

PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y CERTEZAS DEL SENTIDO COMÚN

Mauro Ronco*

Universidad de Módena

I. UNIVERSALIDAD DEL DERECHO NATURAL DE GENTES

En múltiples pasajes de su obra, Gianbattista Vico contrasta la opinión de Hobbes, Grocio y Pufendorf, señalando a los estudiosos de su tiempo un fundamento y una vía de investigación totalmente diferentes de los caminos seguidos en la época de la modernidad por la filosofía y la ciencia del derecho sobre las huellas de estos autores.

En ese sentido, resulta especialmente ilustrativo —entre otros aspectos— el relieve que Vico otorga a Grocio en el Libro I, Sección IV (Del Método) de la *Nueva Ciencia Segunda* (*Scienza Nuova Seconda*), dónde, al hacer notar la actitud del autor de *De iure belli ac pacis* frente a los juristas romanos casi en relación con cada uno de los perfiles particulares del derecho natural de gentes, concluye críticamente que, sin embargo, «todos los intentos (de Grocio) caen en el vacío, porque establecen sus principios de lo justo sobre la certeza de la autoridad del género humano y no sobre la autoridad de los instruidos»¹.

Es posible comprender el significado y el alcance del lance crítico de Vico frente a Grocio si se tiene en cuenta que el objeto de la obra del gran autor napolitano fue la búsqueda, en la historia de la humanidad, de la ilación que une la prueba filosófica con la prueba filológica, es decir, propiamente hermenéutica: entre ellas discurre un circuito de iluminación recíproca, ya que la autoridad de la prueba filológica encuentra confirmación en la razón de la prueba filosófica, y ésta recibe a su vez corroboración de la autoridad de aquella, de acuerdo

* Traducción al castellano del original italiano de Carlos Pérez del Valle.

¹ G. VICO, *La Scienza Nuova Seconda giusta l'edizione del 1744*, Bari, 1967, Libro Primero, n. 350, p. 127.

con lo cual el proceso de recíproca integración queda expresado en el axioma según el cual *factum et vero convertuntur*².

Vico presta una atención notable a los hallazgos documentales procedentes de la cultura griega y del derecho romano, que define con una bella expresión como «(...) los grandes fragmentos de la antigüedad»³. Con la *pietas* que es justo reservar a los padres comunes en humanidad, Vico trata de tomar en la obra transmitida el significado que en ella se descubre, consciente, de un lado, de que la espiritualidad del creador es diferente de la del intérprete; pero conocedor, de otro lado, de que creador e intérprete poseen la capacidad de comunicarse entre sí en virtud de su humanidad común. Como ha observado Emilio Betti a propósito del proceso interpretativo en general, la obra forjada por el autor, con trascendencia en las necesidades inmediatas de la vida cotidiana, no es un fin absoluto en sí mismo, sino que constituye «(...) una forma representativa, especialmente destinada, como cualquier otra, a cumplir la función de arco de mediación de espíritu a espíritu», y cuyo punto de «más elevado interés hermenéutico» está en el hecho de que aquélla, una vez salida de su artifice, «ya no le pertenece a él, sino que se convierte en propiedad noética de todos aquéllos que participan en la comunión de espiritualidad donde la obra se inserta... de aquéllos que están en condiciones de recoger el mensaje y de penetrar en su significado»⁴, según una ley de adquisición y de distribución de los bienes espirituales de un género totalmente diverso de la relativa a los bienes materiales, de acuerdo con la cual los primeros —a diferencia de los segundos— acrecen a medida que es mayor es el número de quienes gozan de ellos.

La obra objetivada es vehículo de espiritualidad entre hombres que, pertenecientes a épocas lejanas, comunican sobre el presupuestos de la humanidad común y proceden conjuntamente en un itinerario de enriquecimiento espiritual, por el cual del depósito de la tradición se obtienen siempre *nova et vetera*, cosas nuevas y antiguas.

