

Persona y Derecho

*Revista de fundamentación de las
Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*

Vol. 40- 1999*

ESTUDIOS EN HOMENAJE
AL PROF. JAVIER HERVADA
(I)

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

EL DERECHO PENAL EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

Francisco Carpintero

La rama del Derecho que conocemos como Derecho Penal es el sector del derecho que aparece como más básico, elemental, en el que todos piensan cuando se imaginan un problema jurídico. Pero es una zona del derecho francamente singular, muy distinta del resto del derecho, y merece unas aclaraciones aparte.

Si el hombre puede ser sujeto de derechos y obligaciones, ello se debe a que es "persona" en un sentido del término que rebasa y fundamenta el simplemente jurídico. La personalidad humana está presente en todas las manifestaciones del derecho: Un animal nunca puede ser sujeto de ninguna relación jurídica. Pero en la mayor parte de las relaciones y situaciones con relevancia jurídica el hombre no se relaciona con otro hombre *directamente*, sino mediado por una "cosa": De ahí la relativa razón del antiguo dicho romanista que expresa que el hombre sólo es relevante en el derecho por referencia a las cosas. El Derecho Penal, en cambio, contempla algunas de las relaciones que mantienen entre sí las personas "directamente": Se trata de derechos y prerrogativas ante todo "personales" que el derecho juzga conveniente proteger castigando las conductas contrarias porque entiendẽ que nadie puede hacer daño a otra persona, sea en su persona física, sea en su patrimonio. Es decir, lo que diferencia *prima facie* al Derecho Penal del resto del derecho, estriba en que las relaciones que

contempla el Derecho Penal son relaciones personales entre las personas, mientras que el resto del derecho considera relaciones entre seres humanos que están "mediadas" por otra cosa distinta a la de las personalidades de los protagonistas de la relación jurídica ¿Cómo debe entenderse esta diferencia?

El derecho en su totalidad consta un conjunto de normas y reglas establecidas por la sociedad, por los jueces, por la costumbre o por los particulares que delimitan posibilidades de hacer, derechos, competencias, deberes. El derecho es poco dado a entrar en cuestiones personales (a no ser que alguien entienda que todo lo que le afecta a él es cuestión personal suya), porque regula las competencias y deberes desde un ángulo preferentemente "real": La palabra real viene del latín *res*, que significa cosa. Ante el derecho tiene la consideración de "cosa" todo aquello que puede influir en la creación, modificación, etc. de relaciones y situaciones jurídicas, sean actos voluntarios de las partes, sean eventos involuntarios. La normación jurídica atiende lo que compete a cada cual desde el punto de vista de "la cosa" que se halla en juego, esto es, preferentemente desde el punto de vista de la situación "real" de ser vendedor o comprador de un bien mueble o inmueble, de ser médico o estudiante de Universidad, de haber trabajado tantas horas según una determinada cualificación profesional.

El Derecho Penal, por contra, no atiende tanto a las facetas *reales* de los problemas, como a consideraciones ante todo personales, porque castiga¹ los daños que una persona puede (direc-

1. El Derecho penal no "da a cada uno lo suyo" en el sentido romanista de la expresión: "Ius suum cuique tribuere", sino que castiga: Es un *posterius* que no repara ni rehabilita el hecho producido. Si prescindieramos de la noción de castigo, no entenderíamos nada o casi nada en el Derecho penal. Ciertamente, los penalistas más modernos rechazan esta noción —que implica responsabilidad propiamente moral—, pero la mentalidad del pueblo que sostiene las cátedras del Derecho penal o las manifestaciones de los políticos cuando hablan de algún atentado terrorista serían ininteligibles al margen de la idea de castigo.

