

LA RACIONALIDAD, EL DERECHO PENAL Y EL PODER DE CASTIGAR: LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO*

Prof. Dr. Juarez Tavares

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro

RESUMEN: La presente ponencia, se realizó en el Congreso Internacional de Política Criminal, en San José de Costa Rica, el día 21 de marzo del año 2012. La disertación trata el tema de la racionalidad en el Derecho Penal. Primeramente se exponen algunos postulados generales sobre la racionalidad jurídica y los problemas que esto puede presentar, para luego analizar la hipotética racionalización del Derecho Penal que tanto en la figura del legislador como del jurista busca justificar sus actitudes para alcanzar la legitimación y así una forma de racionalizar el discurso.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, racionalidad, política moral, postulados hegelianos, postulados neopragmáticos.

ABSTRACT: This presentation was held at the International Congress of Criminal Policy in San Jose, Costa Rica, on 21 March 2012. The dissertation addresses the issue of rationality in criminal law. First some general assumptions are set on the legal rationale, and then exposed some of the problems it may present. In a second stage, we analyze the hypothetical rationalization of criminal law, that in the

*El profesor Juarez Tavares disertó sobre este tema el día 21 de marzo del año 2012, en el I Congreso Internacional de Política Criminal, organizado por la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y por el Colegio de Abogados de Costa Rica.

figure of both the legislator and the jurist, seeks to justify their attitudes as a form to achieve legitimacy and thus a way to streamline the speech.

KEYWORDS: Criminal Law, rationality, moral politics, Hegelian postulates, neopragmatic postulates.

Fecha de recepción: 2 de junio de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de junio de 2012.

INTRODUCCIÓN:

Normalmente, cuando se habla de racionalización se pretende expresar alguna cosa que se presente como moralmente aceptable, en el ámbito práctico, de acuerdo con un modelo que corresponda a determinados principios que suelen ser acogidos como si fueran principios universales. Esta intercesión de la moral y del entendimiento, en el sentido de hacer de nuestras convicciones occidentales y cristianas, hundidas en el suceder de nuestra historia, el camino adecuado a orientar nuestras acciones, es, realmente, un tema antiguo de la filosofía política y del derecho. Aunque se afirme la autonomía del derecho frente a la moral, esta última será siempre invocada para sedimentar lo que pretendemos instituir como valor, poco importa si limitando el ámbito de la norma jurídica o ampliando su contenido para abarcar situaciones que no estén allí previstas.

Si lanzamos nuestra vista a la evolución del derecho penal, podemos sentir como se va materializando su estructura para ajustarse a las proposiciones de la moral política, desde su identificación con los designios de la comunidad primitiva hasta su reciente elaboración preventiva más radical, que se expresa en el proceso de exclusión de aquellos que no se agreguen al perfil de la sociedad globalizada. También aquellos, como Kant, que lo han buscado fundamentar bajo

el prisma de un deber universal, aparentemente sin preconceptos o finalidades políticas, no han podido alejarse de su vinculación a los propósitos del Estado. El propio Kant lo admite, al enunciar expresamente en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres que la “ley penal es un imperativo categórico”, lo que significa que el proceso de racionalización debe resumirse a lo que fue producido por el legislador político.

La discusión sobre la racionalización o racionalidad del derecho penal pasa, por lo tanto, por la solución que se pueda dar a esa interferencia de la moral política sobre la formulación de sus normas e de sus postulados; primeramente, buscando desmitificar el disfraz con que la teoría jurídica se adorna para encubrir aquella interferencia; después, confrontándola con los preceptos de garantía de la persona humana, única entidad que debe ser vista como el centro de convergencia de todo el orden jurídico.

EL CONCEPTO DE RACIONALIDAD

No es fácil trazar elementos definidores de lo que se deba entender por “racionalidad” o “racionalización”. Podríamos desde luego establecer una diferenciación entre la racionalidad como “reine theoretische Vernunft”, como razón teórica, que está asociada al entendimiento, como lo hizo Kant en la “Crítica de la razón pura”, de la racionalidad como justificación de conducta, como se propone en la “Crítica de la razón práctica”. Pero parece que esta diferenciación no se presta mucho a nuestro propósito, porque no dilucida como se puede establecer una racionalidad al derecho penal sin caer en un juicio ético. La cuestión de la relación entre ética y conducta, que viene desde Aristóteles y que ha impregnado mucho el espíritu de los finalistas, que la han aplicado al derecho, bajo un presupuesto ontológico, no está todavía muy clara. La primera gran dificultad resulta justo de determinar cómo se puede racionalizar un determinado instituto o una forma de entender la conducta bajo un juicio de justificación. ¿Sería posible racionalizar alguna cosa tan solo por medio de una definición de

