

¹³ *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, p. 9.

¹⁴ En realidad, todo el Derecho es producto o entidad cultural y, por ende, histórica, pero esto adquiere especial relieve y se advierte mejor en el Derecho penal.

¹⁵ Cfr. RIVACOBÁ, *El liberalismo* (en el volumen colectivo *Ideologías del siglo XX*, Rosario, 1966, pp. 15-33), pp. 27 y 28-30, y bibliografía relacionada al final. También nuestro artículo *Esencia y futuro del liberalismo*, allí cit. y nuestro discurso *Del liberalismo a la democracia*, Bilbao, 1989, pp. 12-13.

Tras el período del *despotismo ilustrado*, que constituye una verdadera transición, caída definitivamente con la Revolución, la organización política tradicional del *ancien régime* y finalizada con ella la larga etapa del Derecho penal común, o intermedio, europeo¹⁶, surge en Europa y América, con mayor o menor pureza, un mundo liberal¹⁷. De manera insuficiente, pero no falsa, podemos caracterizar *el liberalismo* como una doctrina y organización política de raíces filosóficas racionalistas, esto es, que exaltan en el individuo la razón como única facultad capaz de reconocer clara y distintamente la esencia de las cosas, de conocerse a sí misma y de someter a crítica sus supuestos y tomar conciencia de sus limitaciones, y que consideran al hombre un ser de naturaleza ética, es decir, capaz de obrar con arreglo a los conocimientos y los dictados de la razón, trazándose así un destino o plan de vida particularísimo que realizar y convirtiéndose en sujeto de un fin propio que conseguir, a la vez que ha de reconocer y reverenciar también en cada uno de los demás igual eminente dignidad. Esto lleva a atenerse por lógica consecuencia a una concepción individualista de la sociedad, para la cual debe ésta respetar lo inconfundible de cada individuo, no teniendo otra razón de ser las agrupaciones humanas, sino la de garantizar y potenciar sus virtualidades en la erección de sí mismo. "Individualismo no es, así, egoísmo, sino más bien todo lo contrario"¹⁸, pues no se trata de centrar en el individuo el universo y de someterlo a sus caprichos, sino de reconocer la dignidad del ser humano, como ser de razón que conoce y actúa y que, por ello, ni puede someterse a nada ni a nadie, ni puede, tampoco, someter a los demás, sus semejantes, sus hermanos¹⁹. Sobre tales bases, el Estado ha de reconocer y asegurar a cada individuo la posibilidad de obrar como ser racional, de ajustar su conducta a las máximas de su razón, o sea, su libertad, limitándola el mínimo indispensable para hacerla compatible con la de los demás y conjugándose todas según una ley universal de libertad; y de esta suerte se concatenan íntimamente los tres principios clásicos del liberalismo: libertad, igualdad y fraternidad. El racionalismo en lo filosófico conduce, lógicamente, al individualismo en lo social y al liberalismo en lo político, y éste constituye el intento y el esfuerzo más profundos, conscientes y logrados por etizar la vida pública²⁰.

Congruentemente con esta concepción política, *el Derecho penal liberal* se caracteriza por: a) la absoluta igualdad de todos los individuos ante la ley

¹⁶ Propio de la monarquía absoluta.

¹⁷ Como señaló Alcalá-Galiano a mediados del siglo XIX, "la palabra *liberal* en su sentido político moderno, aplicada a un partido o a individuos, empezó a ser usada en Cádiz durante las azarosas jornadas de 1811, cuando se estaba gestando la Constitución del liberalismo español por excelencia, y aun del liberalismo europeo y hasta del americano, pasando de allí a otros pueblos". RIVACOPA, *El liberalismo*, cit., p. 17, y véase asimismo *Del liberalismo a la democracia*, cit. pp. 6-7.

¹⁸ RIVACOPA, *El liberalismo*, cit., p. 20, y véase también *Del liberalismo a la democracia*, cit., p. 9.