tamente) hacer a otra y en la medida en que el autor ha querido hacer esos daños. Ciertamente, con frecuencia los daños no se producen sobre la persona física del injuriado, sino sobre su honor, su libertad o su patrimonio. Esto es indiferente: Lo que cuenta es que alguien ha hecho daño a otro, a otros, o a la sociedad. Desde luego, siempre que se incumple el derecho rompiendo una expectativa ajena (pensemos en el incumplimiento de un contrato), se origina un daño a otro u otros. Pero hay ciertas conductas que bien originan daños directamente en las personas de los demás (una paliza, un insulto) o bien denotan especial malicia, inhumanidad o indignidad, y éstas son las que recoge el Derecho Penal. Expresándome así nos introducimos en una argumentación problemática, porque ¿dónde estaría esa línea que delimitaría lo que corresponde juzgar al Derecho Penal y lo que corresponde enjuiciar mediante un juicio civil? Tal línea la determina contingente e históricamente el legislador: Actualmente entendemos que si una persona incumple un contrato ha de haber un juicio civil para determinar la indemnización que la parte que ha incumplido debe pagar a la otra parte contratante: Y nada más. Sin embargo, hace siglos se entendía que en el caso de incumplimiento de contrato debía haber dos juicios: Uno civil, para determinar la indemnización, y otro penal, para castigar al que había incumplido.

El carácter preferentemente personal de las relaciones penales provoca serios problemas en la explicación teórica de esta rama del derecho. Todos sabemos para qué sirve matricularse en la universidad, comprar un coche o alquilar un apartamento: Esto es, sabemos que son conductas que constituyen como fines en sí, porque al derecho no le interesa el motivo último por el que alguien se matricula en la Facultad de Derecho o alquila un apartamento. Como el objeto de estas relaciones jurídicas está relativamente determinado, porque todos conocemos las finalidades estereotipadas de la matrícula universitaria o de la compra de un coche, en caso de conflicto el juzgador dispone de criterios

objetivos o "reales" para decidir: Por ejemplo, es de sentido común que nadie puede alterar lo que no es suyo, y en consecuencia el arrendatario de un piso no puede hacer obras en él, a menos que cuente con el consentimiento expreso del dueño. Incluso si surgen discrepancias sobre cuánto debe el arrendatario al arrendador, el juez dispone de elementos objetivos para "calcular": El valor de ese piso en el mercado actual. En cambio el Derecho Penal no dispone de estas "cosas" intermedias que permiten calcular: ¿Cuánto debe *costar* el insulto que un hombre ha hecho a otro? Tan arbitrario o discrecional es decir mil como cien mil pesetas, o un día como cien días de cárcel, porque las personalidades humanas no tienen "valor jurídico": Simplemente han de ser respetadas, fomentadas, etc., y su carácter de infinitud determina la incalculabilidad de las lesiones que se les pueda hacer. No podemos calcular manejando factores inconmensurables.

Esta naturaleza personal del Derecho Penal provoca problemas exclusivos de esta rama del derecho, y el primero de todos ellos es que los penalistas no saben para qué sirve el Derecho Penal. Milenariamente se ha entendido que su fin es "castigar" conductas que la sociedad no tolera: Así pensaban, entre otros, Aristóteles y Kant. Según Tomás de Aquino la función de la cárcel es quitar de la circulación a los indeseables. En el siglo XIX, bajo la influencia de teorías behavioristas del comportamiento humano, un sector de los especialistas del Derecho Penal mantuvieron que la finalidad de esta rama del derecho no era castigar a nadie, sino rehabilitar o reeducar al delincuente. Pero otros entendieron que este Derecho persigue desanimar el cometer delitos. Los entendidos, durante estos dos últimos siglos, no concuerdan al responder sobre la función del Derecho Penal. Cosa que no sucede, evidentemente, con el resto del derecho.