racionalidad o de razón? Consultando, por ejemplo, el clásico diccionario de filosofía editado por el renombrado Felix Meiner, fundado por Kirschner y Michaëlis, y coordinado por Hoffmeister, Regenbogen y Meyer se puede ver que por “racionalidad” se designa a la capacidad de elección de medios para alcanzar fines mejores, o sea, según una proposición aristotélica de que será razonable una conducta cuando sus fines se identifiquen con lo bueno. Ya por “racionalización” se asignan cuatro acepciones: la primera, sobre la reducción de una descripción de la realidad a algunos pocos principios del conocimiento; la segunda, correspondiente a los procedimientos organizacionales y tecnológicos de Taylor, se refiere a la manifestación finalista del proceso de trabajo hacia el aumento de la producción y la disminución de los costos, por medio de la mejoría técnica y de la intensidad de su empleo; la tercera, elaborada para la psicología, corresponde a la justificación o a la explicación de una actividad, de un sentimiento o de un pensamiento por medio de coacciones preexistentes o de necesidades internas, que por censura no son confesados por el sujeto; la cuarta, devenida de la sociología de Max Weber, expresada en su célebre *Wirtschaft und Gesellschaft*, en 1922, se relaciona a los principios de una acción estratégica en la moderna sociedad capitalista. A esas cuatro acepciones allí consignadas podríamos añadir una quinta racionalización, la discursiva, como aquella desarrollada por Habermas, que en su Teoría de la Acción Comunicativa busca distinguir entre la racionalidad de una acción estratégica, que es usada por la persona para alcanzar sus propios fines, y la racionalidad del proceso de comunicación, que sin conllevar los fines, que representarían el eslabón de un proceso de costo (acción) y beneficio (resultado), se centraliza en el reconocimiento de la autonomía del actuar frente al entendimiento mutuo con los otros. Para Habermas, no el lenguaje por sí mismo, sino el uso comunicativo de expresiones lingüísticas es lo propio de una racionalidad substancial.

Parece, pues, que la decisión sobre un concepto de racionalización para el derecho penal conduce a una crisis de entendimiento. ¿Será racional la norma penal que exprese la realidad? ¿Será racional aquella que corresponda al

procedimiento técnico-organizativo? ¿O aquella que se ajuste a los sentimientos no confesados de sus destinatarios? ¿O aún aquella que sirve de instrumento para la obtención de fines políticos preestablecidos? ¿O finalmente la que sea fruto de un consenso, frente a la necesidad de conllevar la relación dialógica? Todas esas cuestiones son puestas en la mesa de discusión, alternativamente, por nuestros políticos, nuestros juristas, nuestros medios de comunicación y por los lectores de nuestros periódicos que se manifiestan en las secciones de cartas.

Claro que no se puede trabajar, inicialmente, con el concepto que vincula norma penal y realidad. Aunque algunos sectores políticos se alucinen con lo que llaman de realidad de los hechos, queriendo extraer de ella la necesidad de la elaboración normativa, como si el hecho engendrara la norma, o mejor, como si la norma no fuera más que el propio hecho expresado en el lenguaje, es preciso alertar que el más confiable empirista, que fue David Hume, ha siempre señalado que la constatación del hecho constituye el fuente imprescindible del proceso de conocimiento, pero nunca el motivo o el fundamento de una norma moral, que se debe orientar por juicios de valor, no siempre justificados por los hechos.

Es también importante recordar que la propia aprehensión del hecho no está libre de preconcepciones, de prejuicios, de códigos de conducta internalizados en el legislador o en el juez, y en otras personas que actúen en el ámbito jurídico, lo que conduce a imprecisiones bien marcadas. Eso es tan obvio que podríamos pasar por arriba de su demostración, pero sólo para no dejar dudas, será oportuno reproducir aquí las palabras de un importante filósofo de la ciencia, Paul Feyerabend:

“Empero el material que un científico realmente dispone, sus leyes, sus resultados experimentales, sus técnicas matemáticas, sus preconcepciones epistemológicas, su actitud respecto a las consecuencias absurdas de las teorías que acepta son, de muchas formas, indeterminados, ambiguos, y nunca están enteramente separados de su contexto histórico”.