¹⁹ Desde el momento en que se toma a otro como medio, en que se le somete, en que se le degrada, lo que se utiliza, se somete y se degrada es la naturaleza racional, al hombre, y, por consiguiente, también a nosotros mismos. La máxima de la voluntad con arreglo a la cual se obrara así, no provendría de la razón ni podría justificarse ante ella; no podría, por tanto, aspirar a convertirse en ley universal de conducta; sería inmoral. De este modo, el reconocimiento y respeto de la dignidad propia, como fin, cada uno, en sí, envuelve y exige el reconocimiento y respeto de la dignidad ajena, y asienta la noción de fraternidad. Cfr. RIVACOPA, *El liberalismo*, cit. p. 20, y semejantemente en *Del liberalismo a la democracia*, cit. p. 10.

²⁰ Cfr. RIVACOPA, *El liberalismo*, cit., pp. 19 y 24.

punitiva; b) la rigurosa legalidad de los delitos y de las penas, o sea, su fijación minuciosa en la ley, como forma de hacer factible su conocimiento y garantizar por este medio la seguridad jurídica y la libertad individual; c) la consiguiente reducción del arbitrio judicial, que en momentos extremos se pensó ingenuamente que podía ser eliminado y en todo caso se somete a reglas muy estrictas; d) el escrupuloso respeto por el fuero interno de los individuos, el derecho a la disidencia y la expresión de las ideas; e) la consideración básica del delito como un ataque objetivo a bienes jurídicos de interés general; f) la proscripción de la responsabilidad sin culpabilidad, entendiéndose ésta, además, no por la conformación de la personalidad o del carácter ni por la conducción de la vida, sino referida al aislado acto delictuoso de que se trate; g) la humanización de las penas, rechazando aquellas que respecto a la sensibilidad y las valoraciones de la época revelan una crueldad insoportable o repugnan a la dignidad humana; h) su proporcionalidad con la gravedad objetiva del respectivo delito; e i) el fin retributivo de la penalidad, desechando cualquier utilización del condenado. En este punto, se ha de reconocer, sin embargo, que numerosas doctrinas y legislaciones liberales han asignado a la punición una función preventiva, si bien dentro de límites muy precisos, que impiden que se desconozca la dignidad del sentenciado y se desvirtúe la retribución penal.

En las antípodas del liberalismo, *los totalitarismos*, que, aunque con precedentes remotos, han aparecido en Europa al cabo del primer cuarto del siglo XX y a comienzos del segundo y que, a pesar de las apariencias, subsisten vivos en la realidad y en el pensamiento político de hoy, hunden todas sus raíces, cualquiera que sea su signo, en filosofías irracionalistas, de abierto desprecio por la razón, y se nutren de savias intuicionistas y voluntaristas, que les dan, por momentos, cierto tinte místico. Mediante la intuición, captan de manera inmediata la existencia real de entidades absolutas, séase la raza, la clase social o la nación, de carácter colectivo y corte supraindividualista, que comprenden al individuo y trascienden de él, en las que éste se sume y a las que pertenece como elemento o miembro de un todo sustantivo y orgánico, titular de un fin y de un destino; y del voluntarismo reciben la concepción de la realidad como actuación y poder de dominio. Se unifica con rigidez así la vida de un pueblo, rayando toda espontaneidad individual y todo pluralismo de sectores o grupos, e incluso toda afinidad y simpatía entre unos y otros seres humanos, e integrando forzada y agotadoramente a todos en un espíritu y acción colectiva. La comunidad es lo sustantivo, y el individuo, un accidente; aquélla es fin en sí, permanente y hasta eterna, y éste no es más que un medio o instrumento, caduco y transitorio. Formar parte de ella no es sólo razón del individuo, sino también signo diferencial y título de honor y superioridad sobre los demás hombres. El disidente es un traidor, y el diferente, inferior y a la postre enemigo. Esta entidad colectiva se organiza en el Estado, y el Estado es Dios. Es el único sujeto de derechos, fuera del cual nadie tiene personalidad ni independencia, significado ni valor, nadie tiene un destino ni puede proponerse fines, ni, por ende, posee derechos. El dogma estatal en que se concreta la sustancia de la comunidad dicta y establece sin apelación lo efectivo, lo bueno y lo bello, lo que conviene y lo nefando. No es el Estado por sí para el individuo, sino el individuo por y para el Estado. "Todo es en el Estado y nada existe de humano o espiritual, ni mucho menos tiene valor, fuera del Estado", afirmó Mussolini. Y hasta tal extremo es así, que el propio personaje que, nimbado de todas las glorias, encarna o detenta la representación de esta entidad sustante, todopoderosa y terrible, y por inter-