Lo más específico del Derecho Penal es suponer un mundo de personas clausuradas, completas o perfectas en sí mismas. Este sector del derecho supone que cada persona está completa, en lo que es y hace, y en su patrimonio. No promociona ni fomenta, a

diferencia del resto del derecho, que existe para que las personas lleguen a ser lo que aún no son. El único delito que presenta una cierta vertiente positiva es el de denegación de auxilios, que es considerada una conducta criminal. Lógicamente, el Derecho Penal únicamente reclama una actitud general de abstención (*Enthaltung*) ante lo que los demás son y tienen, haciendo posible una libertad simplemente negativa: Libertad "frente o contra" los demás. Las libertades positivas, como son las libertades para casarse, comprar, etc., le resultan ajenas. El Derecho Penal sólo pretende, en estos temas, que nadie sea molestado en el uso libre de lo que ya posee, sea su patrimonio o su arbitrio, pero no se ocupa de si ha de haber adopciones o préstamos hipotecarios. Por ello, presenta una cara ante todo negativa o defensiva de lo que ya tiene cada persona, y defiende sus cosas desde el punto de vista de los "atributos de la personalidad".

El Derecho Penal se ha convertido en la manifestación primaria y fundamental del derecho en estos dos últimos siglos, gracias al predominio de las ideas liberales-"iusnaturalistas" de los siglos XVII y XVIII. La corriente liberal moderna que culmina en Kant ha postulado que el derecho básico de las personas es una libertad general originaria (*lex permissiva originaria*): Esto lo proclamó con toda claridad Samuel Pufendorf, hacia 1657. John Locke le añadió poco después a éste primer derecho una segunda "cualidad moral" o atributo de la persona, que fue el de poseer propiedades, sin ninguna limitación: Las ideas liberales en el derecho a lo largo de la Ilustración, postularon que el *quantum* de las propiedades que podía poseer cada individuo estaba indeterminado. Así llegó un sector de la doctrina ilustrada progresista (la liberal) a las puertas de la Edad Contemporánea: Entendiendo que existen dos derechos naturales del hombre ("atributos de la persona" o "cualidades morales de la persona") que pueden peligrar si no son defendidos con la fuerza conjunta de toda la sociedad. Estos derechos eran la libertad individual y las propiedades particulares. Efectivamente, los autores modernos

contemplaban en sus libros dos posibles estados del hombre: En el primero, que ellos llamaban "Derecho natural absoluto", estudiaban al individuo aislado, pues ellos entendían que el Derecho natural "en sí mismo" solamente considera a "cada" persona; pero este individuo posee libertad y propiedades, y su seguridad en el ejercicio de ambos derechos puede peligrar en este "estado de naturaleza". Para conjurar los peligros en el disfrute del libre arbitrio y propiedades, los tratadistas del "Derecho natural moderno" contemplaban en la segunda parte de sus libros el otro estado del ser humano, al que llamaron "Derecho natural hipotético", porque estudiaban al hombre desde la hipótesis (no natural) de vivir en sociedad.

La sociedad civil les parecía necesaria para que fueran respetados los derechos a la propiedad y a la libertad, y tal sociedad civil había de ser concluida mediante un pacto por el que los individuos, libremente, decidían sacrificar parte de su libertad a fin de llevar una vida más cómoda y segura. Naturalmente, nadie ha conocido nunca uno de estos pactos constitutivos del poder político. Pufendorf, Locke, etc., hablaron sin más de ellos, como si realmente hubieran existido. Un siglo más tarde, Immanuel Kant estableció que la idea del pacto constitutivo de la sociedad para defender los "derechos naturales del hombre" era una exigencia de la razón, de modo que tal pacto había de ser concluido, y debía ser forzado a entrar en sociedad todo individuo que no quisiera hacerlo. Las obligaciones de los individuos -así como las garantías de sus derechos- reposaban sobre una base contractual: El pacto que había originado el poder político, y si este pacto no había existido nunca entonces era necesario postular que tal origen contractual de la sociedad civil era una exigencia necesaria de la razón práctica. A este "Estado" así constituido lo llamaron los alemanes del siglo XVIII *Rechtsstaat*, esto es, "Estado de Derecho", porque su función era defender los derechos naturales del hombre que peligran en el estado de naturaleza. Tal como historié en "La Cabeza de Jano", los liberales alemanes enten-

dieron que el Estado es una "societas assecutoria perpetua" de estos derechos naturales. Más adelante, durante el siglo XIX, la expresión "Estado de Derecho" perdió este sentido y adquirió el que tiene ahora.