Pretender, pues, que el conocimiento de la realidad o de los hechos, como se afirma, implique, como si fuera una necesidad, la formulación de normas es una falacia argumentativa, que tampoco el más ortodoxo mecanicista podría admitir. Los hechos, además de que son aprehensibles directamente, están constantemente en mutación y quedan en la dependencia de conjeturas y factores de la propia vida en su desarrollo a través de los tiempos. Ya bien antes, un antiguo militante político, que fue Lenin, había consignado también en su famosa crítica al izquierdismo, como enfermedad infantil del comunismo, que:

“La historia, en general, y la historia de las revoluciones, en particular, es siempre más rica en contenido, más variada, más multiforme, más viva y más astuta de lo que imaginan los mejores partidos, las vanguardias con mayor consciencia de clase de las clases más avanzadas”.

Podríamos añadir: la historia es mucho más ilustrativa que el mejor jurista o el mejor legislador podría suponer.

También crítica es la concepción de una racionalidad como expresión de un procedimiento organizativo. Ese sería un ideal de la sociedad capitalista expansionista, que jamás se puede concretizar, hasta porque es inconcebible identificar una sociedad a una fábrica. El proyecto de una racionalización del trabajo, si pudo reflejar, con más grande eficiencia, el proceso de producción industrial, también se ha constituido en una forma de enajenación intensiva del obrero. Tampoco la más bien articulada organización fue capaz de impedir o de minorar los efectos de la sumisión de los excluidos al poder capitalista. Además, con la decadencia del sistema de producción en Estados Unidos y su traslado a países asiáticos, es difícil imaginar que ese proyecto pueda representar principios universales de racionalidad. Es verdad que, a pesar de eso, algunos importantes criminólogos han tratado la pena, en cuanto a su sentido y finalidad, en función del concepto de fábrica, pero eso no implica que se busque ahí su racionalidad. Al revés, lo que se busca es mostrar su irracionalidad, porque está anclada justamente en el sistema organizativo de la fábrica. De modo más claro se

establece ahora que la sociedad por entero está acoplada a la empresa, pero eso tampoco dilucida da cuestión de la racionalidad.

Por cierto, la norma penal tiene como punto de referencia, muchas veces, la estructura psicológica de sus destinatarios. Si la psicología ha buscado una racionalidad por medio del descubrimiento de los impulsos ocultos del sujeto, para poder entender, la justicia penal ha transformado ese desiderátum. No es novedad como esa referencia es acentuada, indecorosamente, por el poder judicial, con sus estribillos y expresiones propios, por ejemplo, de la “personalidad hacia al delito”, del “sujeto peligroso”, del “criminal sin recuperación”, etc. Esa forma de racionalizar el proceso de condena, que se expresa en la sentencia, es también el reconocimiento de un perfil psicológico de la norma, que no está dirigido a la protección del sujeto, sino tomado únicamente como instrumento más eficaz de manifestación del poder punitivo. Sin embargo, se podrá, quizás, rescatar el perfil psicológico, como lo hace Dirk Fabricius, para decir que si la culpabilidad debe estar basada en el sentimiento de la mala conciencia (*schlechtes Gewissen*), la pena solo tendría sentido si pudiera servir de superación de ese sentimiento. Pero, si ese sentimiento no puede ser superado por la represión, sino solo por el proceso de comprensión o incluso por la tolerancia, sería muy difícil legitimar psicológicamente la pena; la racionalidad de esa concepción psicológica solo podrá caminar hacia la deslegitimación completa de cualquiera sanción penal, aunque no implique una simple privación de libertad. Captando esa consecuencia, Dirk Fabricius ha aceptado que la pena no tiene psicológicamente un sentido positivo, sino induce cada vez más intensamente a la destrucción del sujeto. En esos términos, sería ella irracional, como sería irracional el derecho penal que la incorpora como su elemento esencial. Esa irracionalidad de la pena ha conducido Fabricius a declarar que un Estado para ser verdaderamente democrático debe de ella prescindir.

Lo que vemos en la sociedad actual es, realmente, una búsqueda incesante por una racionalidad orientada a las consecuencias. Tenía razón, pues, Max Weber al formular su concepto de acción estratégica. La acción estratégica no es