medio del cual se expresa, no es, conceptualmente, más que un momento histórico de la vida del todo. Lo encarna, encabeza, rige, conduce, domina, pero no es algo aparte de él, sino su misma conciencia; dispone de la suma de poder en la sociedad, pero, en cuanto se encuentra alumbrado y como raptado por el dogma estatal en que se resumen y concretan los destinos de la comunidad y pretende realizarlo, y en la medida en que no se percata de que este dogma es obra de él o de sus colaboradores o servidores más cercanos, es un poseído, y su poder no es suyo, sino la fuerza o energía inmanente de la colectividad y todavía un medio para fines que sobrepasan a su persona, y como tal actúa siempre y hasta perece en ocasiones.

Este poder irresistible necesita también un *Derecho penal totalitario*, en el que: a) la ley punitiva no es igual para todos, ora por la existencia de ciertos delitos o de ciertas penas diferentes, ora por la diferencia en la ejecución de éstas, o por la diversa gravedad de un mismo delito, según se trate de un miembro de la entidad colectiva superior o de un extraño a ella; b) en vez de consignarse menudamente en los textos legales los delitos y las penas, como garantía de la certeza y la seguridad jurídicas y de la libertad individual, sin posibilidad, por parte del juez, de incriminar otras acciones ni de imponer otras punitivas fuera de las establecidas de antemano con carácter abstracto y general en la ley, importa sobre todo proteger acabadamente al Estado frente a cualquier ataque que pueda inferírsele, aunque no se haya previsto o fuera imprevisible en aquélla, concediendo a tal efecto amplio margen a la judicatura para castigarlo por analogía, o bien llegando en proyectos más radicales, pero no menos lógicos, a suprimir la parte especial de los códigos y dejando por consecuencia en absoluta libertad a los jueces para punir cualquier actividad que estimen atentatoria de los intereses colectivos, sin más limitación o freno que conformarse a la conciencia y el sentimiento popular, interpretado y manifestado por el jefe o conductor de la comunidad; c) no importa tanto la realización objetiva y externa del delito, como la voluntad e intención del delincuente, por lo cual no hay por qué distinguir ni respetar el fuero interno de los individuos y, en cambio, se pueden penar las ideas, las resoluciones simplemente exteriorizadas y los actos no más que preparatorios; d) la disidencia aparece como una traición a la entidad colectiva en cuya virtud y para cuyo servicio existe el individuo; e) la función punitiva no se centra en el concepto de delito como acto aislado del hombre (Derecho penal de actor), sino en el modo de ser de la persona (Derecho penal de autor), sea entendiéndolo en un sentido naturalista y concretándolo en la noción de peligrosidad (Rusia soviética y países sometidos a su influencia), sea concibiéndolo valorativamente y precisándolo en los denominados tipos normativos de autor (Alemania nazi y autores influidos por ella); f) el delito no es, básicamente, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino una violación del deber de fidelidad y obediencia al Estado; g) las penas son extremadamente fuertes y crueles, figurando a la cabeza la segregación y eliminación o expulsión de la comunidad, mediante la muerte o, a lo menos, el extrañamiento del territorio y la declaración de enemigo del Estado; h) son graduadas, no proporcionalmente a la gravedad objetiva del respectivo delito, sino a la significación subjetiva de su autor; e i) su fin es eminentemente expiatorio y defensorista de la comunidad y sus intereses. Además, respecto a la gravedad relativa de los delitos entre sí, a la inversa del proceder lógico en los ordenamientos liberales, en los cuales, por principio y salvadas las excepciones, son más graves los que atentan contra bienes jurídicos de interés predominante-

mente individual que los atentados contra bienes de interés meramente social, en los ordenamientos totalitarios se considera siempre más importantes los que atacan a la comunidad. Y, en último término, lo más característico y definitorio de la tesis penal totalitaria es el desconocimiento de lo humano en el diferente y, con ello, la destrucción de la voluntad de convivir²¹, lo cual, a su vez, destruye dos notas esenciales del Derecho: la personalidad y la alteridad²². Sin éstas, no pasa aquél de ser un dictado de la fuerza y un acto de imposición.