DERECHO PENAL Y "DERECHO CIVIL"

Al Derecho que no es Derecho Penal lo llamaremos "Derecho civil" por razones de conveniencia momentánea, para no recargar el análisis. El Derecho civil se caracteriza ante todo por ofrecer cauces de colaboración, de forma que el que quiera trabajar en la Administración pública, o celebrar contrato, o matricularse en la Facultad, etc., respaldado por un reconocimiento social, sabe lo que tiene que hacer, ya que el derecho exige determinados requisitos bien para obtener seguridad, bien para cuidar que una parte no ejerza prepotencia sobre otra.

Cualquiera tiene serios reparos en llamar "Derecho civil" a todo el derecho que no es Derecho Penal o sancionador, y ahora es procedente, antes de seguir adelante, hacer una distinción de las distintas manifestaciones del derecho desde algunos respectos concretos. Porque lo que estoy llamando Derecho civil, esto es el conjunto del derecho que no es Derecho Penal, no se presenta como un bloque unitario que pueda ser contrapuesto sin más al Derecho Penal. Al contrario, hay que distinguir en él diversos tipos de normas desde el punto de vista que hora nos ocupa.

En primer lugar, existen muchas normas jurídicas simplemente "arbitrarias" o convencionales; son las que podríamos caracterizar como normas o reglas de los juegos, que no llevan en sí un valor de justicia concreto, pero existen porque son necesarias a fin de que cada cual sepa lo que tiene que hacer o lo que le corresponde: De ahí que en España sea obligatorio que la circulación rodada siga el lado derecho de la calzada o que los cambios en las propiedades inmobiliarias sean inscritos en el Regis-

tro de la Propiedad. Este tipo de normas jurídicas, precisamente por causa de su carácter arbitrario, han de ser interpretadas muy literalmente.

En segundo lugar estarían las "normas de construcción", que son aquellas partes de todo ordenamiento jurídico que crean o construyen organismos o entidades. Todo el Derecho Administrativo, por ejemplo, es una inmensa empresa constructora, a cuyo lado palidecen las empresas de construcción más importantes que hacen casas, puentes y todo tipo de obras públicas. Lógicamente tal sector del derecho es especialmente extenso, aún considerando solamente su manifestación puramente legal: La tarea de estructurar el trabajo de tres millones de funcionarios, arbitrando al mismo tiempo todo tipo de funciones y competencias, procesos y recursos, es obra superior a la de la construcción de las pirámides egipcias o mexicanas. El origen de las normas de esta rama del derecho es también relativamente "arbitrario", y de hecho cada ministro que llega al poder suele innovar según su criterio. Por este motivo, la interpretación de sus normas ha de ser también ajustada a la letra. Buena parte del derecho más moderno, frecuentemente hecho a remolque de los cambios tecnológicos, ha de ser encuadrado en este tipo de "derecho constructor": Tal sucede con buena parte del Derecho Mercantil.