sólo la conducta individualizada de una persona frente a las exigencias normativas, es también la conducta de las propias autoridades o de aquellos que las representan ideológicamente. Eso está muy nítido en dos secuencias de manifestaciones. La primera, de los legisladores, corresponde a las justificativas de la edición normativa bajo el argumento de sus finalidades protectoras, como categoría política vinculada a un juicio de conveniencia. A medida que el legislador incorpora las manifestaciones de la opinión publicada y hace de esas manifestaciones el fundamento de su actuación, transforma la conveniencia política de esa actuación en edición normativa, como resultado del sentimiento común. La llamada racionalidad, por lo tanto, en ese ámbito, no pasa de un instrumental de justificación de la actuación centrada en la conveniencia, como si fuera la expresión de un sentimiento común en búsqueda de justicia. La segunda manifestación, aquella que corresponde a los juristas, se racionaliza frente a la argumentación destinada a legitimar la actuación política, transformada normativamente. La norma sigue no como producto del legislador, sino como medio de contención de disturbios, justificada bajo el argumento de la protección de bienes jurídicos. Empero bienes jurídicos no existen como entidad ontológica. Son especulaciones sedimentadas de intereses variados, que, si pueden, por un lado, incluir valores auténticos de las personas, como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio personal y el honor, de otro lado, solo expresan referencias generales a situaciones, modos y medios, sentimientos morales y objetivos políticos, solo identificados después de una larga y madura reflexión. A pesar de eso, los juristas se encargan de racionalizar esas referencias o relaciones, identificándolas como bienes jurídicos, para legitimar la vigencia de la norma de incriminación, siempre bajo el argumento de su finalidad protectora. Son muy comunes en los manuales esas justificaciones, por ejemplo, de afirmar como bienes jurídicos la “fidelidad”, la “solidaridad”, el “sentimiento”, la moralidad, la “estabilidad”, o el “control” y otras situaciones semejantes. Se puede ver que la racionalidad de la relación medio y fin, que podría, incluso, legitimar la actuación del poder punitivo como un recurso de defensa de la persona, no pasa de una secuencia de argumentos, todos ellos orientados a sedimentar, por medio de la

creación de juicios propios y sin el respaldo de elementos sustanciales relacionados a la persona, lo que ya estaba configurado políticamente por el legislador. La racionalidad es, por lo tanto, bajo ese aspecto, no más que el enmascaramiento de lo político.

Resta, por fin, enfrentar la cuestión del consenso. Podemos decir que un argumento que se proyecte sobre los destinos de la persona humana es apto a resistir un juicio de racionalidad. Eso parece ser, efectivamente, el marco esencial de cualquier procedimiento correcto. Una conducta solo tendría sentido si pudiera ser tomada en función de los otros. Esa puede ser, quizás, una gran contribución de la teoría de la acción comunicativa, a medida que se libera de la relación medio y fin, que expresaría, bajo otra ropa, una vieja aspiración positivista. En un mundo poblado como el nuestro, es inconcebible que los enunciados sean formulados mecánicamente según las consecuencias. El problema no está, empero, exactamente en ese argumento., porque todo el proceso de imputación está orientado por los resultados. Pero la relación entre medio y fin no es suficiente para explicar las particularidades de la conducta. Todos están de acuerdo que una conducta es una forma de comunicación y que sin comunicación no podrá haber sociedad. Eso implica considerar que cualquiera conducta solo será relevante si puede ser enunciada como un acto de voluntad vinculado a objetos o normas de referencia. Pero, la pregunta fundamental que de ahí debe derivar se funda en lo siguiente: ¿cómo es posible que el sujeto se oriente por normas de cuya elaboración no ha participado? Habermas busca solucionar ese problema argumentando que eso solo sería posible por medio de un consenso, obtenido conforme a los requisitos para el enunciado de un discurso ideal, o sea, de que todos los participantes tengan las mismas chances y que deban tener también chances iguales de formular críticas al discurso (las conocidas reglas triviales); también que todos los participantes deban tener chances iguales para expresar sus actitudes, sentimientos e intenciones y, finalmente, que solo puedan ser admitidos al discurso aquellos que tengan las mismas chances como actores para dar órdenes y contestar, permitir y prohibir (las conocidas reglas no triviales). Por

esos supuestos, un diálogo sobre cuestiones de valor entre el señor y el esclavo violaría las condiciones ideales del discurso y su procedimiento no podría ser considerado racional. Podemos admitir que esas son condiciones para un discurso racional, pero para eso será indispensable que todos los participantes sean puestos en situación igual en la vida práctica. Un discurso racional de ese orden, evidentemente, no existe. Como dice Tugendhat, podemos, claro, presuponer una determinada regla racional como condición para discursos en general, o sea, tanto para los legisladores, como para los particulares, pero, entonces, debemos concordar que esa regla debe ser también igualitaria. Si, pues, partimos de que los resultados obtenidos por tal procedimiento sean racionales, se llega a una circularidad: la razón sería establecida por las condiciones ideales de habla, esto es, serán racionales los resultados que advienen de un discurso igualitario y serán racionales los discursos que conduzcan a resultados igualitarios. Si eso sucede, regresamos al viejo postulado kantiano de la universalidad formal y nada más nos resta que apelar al imperativo categórico como fundamento de la racionalidad, que es un imperativo ético.