A pesar de que algún autor critica la noción de *Derecho penal autoritario*, porque, atendiendo al sentido en que se la suele emplear, entiende que "sólo puede definirse negativamente, es decir, como el que no presenta las características de un Derecho penal de Estado de derecho"²³, en lo que no carece de razón, pensamos que cabe darle un significado positivo y que conviene mantenerla para designar los ordenamientos punitivos propios de los regímenes y situaciones políticas de exacerbado poder personal o de grupos reducidos, y por lo mismo poco respetuosos de la personalidad individual, que no puedan, sin embargo, ser confundidas con las concepciones trascendentes ni las realidades agotadoras y absorbentes de los totalitarismos.

Desde luego, por no responder a un pensamiento coherente y bien afirmado, sino, con preferencia, a apetencias e intereses personales o de sectores muy particularizados, estas formas políticas no presentan los nítidos perfiles ni guardan entre sí la homogeneidad de los liberalismos ni de los totalitarismos. Opuestas, sin duda, a los primeros, tienen en común con los segundos la tendencia a acrecer el poder político, sin detenerse ante límites que garanticen la seguridad y la libertad individuales, y toman, sobre todo, de ellos determinadas formalidades, como el título o apelativo del jefe supremo, el partido único, la frecuencia en la celebración de congregaciones multitudinarias y cierta rigidez y uniformidad de tono castrense en las relaciones políticas, que, sin embargo, mientras en un auténtico totalitarismo constituyen la manera genuina de manifestarse realidades hondamente sentidas y arraigadas en la conciencia social, no representan aquí más que huera apariencias. Bajo tales formas, la comunidad no se siente ni actúa, trabada y unida, como sujeto de la vida pública y de la historia, sino que es una suma de individuos constreñidos por una mano inclemente, a veces voluble y a ratos paternal, y ella misma no se concibe integrada en ninguna entidad colectiva, sino como señora y providencia de los demás. El individuo, que en el liberalismo es ciudadano, pleno de significación y de derechos, y en los totalitarismos momento de un todo, omnipotente y dominador, apenas es en los regímenes autocráticos un súbdito. Obviamente, han de ofrecer éstos un aspecto de ruindad, sin la grandeza moral del liberalismo ni la espectacular grandiosidad totalitaria.

Por lo general, se trata de dictaduras, en el sentido moderno y usual del vocablo, tan impreciso y poco definido, a diferencia de su acepción clásica²⁴, lo

²¹ "No se trata de convivir, sino de someter. No se quiere convencer, sino esclavizar". RUIZ-FUNES, *Actualidad de la venganza*, Buenos Aires, 1944, p. 88.

²² Cfr. RUIZ-FUNES, *ibidem*, pp. 79 y 88.

²³ ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 222.

²⁴ En la Roma republicana; acepción que, sin embargo, no se pierde en la modernidad, como puede percibirse en ROUSSEAU, *El contrato social*, de 1762, libro cuarto, capítulo VI, y pervive en nuestros propios días, según se vio en la etapa transitoria que vivió Francia entre la IV y la V República y se confirma en el artículo 16 de la Constitución de ésta.

que hace que, pese a su contraposición originaria, pueda confundirse en la actualidad con las tiranías, y también con un concepto tan diverso de unas y otras como el del despotismo²⁵. Se implantan, o bien en abierta violación de la legitimidad y de los procedimientos democráticos, o, en algunas coyunturas, sirviéndose de ellos, pero en beligerante contradicción con el ideario y los principios de la democracia liberal. Y, de cualquier modo, significan situaciones de robustecimiento excesivo y excluyente del poder de dominación, en detrimento y casi hasta la desaparición del poder de autoridad.