Y en tercer lugar existen normas que constituyen "ius cogens" o derecho simplemente obligatorio, ya que existe ante todo por razones que entendemos que son de justicia: Buena parte de los preceptos del Código Civil no son exactamente reglas del juego ni normas de construcción: Constituyen limitaciones al arbitrio de los particulares para evitar abusos. Algunos autores llaman también a este *ius cogens* Derecho público en razón de que los particulares no pueden disponer gran cosa sobre él, y si lo hacen, el juez normalmente debe declarar inválidas las cláusulas o condiciones que atentan contra lo dispuesto en estas leyes. Este sector del derecho no se compone tanto de normas como de reglas, porque los juristas no lo vivencian tanto como órdenes o

mandatos del legislador como criterios un tanto intemporales que "están ahí" y que han de regular unas relaciones humanas cambiantes. Para entender mejor la especificidad de esta rama del derecho, pensemos en el Derecho Romano: El Derecho Político, Administrativo, etc. de Roma, no nos interesa hoy como juristas: Sólo reviste interés para los historiadores. El Derecho Privado romano, en cambio, sigue constituyendo la espina dorsal de nuestro derecho privado, y ha cambiado poco en el curso de dos mil años.

Si volvemos al tema anterior, que es la distinción entre el Derecho Penal y el Derecho que no es penal (que he llamado provisionalmente Derecho civil), vemos que esta última vertiente del derecho "permite" hacer, pero la palabra *permisión* o *licitud* tiene en ella un sentido distinto al del Derecho Penal. Porque en el Derecho Penal opera el principio que indica que "Todo lo no expresamente prohibido está permitido", y por razones de seguridad jurídica está prohibido el uso de la analogía. El Derecho civil también "permite", pero no solamente permite "hacer", sino que hace posible *construir*, esto es, crear matrimonios, tutelas y adopciones, puestos de trabajo y empresas, contratos especiales, etc., y la regla penalista que indica que todo lo no prohibido está permitido, no encuentra aplicación en el Derecho civil. Consecuentemente, las normas no-penales no prohíben ni disuaden: Más bien se presentan a modo de imperativos hipotéticos que "indican" algo así como "si quieres comprar un bien inmueble, tienes que hacer esto". No se compone, pues, de imperativos categóricos, como sí sucede con el Derecho Penal, sino ante todo de imperativos hipotéticos. Esta rama del derecho solamente establece requisitos para crear nuevas relaciones jurídicas, y opera a modo de "caja de herramientas" al servicio de los fines más diversos. Aunque bien es verdad que la gente vivencia la declaración de nulidad de un acto jurídico como una penalización: Pero eso es tan poco correcto como decir que el árbitro castigó al equipo de fútbol "pitando el final del partido".

Mientras en el Derecho Penal es fundamental el ejercicio de la coacción, o al menos la posibilidad de su ejercicio (que llamamos coercibilidad), en el Derecho civil la coercibilidad no se presenta tan de "prima facie". Porque las normas penales tratan de impedir unas conductas determinadas, sea directamente, sea disuadiendo: Y para esto es necesario ante todo la fuerza. El Derecho civil, en cambio, trata de crear nuevas relaciones humanas, haciéndolas posibles mediante la observancia de un cauce prescrito que les otorga un reconocimiento social objetivo y necesario, de modo que todos han de respetarlas. Aquí es necesaria también la coercibilidad, pero aparece muy en segundo plano, sólo cuando una persona se opone a la ejecución de una sentencia judicial. Veamos esto con algo más de detalle.

Si se produce una discrepancia en el derecho civil, las partes acuden a los jueces. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre los hechos o sobre la relevancia jurídica de estos hechos, habrá un "juicio" civil, y el juez dictará sentencia, atribuyendo un bien a una de las partes, u ordenando una indemnización. Los juicios civiles acaban en este punto: En todo caso, la parte perdedora puede recurrir esa sentencia ante un juez administrativamente superior, y se vuelve a repetir el proceso indicado. El proceso Penal es muy distinto. Alguien se querrela, o la Policía denuncia el caso. Es la Policía (la "Fuerza Pública") la que colabora en la investigación de los hechos y se los ofrece al juez instructor del proceso. El juez o el jurado declararán si el inculpado es *inocente* o *culpable* (que son nociones ante todo morales), e impondrán la pena. La pena propia del Derecho Penal tiene siempre una naturaleza coactiva: Privación de libertad o de dinero. La fuerza está presente desde el primer momento, porque los delincuentes no se suelen entregar voluntariamente a la Policía o a los jueces, y tampoco suelen aceptar de grado cumplir las penas. En cualquier caso, el culpable sabe desde el primer momento que le espera una penalidad impuesta coactivamente. Por contra, el juicio civil no tiene este carácter: El juez declara que el matrimonio o el