Estamos, pues, respecto al concepto de racionalidad y de racionalización, frente a un callejón sin salida: o establecemos una base democrática igualitaria, que en la práctica no existe, para de ahí extraer preceptos racionales de criminalización, teniendo como presupuesto el consenso de todos los participantes, o acogemos la formulación kantiana, que nos deberá conducir al camino extraño de la absoluta proporcionalidad entre delito y pena, como consecuencia de un criterio de justicia fundado en la retribución. Si accedemos al postulado kantiano, debemos justificar, empero, como será posible en un Estado comprometido con la protección de la persona humana la manutención de una consecuencia jurídica sin finalidad, como consecuencia de puro juicio formal. Se podría también perseguir un camino de absoluta negación o incluso de un puro escepticismo, pero, entonces, no habría necesidad de una discusión sobre la racionalidad. Vemos, entonces, que el camino para una racionalización del

derecho penal está muy complicado y no es un caminito amigo, como dice el tango.

LA HIPOTÉTICA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Cuando los postulados de la llamada racionalidad son aplicados o extendidos al derecho penal, lo que vemos, en primer plano, es la tendencia a legitimar la incriminación en función de sus efectos, quiere decir, el derecho penal estuvo siempre asociado a una relación de medio y fin, tanto en la constitución de sus normas (medio) y de las consecuencias por su infracción (pena), como en la propia estructura de lo que se quiere caracterizar como conducta prohibida y punible. Las variadas teorías sobre la conducta, desde la concepción causal hasta los enunciados funcionales, pasando por el finalismo y otros conceptos, pueden dar una muestra segura de como el jurista ha siempre encarado la realidad, que quiere retratar, como si fuera un enunciado lineal. Esa es la concepción que anima la política criminal y la dogmática penal. No hay, por lo tanto, una línea divisoria demarcada entre la actuación del legislador y aquella del jurista. Ambos – el legislador y el jurista – parten de los mismos presupuestos metodológicos y ambos se nutren de los mismos ideales. Pueden variar algunas perspectivas: el legislador puede ser autoritario, oportunista o populista y por eso quiere imponer normas de conformidad con su ideología, y puede ser liberal, lo que es hoy muy raro, pero posible, que quiere utilizar la pena al mínimo; y el jurista puede ser liberal, que quiere limitar el poder, o puede ser también oportunista o incluso autoritario. Esas ideologías pueden o no coincidir. De cualquier modo, tanto el jurista liberal como el legislador autoritario buscan una justificación para sus actitudes y por lo tanto una forma de racionalizar su discurso penal.

Para enfrentar una vez más la cuestión de la racionalización, podemos ver como se proyecta hoy una nueva fórmula de legitimación de la pena y del derecho penal, según los presupuestos de una reinterpretación de los postulados hegelianos y neopragmáticos.

En el ámbito de la filosofía y del derecho suele ser invocado el conocido y siempre repetido postulado de Hegel de que la pena es la negación de la negación, o sea, si el delito es la negación del derecho, la pena, al negar el delito, es reafirmación del derecho. Con esta simple argumentación se quiere legitimar todo el aparato represivo del Estado. Pero parece que tenemos que atender aquí a algunos supuestos que escapan a la argumentación jurídica. Debemos decir, antes que nada, que todo proceso dialéctico, para no caer en una pura ecuación lógica, debe suponer que eso solo tiene sentido si aplicado a la persona que posee "voluntades". Si pudiéramos atribuir al sujeto el status de persona racionalmente libre, observaríamos una coincidencia entre lo que él quiere para sí (voluntad particular) y lo que él quiere para los otros (voluntad general). El delito es una disociación entre el particular y el general: lo que quiero hacer no es lo que quiero que los otros lo hagan. Por eso, la voluntad particular del criminal niega la voluntad general. La pena, cualquier que sea, debe corresponder a la propia voluntad general del sujeto, por eso no puede ser impuesta unilateralmente, incluso porque sería un mecanismo de auto-reconciliación. Como tal, sería una forma de demostrar que esa disociación (el delito) es irracional, que es la negación de la legitimidad de la voluntad particular. Cuando el autor niega la prevalencia de su voluntad particular, se restaura la armonía entre el particular y el universal que es por él quebrantada. Hegel afirma que si el criminal es una personalidad libre y comparte con los otros un espacio ético común, su propia voluntad general va manifestarse en el sentido de que la voluntad particular disidente sea anulada. La pena sería, entonces, una forma de reconocimiento de su propia libertad. Pero, no toda disociación será un delito: el sujeto puede intentar hacer valer su voluntad recorriendo a un procedimiento dialéctico. De no ser así, el derecho penal no sería pasible de actualización. El problema para Hegel es cuando impongo mi voluntad particular de forma unilateral, porque eso resulta en no reconocer la libertad y la personalidad de otros y también mi propia libertad y personalidad.