El incremento de aquél se compagina mal con cualquier limitación, y, por tanto, aniquila, en la existencia de las instituciones o en la realidad de su funcionamiento, la división o separación de los poderes del Estado, ideada y organizada precisamente para su contrapeso mutuo y la salvaguardia de las libertades ciudadanas. Pierde así su independencia el Poder Judicial, y se propende a confundirlo con la función de la policía o a hacerlo su continuidad y coronación. Aparece cual sumo peligro cuanta actividad o manifestación pueda conectar a los individuos, darles cohesión e identificarlos en una causa o movimiento común frente al titular del poder, y de ahí se siguen el temor y la negación, en primer término, de las libertades de expresión, reunión y asociación. La discrepancia es ilegítima y la oposición perniciosa²⁶. Para prevenir las, para combatir las, tal vez, al comienzo, para imponerse; de todos modos, para mantenerse y perpetuarse, el poder requiere poder, la fuerza más fuerza, y por esta vía, si acaso no se empezó ya empavoreciendo a las gentes como medio de dominarlas, prestamente se llega al imperio del terror. Al cabo, lógico es que quien no recibió el poder en un acto de convicción y de confianza, desconfíe de las diferencias, deje vacar el intelecto y suma la acción política en los abismos insondables de lo irracional.

Tales regímenes proyectan sus rasgos sobre lo penal: a) respetando, por lo general, la subsistencia de los códigos anteriores y, con ellos, de la legalidad de los delitos y las penas, o bien modificando en dichos cuerpos sólo la materia que hace relación a los delitos contra el Estado y los gobernantes, o, a lo sumo, también otros sectores muy delimitados, en un sentido siempre defensivo y conservador, mediante la ampliación de los preceptos y la agravación de las sanciones; b) regulando, por lo común, en contrapartida, los delitos políticos, entendidos con gran latitud, así como cuantos puedan tener repercusión política o ser aptos para producir sensación de inseguridad o desorden en la sociedad, en leyes especiales de acusada amplitud y severidad, que en la descripción de las

Cfr. RIVACOBIA, *La V República de Francia*, en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", de Santa Fe, año XXI (3ª época), 1959, número 100, pp. 183-237, y año XXII (3ª época), 1960, números 103-104, pp. 79-121, y en "Foro de México", México, D.F., número CI, de agosto de 1961, pp. 27 y ss.

²⁵ Hace ya muchos años señalamos la imprecisión del lenguaje político y la equivocidad y el confusionismo con que se emplea indistintamente y se hacen a veces sinónimos los términos *dictadura*, *despotismo*, *totalitarismo* y *tiranía*, procurando a continuación perfilarlos y distinguirlos con alguna exactitud.

Cfr. RIVACOBIA, *Franco o el tirano. Ensayo de teoría política aplicada*, en "Umbral, Revista mensual de arte, letras y estudios sociales", de París, número 29, de mayo de 1964, pp. 4-6; número 30, de junio de 1964, pp. 16-17, y números 31-32, de julio y agosto de 1964, pp. 10-12. También *Esencia y futuro del liberalismo*, ya cit.

²⁶ Justamente a la inversa de lo que ocurre en cualquier régimen liberal, en que toda diferencia es legítima y la oposición necesaria.

infracciones se sirven de tipos abiertos, de extraordinaria vaguedad y alcance y, por consiguiente, de ninguna precisión, y que establecen amenazas penales de desmedida extensión, con enorme distancia y diferencia entre sus límites mínimo y máximo, amén de dárseles en ocasiones efectos retroactivos, todo lo cual las hace en la realidad violatorias del principio legalista; c) encomendando, por lo habitual, la aplicación de estas leyes a tribunales especiales y, a menudo, a la jurisdicción militar, lo que refuerza aun su temibilidad; d) instituyendo, con frecuencia, para hacerlas efectivas, procedimientos especiales de urgencia, que acortan plazos y abrevian trámites, o los ahorran²⁷, con lo que se logra castigar los delitos antes de que desaparezca o disminuya la reacción emocional que puedan haber provocado, pero aumentan proporcionalmente las probabilidades de error judicial, y, en definitiva, se reduce todavía más la seguridad del encarado; e) privando, en muchas ocasiones, a los procesados o condenados por ellas, de los beneficios de la libertad provisional, la condena y la libertad condicionales, y otros análogos; f) creando, con profusión, delitos de mera desobediencia, esto es, que no vulneran bienes jurídicos, sino que simplemente contravienen órdenes o exigencias de la autoridad; g) atentando innumerables veces contra el principio de culpabilidad e incluso contra la realidad de los hechos, por la proliferación de las presunciones; h) favoreciendo la soplonería y la delación, sea por considerar delictuosa la omisión de denuncia por parte de cuantos tengan conocimiento cierto o verosímil de determinadas actividades y establecer así una inusitada obligación de denunciar, sea por eximir o atenuar la responsabilidad criminal de quienes hayan intervenido en actuaciones delictivas que luego denuncian, con las inevitables consecuencias, en uno y otro caso, de fomentar las amenazas y extorsiones y debilitar la integridad ciudadana y la seguridad individual²⁸; i) puniendo en los delitos de significación política, y a veces también en otros o en todos, las resoluciones manifestadas y los actos preparatorios, sin necesidad de que se haya dado comienzo a su perpetración, y parificando en muchos de ellos el castigo de las formas imperfectas de ejecución con el de la consumación y el de los partícipes secundarios con el de los autores; j) promulgando, en algunas oportunidades, amnistías al revés, no las que comúnmente dan los poderes públicos a quienes se han alzado contra ellos, como medio de borrar las consecuencias de conmociones pasadas y echar las bases para la convivencia pacífica en lo futuro, sino destinadas, de modo expreso o por una habilidosa manipulación de las circunstancias, a aprovechar tan sólo a los partidarios o servidores del gobierno y asegurarles la impunidad en el porvenir por cuantas fechorías hayan cometido; k) agravando inmisericordemente las penalidades, sin proporción, muchas veces, con la entidad de los