contrato carece de valor, que el inquilino debe abandonar la vivienda, o que la indemnización por el incumplimiento del contrato asciende a tantas pesetas. La fuerza solamente opera ocasionalmente al final de todo, mediante la Policía Judicial, si alguna de las partes se resiste a cumplir el dictamen judicial.

El profesor Lon F. Fuller publicó un gran libro de reflexión sobre el derecho² en el que distinguía entre lo que él llamaba "Moral de pecado" y "Moral de aspiración". El Derecho Penal es al ámbito de la moral de pecado, ya que este derecho castiga conductas que consideramos de algún modo "malas moralmente": No sería comprensible que añadiéramos al Código penal conductas que no conllevaran este carácter. Los términos de delito y pecado están estrechamente unidos en cualquier sociedad, porque todas las personas vivencian un ataque grave contra la moral (un atentado terrorista, un asesinato, un engaño para sacar dinero) como un delito que ha de ser castigado por la sociedad. Podríamos decir que por exigencias insuprimibles de la naturaleza humana, los hombres exigimos que la mayor parte de las inmoralidades³ graves sean consideradas punibles jurídicamente. Por esta razón el proceso penal tiene un cierto carácter "infamante" que acarrea vergüenza pública (al menos para los que no han perdido la vergüenza).

El derecho no-penal tiene un carácter distinto: La diferencia comienza en la misma terminología, porque los problemas "civiles" se substancian a través de un "juicio", no de un "proceso". Una persona que "pierde" un *pleito* podrá ser considerada imprevista, desinformada, mal asesorada, que ha tenido mala suerte, etc., pero en principio no queda afectada por la "infamia". Sucede que el derecho civil es ámbito de lo que Fuller llama la "moral de aspiración", que tiende a que cada sujeto se perfeccione indefinidamente, y por esto no se limita a defender a las personas sino

2. *La Moral del derecho*. Trad. de F. Navarro. Trillas, México D.F., 1967.

3. Uso la palabra "Moral" como sinónima del arte de desarrollar la Humanidad que cada hombre porta en sí, o que debe respetar en los demás.

que crea *entidades* que sirven a su perfeccionamiento, tales como editoriales, teatros, conservatorios de música, o crea *instituciones*, como son los diversos tipos de compraventas, seguros, matrimonios y demás figuras jurídicas: Realidades impensables desde el punto de vista de la simple defensa de las propiedades y de la libertad de cada persona⁴. Una falta contra este tipo de moral puede ser calificada de "imperfección" o de otras formas similares, pero no de delito o "pecado", según la terminología de Fuller. Como es lógico, el Derecho Penal se compone de imperativos categóricos, porque está prohibido *incondicionalmente* estar, asesinar, falsificar. El derecho civil se compone preferentemente de imperativos hipotéticos porque ofrece cauces para que "el que quiera", los use por el motivo que él juzgue conveniente.

Ambos tipos de moral, que fundamentan estos dos sectores del derecho, son muy distintas, ya que todas las personas entienden o pueden entender sobre la "Moral de pecado". En el Derecho Penal interesa ante todo la *quaestio facti*, sobre la que puede decidir cualquier persona mentalmente sana, y de ahí que —si se trata de faltas mayores, que se llaman delitos— pueda decidir un jurado compuesto por personas no especialmente entendidas en derecho; se le reserva al juez solamente la capacidad de imponer la pena, dentro del máximo y mínimo que establecen las leyes para cada delito. Cualquier persona puede entender en procesos penales porque es relativamente fácil saber lo que no hemos de hacer. En cambio no es pensable un jurado en los juicios civiles: El derecho civil es mucho más complejo, accesible en principio únicamente a los expertos.