La tesis de Hegel sobre la pena solo puede ser entendida en el contexto por él mismo propuesto; es frente a eso que podemos problematizar su legitimidad

práctica. Se puede, entonces, decir, en ese contexto, que la actualización es siempre dialécticamente posible. Pero, ese contexto supone un autor racional, o sea, un autor que actúe con autonomía; si el autor no es libre, no puede sufrir la pena, porque no puede con ella concordar. Pero la pena es siempre un sufrimiento y sus efectos perduran para siempre, aunque sea solo una pena restrictiva de derechos y no una pena de privación de libertad. Los efectos etiquetados no pueden ser quitados; el desajuste social, el deshonor, la mácula, todo eso persiste, lo que conduce a afirmarse que el criminal nunca está de acuerdo con su pena, porque eso está en desacuerdo con la estructura de su personalidad y, pues, de su formación psíquica, aunque no lo diga o que, por engaño, lo admita. Fabricius ha demostrado como el criminal más brutal tiene conservada su conciencia respecto a lo personal. Citando el famoso juicio de Eichmann, pudo observar como este se mantiene impasible frente a las acusaciones de exterminio, de genocidio, de torturas, etc., que se le hace el fiscal, pero que se perturba y se enrojece, cuando el juez le ordena que se ponga de pié mientras él le dirige la palabra; la determinación judicial le suena como una humillación; él podría soportar las acusaciones graves porque creía que todo estaba justificado, pero no aceptaría la humillación, de ahí que se enrojece, se siente apocado, justo por lo que es más evidente con la imposición de pena: sus efectos secundarios permanentes. En tiempos más recientes se ha buscado una recuperación de Hegel, principalmente por Michael Quante, Dieter Heinrich, Robert Pippin, Pirmin Stekeler-Weithofer, Ludwig Siep y otros, quienes quieren rescatar su contenido democrático no idealista. De acuerdo con esta nueva comprensión no se puede aplicar la tesis de Hegel sin una consideración del contexto; no se podrá legitimar el castigo mediante una operación simplemente lógica, de que la pena sería una herramienta de reconciliación del criminal consigo mismo, sino solo cuando el sujeto pueda actuar con plena autonomía y, pues, con personalidad. Entonces, parece que la racionalidad hegeliana, una vez que sea conducida a sus extremos, debe llegar, por fin, a la conclusión de que la pena, como nunca se podrá obtener una situación perfecta que asegure al sujeto actualizar su personalidad con autonomía, sería irracional.

Ya una vertiente neopragmática amplía la razón hegeliana, sosteniendo que la racionalidad es ejercida por medio de la producción y articulación de inferencias materiales en las prácticas sociales. El procedimiento de inferencia conlleva un espectro más grande de elementos relevantes: contexto, intenciones, ideologías, creencias; todo eso está contenido en las acciones. La racionalidad será, entonces, entendida como una capacidad de actuar hacia los fines, los cuales sufren un proceso de justificación frente al otro; este otro puede pedir al autor que le ofrezca las razones de su actuar; la racionalidad sería una actividad de elección de medios adecuados, de los cálculos y que tiene por objetivo la eficiencia. Los pragmatistas, aunque presenten muchas semejanzas con el finalismo y con las proposiciones de Max Weber, las niegan, porque entienden que los cálculos que se hacen sobre los efectos de la conducta son delimitados por coordenadas de espacio, tiempo, contexto, intención, etc., en suma, son materialmente dependientes y evaluados, no serían cálculos utilitaristas. Todo eso también en torno a un carácter contingente de verdad y a la dimensión ético-social de la persona. Si la racionalidad está en la dependencia de principios, como quiere, por ejemplo, Brandom, y que eso implica que el afectado por la acción puede pedir siempre explicaciones sobre las razones del actuar, se condiciona también a una pretensión de validez. Una acción solo es racional si se impone como pretensión de validez, evaluada por el contexto ético-cultural.