²⁷ Como si, por una mayor necesidad o empeño, en la sociedad, de defenderse, debiera remitir el interés del Estado en la cuidadosa y fiel averiguación de las actividades delictivas. "Pero tal cosa no es cierta. Si se quiere en otros términos: un Derecho penal más *autoritario* no supone en modo alguno un proceso penal menos *liberal*". Incluso puede afirmarse que cuanto mayor sea la severidad y amplitud de la injerencia de la colectividad a través del Derecho penal en la esfera de los derechos de los individuos, mayor ha de ser el interés público en la escrupulosa comprobación de la necesidad *concreta* de tal injerencia". GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal*, 3ª ed., 2 vols., Madrid, 1951, tomo II, p. 17.

²⁸ De nada parece haber servido para tal tendencia el odioso recuerdo de los *sicofantes* antiguos, cuyas "extorsiones llegaron a constituir bien pronto una de las plagas de la vida pública ateniense". Th. ZIELINSKI, *Historia de la civilización antigua*, trad. de Carlos Pereyra, Madrid, 1934, p. 89. Véase también p. 161.

delitos respectivos, y l) proponiéndose con ellas un fin de mera intimidación, o sea, convirtiéndolas en armas del terror²⁹, que petrifica a los hombres³⁰ y preserva así el poder.

Campean en estos trazos una pequeñez y un oportunismo evidentes. Los regímenes autocráticos no se proponen tanto la constitución de un Derecho criminal internamente armonioso y acorde en su conjunto con ellos, cuanto la utilización de ciertas parcelas de lo penal para el acrecimiento de su propia fuerza, de su propio poder. Ahora bien, si se tiene presente que la mentalidad autoritaria centra en sí el mundo y pretende someterlo al imperio de su voluntad³¹, se colegirá que no puede captar en el fenómeno jurídico más que el aspecto de compulsión, y, si se piensa que en el Derecho se ennoblece la fuerza por elevarla a la categoría de medio para cumplir sus prescripciones en orden a determinados fines, se verá que el autoritarismo acaba desnaturalizando la noción misma de Derecho.

Pero los ordenamientos penales autoritarios no son deleznable sólo en cuanto al fondo. Al contrario, suelen adolecer también de gravísimos defectos de técnica. Cabe observar algunos en los propios puntos que quedan anotados, en los cuales los hay que se refieren a disposiciones cuyo contenido puede terminar por burlar la intención que las anima, surtiendo efectos quizá opuestos a los que se busca y no siendo difícil que, lejos de evitar delitos y proteger el poder, se constituyan en factores criminógenos y estimulen o encarnicen la lucha contra él. De esta suerte, la privación de elementales garantías y beneficios corrobora la razón y la justicia de una causa que se opone a tales tratos y combate por la seguridad y la humanidad; la equiparación, en su castigo, de los partícipes secundarios y de los verdaderos autores puede hacer que quien acaso se hubiera limitado a prestar un auxilio se lance a actividades más plenas, y es posible que la desproporcionada severidad de las sanciones impida a las gentes denunciar ciertos delitos e impela a los jueces a inventar subterfugios para no imponer en todo su rigor la ley, o, más sencillo, a dejarla sin aplicación, simpatizando y solidarizándose, callada u ostensiblemente, con los rebeldes, y concluyendo la extremada dureza y el indiscriminado terror penal en una absoluta inanidad. Y es que, sabedores de que la conciencia de nuestro tiempo no entiende ni consiente la ley, sino como expresión normativa de estados de opinión mayoritarios, por lo que reclama su generación democrática, ni la admite sino en cuanto respeta la libertad y la dignidad del hombre, y, por tanto, el derecho a la disidencia, esto es, en cuanto se inspira en los principios liberales, los auténticos juristas rehúsan o eluden su colaboración con los gobiernos rudamente autoritarios, que, así, sólo pueden disponer de entendimientos débiles y voluntades plegadizas, que en otras circunstancias no habrían sido llamadas ni admitidas a los altos asesoramientos legislativos.