4. Kant no hubiera entendido esto porque él estableció como norma suprema y única de su "Metaphysik des Rechtes" el respeto de los arbitrios individuales entendidos como "esferas de libertad" o *Freiheitssphären*: Así sería posible que cada ser humano fuera respetado hasta constituir un "Fin en sí mismo" (*Selbstzweck*), porque cada persona ha de asumir autónomamente el mundo moral constituido. Consecuentemente, él estableció que el único supuesto que vuelve justo el cobro de impuestos es el peligro de la patria.

Pero, ¿podemos hablar de "moral" de aspiración o de pecado en un momento histórico como el nuestro, en el que la misma palabra moral ha perdido su prestigio? Es difícil ahora mentar este término, y lo que él representa, y por esto un sector de los tratadistas del Derecho Penal ha buscado eliminar el carácter "moral" de las normas del Derecho Penal. Un camino corriente ha consistido, en un primer momento lógico, no presentar las normas penales como prohibiciones y consiguientes castigos, sino como juicios *hipotéticos* que se expresarían como: "El que haga esto será castigado con la pena tal". Así garantizarían la asepsia moral de los códigos penales. En tal caso, al condenado le "corresponde" una pena porque se le *imputa* un hecho previsto por el derecho. O bien se dice que a una persona se la "imputado" una norma penal. Pero esta explicación parece escasamente convincente si la contrastamos con la realidad. Porque en las previsiones penales juega una función genética imprescindible la "imputación", *Zurechnnung*, pero en un sentido y con un alcance y requisitos muy distintos al del Derecho civil. Para el penalista sólo puede existir falta o delito si existe voluntariedad en la acción delictiva; si no es así no existe falta o delito: Una acción se imputa penalmente a una persona *porque* ella ha querido libremente con su voluntad. Si falla la voluntariedad no habrá responsabilidad propiamente penal, porque nuestras convicciones morales universales (al menos en Occidente) exigen que no se pueda imputar penalmente a alguien un delito del cual él no sea personalmente responsable: Una consecuencia del carácter de "pecado" que —a pesar de las opiniones de los penalistas más modernos— siguen marcando a los delitos y en general al Derecho Penal. Por la misma razón, no cabe sustitución personal: En el Derecho civil es perfectamente posible que una persona pague una deuda por otra o que uno haga un trabajo por otro; en cambio, es inadmisibles en el Derecho Penal que alguien cumpla una pena por otro.

Notemos que "responsabilidad" no es lo mismo que autoría o culpabilidad. Es típico del Derecho civil que todas las personas sean responsables, en unos momentos u otros, de hechos de los que ellos no son culpables, ni siquiera autores: Todos hemos de pagar impuestos, hacer el servicio militar o cumplir los deberes que nos imponen otras muchas leyes. Además, todo el que incurre en una relación jurídica, por ejemplo firmando un contrato, se hace responsable del cumplimiento y de los efectos de muchas normas jurídicas de las que el ciudadano normal no suele tener la más remota idea cuando concluye el contrato. Es responsable por lo que está haciendo o por lo que le está "ocurriendo", pero no es el autor porque los hechos no se pueden imputar a su voluntad libre.