Del mismo modo de lo que ocurre con Hegel, la racionalidad no puede ser obtenida por simple criterio lógico, sino está condicionada al contexto, porque las propiedades formales de inferencia son derivadas y deben ser explicadas en términos de propiedades materiales. El problema está en cómo legitimar la acción de castigar frente a un contexto en que los condicionantes éticos no son acordados por todos los afectados. Y esos no pueden acordar con esos condicionantes, cuando impliquen su desgracia social y psicológica, que están presentes en la pena. El contexto de que tratan los pragmatistas no abarca los condicionantes psicológicos de la pena, que tienen también una carga simbólica para el propio condenado y están más allá de las llamadas propiedades

materiales, porque penetran profundamente en la formación psíquica del autor. Aunque se pudiera decir que la oferta al afectado para que enuncie sus razones está en la base del sistema pragmático y que si el sistema dominante elimina la posición de ese afectado de pronunciarse no será racional. Queda aún dilucidar como el contexto puede tratar la relación entre la culpabilidad y pena, si la pena es también para ellos un recurso válido, pero que, empíricamente, se pone en contradicción estructural con la afirmación de culpa. Al admitir que la pena pueda ser racional, cuando todos los condicionantes sean atendidos, el sistema pragmático sigue, de cualquier modo, legitimándola. Pero si la pena está en contradicción con la culpabilidad, el problema de su racionalización persiste como una cuestión no resuelta, de ahí su contenido simbólico. El símbolo funciona, además, como un instrumento de convivencia con la realidad. El símbolo de la persona humillada y despreciada se transmite a todos y viene de regreso al autor como una consecuencia inexorable y permanente de su conducta. Frente a la destrucción de la persona, como personalidad, no se puede justificar la invocación de una racionalidad.

Vista la cuestión con estos términos, será difícil una reformulación de los postulados racionales del derecho penal. La creación, pues, de una racionalización del derecho penal tropieza, en primer lugar, en el propio concepto de racionalidad, como ya fue demostrado; después, frente a la identidad de propósitos del legislador y del jurista, todavía en el ámbito de racionalidad, cabrá siempre preguntar si es posible reconstruir una racionalidad sobre una ciencia que está menos vinculada a su objeto que a sus propósitos políticos.

Podemos, entonces, decir que todos los intentos de racionalizar el derecho penal han fracasado o, por lo menos, no han presentado argumentos sólidos de su legitimación. Eso conduciría a pugnar por una derogación de todas las normas penales. Es un camino, que está siendo seguido por muchos. Y podrá ser un camino correcto. Pero, tenemos un problema: el poder de punir se mantiene en todos los países, y el derecho penal sigue como un saber que quiere buscar su legitimación. Frente a eso podemos quizás realizar una tarea alternativa.

Personalmente no creo en esta alternativa, pero ella existe y tiene sus argumentos. Incluso porque cuando se discute la racionalidad del derecho penal, no hay que buscar soluciones para que él sea racional. El derecho penal sigue siendo irracional. Hay que recordar, aquí, un interesante argumento de Deleuze, también encontrado en Foucault, y recordado por Alexandre Mendes, de que es un preconceito infantil pensar que siempre tenemos de alcanzar soluciones. El peligro es que el infantilismo pueda convertirse en social, cuando somos tratados siempre como niños, de modo a buscar soluciones a todos los problemas. Lo importante no es buscar soluciones, sino buscar y presentar los problemas.

Al revés de proponer, pues, una racionalidad para el derecho penal, podemos enunciar los límites críticos de su supuesta racionalidad. Quiere decir, admitir la existencia de elementos y formular esos elementos que sean capaces de evitar que las normas de incriminación sirvan de instrumento más arbitrario del poder. Cuando se habla de una oposición al poder autoritario se está trabajando justamente en provecho de un Estado democrático, que debe asegurar que sus normas puedan ser contestadas críticamente por los ciudadanos, como medio de ejercer un control sobre su propia libertad. Eso parece estar de acuerdo a lo que se podría llamar de un golpe de libertad frente a las tendencias de irracionalidad.

¿Y CÓMO SE PUEDE DAR ESE GOLPE?

Eso puede ser hecho de dos formas: negando enteramente la posibilidad de un derecho penal racional y por lo tanto buscar su abolición, o reformular por lo menos en tres planos sus elementos para evitar que el poder de castigar se perpetúe como poder autoritario.