Avanzando en estos problemas, nos resistimos a admitir el concepto de *Derecho penal socialista*, no obstante la extendida y autorizada opinión que lo patrocina³², porque el socialismo no es ninguna categoría política, sino una

²⁹ Creándolo, aumentándolo, difundiendo.

³⁰ Literalmente, los aterra, esto es, les hace tierra. Cfr. EMILIO MIRA Y LÓPEZ, *Cuatro gigantes del alma*, Buenos Aires, 1954, pp. 61-62.

³¹ *Hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*. JUVENAL, *Satyrae*, VI, 223.

³² Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, tomo II, cit., pp. 201-213, y bibliografía reseñada en las pp. 201-203 y 210.

doctrina y un régimen acerca de la propiedad, y, si se quiere, en sentido más concreto y restringido, acerca de la propiedad de los bienes o medios de producción, que, como tal, no se opone a teorías ni a formas políticas y puede verse y realizarse en ordenamientos de libertad, de crudo autoritarismo o francamente totalitarios. Párese mientes en el socialismo democrático, acucioso de las libertades individuales, que preconizan muchos pensadores y partidos políticos y en el cual viven ciertos países europeos, y, por la inversa, en el socialismo totalitario de los soviéticos. A lo que se contraponen el socialismo es a la propiedad privada de dichos bienes, que en el proceso general de acumulación y concentración característico del mundo moderno, y, sobre todo, en cuanto a la riqueza, ha dado lugar al capitalismo, el cual, a su vez, tanto puede canalizarse³³ en un régimen de libertad, cuanto florecer en sus formas monopolistas más extremas dentro del totalitarismo; y, mientras que de lo primero no hace falta poner ejemplos, conviene recordar, tocante a lo segundo, el caso bien significativo, que no es único, de la Alemania nazi³⁴. Mal puede, pues, desde el punto de vista de una concepción y de una organización política, troquelar una orientación ni un ordenamiento penal.

Luego de este análisis, en el cual hemos preferido mantenernos en el plano de las ideas abstractas a examinar sus concreciones y realizaciones históricas, sin perder por ello de vista éstas, se comprenderá el pensamiento de Del Rosal, cuando dice: "La norma penal transfiere nítidamente los perfiles y contornos de las *concepciones políticosociales*"³⁵; y, en particular, la conocida y magnífica frase de Bettiol, rebotante de significado: "*El Derecho penal es una política*"^{36, 37}.

³³ Acaso con algunas limitaciones, pero sin perder nada de su esencia.

³⁴ Donde no debe inducir a error el calificativo, con valor no más que demagógico, de *nacionalsocialista* que daba a su régimen.

³⁵ *Op. cit.*, p. 196. La bastardilla, suya.

³⁶ *El problema penale*, cit., p. 32. La cursiva, también del autor. (Después de terminado el presente artículo, e incluso entregado para su publicación, ha aparecido la traducción castellana de este libro, por José Luis DALBORA, con Prólogo mío, en Buenos Aires, Hammurabi, 1995).

³⁷ Una utilización o empleo de las tesis desarrolladas en este estudio para una cuestión concreta, aunque capital, del Derecho punitivo, en nuestros libros *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, 1993, pp. 32-43 y 71-73, y *La retribución penal*, Santiago de Chile, 1995, pp. 37-40.