SI SON POSIBLES LOS REDUCCIONISMOS EN EL ESTUDIO DEL DERECHO

¿Podemos considerar al Derecho Penal como la única manifestación posible del derecho, o al menos como la manifestación jurídica primaria o más básica, sobre la que ha de teorizar el filósofo del derecho? Es difícil contestar a esta pregunta, pero entre el Derecho Penal y el Derecho Civil propiamente dicho existen demasiadas diferencias como para agrupar ambas ramas del derecho en una única consideración. El Derecho Penal protege directa e inmediatamente los derechos de la personalidad, dentro de los cuales se incluyen los Derechos Humanos más básicos. El Derecho civil no se interesa apenas por las personalidades, sino por las cosas (relaciones) en las que están involucradas las personalidades: Por ello, este Derecho no se ocupa de mí, sino de mis compraventas, arrendamientos, derechos y deberes como marido o padre de familia, etc. Estas diferencias parecen obvias (y quizá lo son), pero hoy, de hecho, es difícil separar la Teoría General del Derecho de los moldes y esquemas

penalistas, porque bajo la influencia de la reflexión jurídica de los siglos XVIII y XIX, seguimos entendiendo al Estado como un *Rechtsstaat* cuya función es castigar los atentados contra los derechos del hombre. El mejor exponente de esta visión penalista del derecho que erige las categorías penalistas en los cánones hermenéuticos universales de todo derecho posible, ha sido Hans Kelsen. Las corrientes que llamamos "Positivismo Jurídico" se caracterizan ante todo por su fundamento penalista.

Pero ya pasaron los siglos XVIII y XIX, en los que la reflexión jurídica, demasiado sometida a condicionantes ideológicos, hubo de adoptar el camino del *Rechtsstaat* que llevaba hacia un "Estado Gendarme". Ahora es momento de reemprender la meditación sobre el derecho y volver a plantear esquemas más amplios que intenten explicar todas las manifestaciones jurídicas.

Alguien puede preguntar que desde qué sector o dimensión del derecho hemos de partir para analizar y comprender la vida jurídica. Es un tema complejo, porque cualquiera entiende que sus "derechos" más básicos (a la vida, a su libertad) componen un dato inicial de cualquier estudio. Pero también comprende cualquier estudioso que los sectores del derecho que no se componen de imperativos categóricos, sino que preferentemente ofrecen cauces al servicio de la colaboración social y del perfeccionamiento de todas las personas, constituyen igualmente manifestaciones del derecho no reductibles a las categorías del Derecho Penal. Parece que el derecho no puede ser definido, porque nunca se nos muestra de una forma unitaria: Su comprensión no queda agotada por el estudio de las leyes dictadas por el Estado, ni por la comprensión de la Ciencia jurídica, ni tampoco se identifica sin residuos con las medidas políticas que toman los gobernantes, ni se puede detener en la consideración de los derechos fundamentales de las personas.

Lo que cabalmente habría que cuestionar es si puede existir un "Quid jus". La Ilustración simplificó enormemente este problema y cada teórico ilustrado propuso un *principium unicum* para

explicar el derecho y la vida jurídica. Samuel Pufendorf propuso la "qualitas moralis libertatis ad analogiam spatii... que est velut maxime sui diffusiva". Un camino que un siglo más tarde repitió Immanuel Kant, aunque con más matizaciones. Thomas Hobbes había postulado la "securitas" como la "lex" máxima de la razón que había de acabar con la inseguridad personal que originaba el ejercicio del *ius naturale*. Algunos años después de Pufendorf, John Locke propuso una mixtura de libertad personal y de protección de las propiedades; hoy existe cierto consenso en que el *principium unicum* que propuso Locke fue el de la protección y aumento de las riquezas buscando la defensa del "status quo" existente. Casi por los mismos años que Locke, Christian Thomasius habló del "vivere diuturne et foelicissime" como regla última del Derecho natural. Hume, en cambio, consideró unas pasiones del hombre a las que concedió especial importancia: Un pensamiento parecido al de los materialistas franceses de su época, tales como Helvetius, d'Holbach o Condorcet.

Al jurista debe escandalizarle el espectáculo discordante que nos ofreció la Ilustración. La existencia de tantos "primeros principios" para explicar el constitutivo "esencial" y necesario del derecho es posiblemente la mejor prueba de la falta de adherencia a la realidad, esto es, de capacidad científica, de este tipo de teorías monistas o unitarias.