Podemos trabajar en los planos siguientes:

- La reelaboración del concepto de conducta;
- La reformulación del concepto del injusto;

- La alteración de los fundamentos de la culpabilidad y de su relación con la pena.

El concepto de conducta ha perdido mucho su importancia después que se ha agotado prácticamente la polémica entre causalismo y finalismo. Empero será posible rehabilitarlo teniendo en cuenta que no se puede trabajar la conducta simplemente bajo la relación medio y fin. Si la conducta no puede estar asociada a las perspectivas de la persona en función de las otras, no puede ser objeto de incriminación. Ahí ya se tiene un primer paso de delimitación del poder de castigar. Eso quiere decir que un autor solo puede ser considerado como autor de un delito si está inserto en el contexto de comunicación de la norma. Un indígena no culturizado no puede ser autor de un delito que no esté presente en el proceso de comunicación de su contexto, aunque produzca efectos dañosos. Aquí, entonces, no se trata de una cuestión de culpabilidad, como suele ocurrir, sino de la propia conducta, tomada como un actuar comunicativo, mejor, perlocucionario.

En el ámbito del injusto, hay que predicar por lo menos dos alteraciones. Una, ya consignada por Zaffaroni con su teoría de la tipicidad conglobante y por los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, hoy renovada por Schünemann, de que la estructura de la tipicidad no puede dissociarse del complejo de prohibición, determinación y permisión, lo que induce a su unificación a la antijuridicidad. Con eso se descartan del ámbito penal conductas que estén anticipadamente permitidas, sin necesidad del juicio de tipicidad. Además, se puede ver que todo lo que hoy se consigna como riesgo autorizado es, antes de ser materia de la tipicidad, objeto de la antijuridicidad. Si se descarta la imputación de un hecho porque el autor ha actuado dentro de los límites del riesgo, no hay que hablar solo de exclusión de la tipicidad, sino del propio injusto. Es lo que pasa, por ejemplo, con el principio de insignificancia, que antes de todo es tema de imputación, o sea, no se puede imputar a alguien un resultado si este es jurídicamente despreciable, no simplemente porque no haya violado el bien jurídico, sino porque, antes que eso, no se ubica en el proceso de comunicación de la norma que traza los límites de las zonas de riesgo.

Finalmente, la cuestión de la culpabilidad y de la pena. Se dice hoy que la pena presupone la culpabilidad. Eso tiene un sentido protector, pero en la práctica todos sabemos que también induce a un contra-sentido: presente la culpabilidad, se debe imponer la pena. Enfrentando, aquí, el problema de la intervención mínima, parece que se podría trabajar también para reducir la imposición de pena desde una transformación de la culpabilidad. Todo el fundamento de la culpabilidad presupone la racionalidad de la incriminación, del delito y, claro, de su consecuencia, de la pena. Si no tenemos una racionalidad en estos sectores, no hay razón para mantenerse una culpabilidad fundada en la retribución, porque no se tiene cómo justificar un instituto cuando sus antecedentes y sus consecuencias tampoco están racionalmente legitimados. Siguiendo un propósito delimitador, la culpabilidad, tal como pasa en el injusto, podría ser tomada también como más un medio de contención de la imputación y como un juicio ético o mismo un juicio ético-social o ético-jurídico. Tampoco se puede vincular el fundamento de la culpabilidad a los fines de la pena, porque, entonces, si eso ocurre, no se estará más tratando de establecer los elementos racionales de estructuración del delito, sino tan solo de justificar la pena, que sería acogida como presupuesto y no como consecuencia del acto injusto. Una vez que se trabaje con la culpabilidad como criterio limitativo de imputación, se abre el camino para trazar de modo más preciso los contornos de lo que es prohibido o determinado, ya en función de la persona y de su relación al orden jurídico. Con eso se puede, entonces, llegar a la conclusión de que si no hay injusto cuando los resultados no se componen dentro de un riesgo empíricamente demostrado – lo que caracteriza el acto como extraño al derecho penal -, tampoco habrá culpabilidad cuando la reparación del resultado derivado de la violación del riesgo pudiera ser obtenido por medios menos gravosos que la pena. Con eso se puede, entonces, incorporar la intervención mínima a la estructura del delito ¿Será entonces que se convierte la culpabilidad en un instituto puramente instrumental? Pero la culpabilidad siempre fue un instituto instrumental, ora adornado con plumas éticas y llenas de sentimientos retributivos, ora subordinado a los fines de la pena.

Seguramente, eso no excluye el déficit de racionalidad del derecho penal, pero puede ser un recurso para evitar que el poder de castigar fortalezca su autoritarismo.