En la certeza —propia del sentido común— de que, a través de las transformaciones culturales, la mente humana es esencialmente idéntica a sí misma, en cuanto partícipe de la misma capacidad de conocer la realidad e inserta ella

² *Ibid.*, n. 359, p. 128. Sobre la relación entre prueba filosófica (gnoseológica) y filológica (hermenéutica), BETTI, «I princìpi di Scienza Nuova di G.B. Vico e la teoria dell'interpretazione storica», en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale*, 10-1957, y también, más recientemente, en *Diritto, Metodo, Ermeneutica* (recopilación a cargo de G. Crifò, Giuffrè, Milán, 1991, p. 470).

³ VICO, *La Scienza*, cit., n. 357, p. 128.

⁴ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, edición corregida y ampliada a cargo de G. Crifò, Giuffrè, Milán, 1990, p. 259.

misma en esa realidad, se encuentra el gran mensaje de la ciencia nueva. Según este mensaje, como aparece escrito al comienzo del establecimiento de los Principios y dado que este mundo civil ha sido ciertamente hecho por los hombres, «se puede, porque se debe, reencontrar los principios en el interior de las modificaciones de nuestra misma mente humana»⁵, si se entiende como «modificación» (precisamente la *Degnità* XV, n. 148) los modos de ser y los gestos con los cuales esta mente ha nacido. De esta forma, Betti ha observado con gran precisión que un axioma como éste constituye un gozne de toda la teoría de la interpretación, consistente en la transformación del *iter* genético en *iter* hermenéutico, de acuerdo con el cual es legítimo y fecundo pasar del mundo históricamente formado a la energía creativa de la mente humana en sus varios gestos y modos de ser, según una correspondencia entre el hacer demiúrgico del hombre en la historia y el posterior reconocimiento hermenéutico. Esta analogía, por otra parte, sugiere a Vico el acercamiento del obrar humano al obrar divino «[...] ya que en Dios conocer y hacer son una misma cosa», según una perspectiva —opuesta a la panteísta— de reconducción a fuentes cristianas, que Betti indica expresamente en la enseñanza de San Pablo de que el mismo Espíritu da testimonio junto con nuestro espíritu de que somos hijos de Dios, tal como se indica en la *Epístola a los Romanos* 8, 16⁶.

Vico trata de encontrar en el curso de las vicisitudes de la humanidad, a través de la definición filológica de lo que es típico, los principios de la verdad sobre los cuales se fundamenta el derecho universal de gentes. El método es opuesto al de la moderna filosofía inmanentista de la historia que, sobre el rastro del gran diseño de Herder⁷, han pretendido utilizar la historia como conformación de un esquema preconcebido en el cual es protagonista el desarrollo del espíritu que se crea a sí mismo y se realiza en el mundo⁸.

⁵ VICO, *La Scienza*, cit., n. 331, p. 115.

⁶ El pasaje de VICO se encuentra en el n. 349 de *La Scienza*, cit., p. 126. Las consideraciones desarrolladas en el texto son de BETTI, *I principi*, cit., pp. 462-463.

⁷ J.G. HERDER, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* (1797), traducción al francés de Levraultm, París, 1934.

⁸ Sobre el carácter errático de la interpretación inmanentista de VICO, difundida a comienzos del siglo XX sobre todo por B. CROCE (*La filosofia di Gian Battista Vico*, Laterza, Bari, 1911) y G. GENTILE (*Studi vichiani*, 2ª edición, Le Monnier, Florencia, 1927), la literatura es hoy ya copiosa. Por todos, véase F. AMERIO (*Introduzione allo studio di G.B. Vico*, SEI, Turín, 1946) y M.F. SCIACCA (*Studi sulla filosofia moderna*, parte IV, 4ª edición, Marzorati, Milán, 1968, pp. 373 y ss. También, con referencia particular a los temas jurídicos, véase la importante contribución de J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico*, texto de la comunicación presentada en el Congreso de Estudios sobre la obra de Giambattista Vico celebrado en Bari, Castello Svevo, los días 7 y 8 de diciembre de 1975 por la Asociación de Iusnaturalistas Hispánicos «Felipe II» (Sección italiana-Centro de Bari) y ahora también en *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 799 y ss.

A este principio, que predica la cognoscibilidad de la realidad histórica, como hecho que procede de hombres capaces de comunicar a las generaciones futuras el sentido de que lo que han concluido y en cuanto allí se encuentra una verdad universal y eterna que constituye el fundamento común del conocimiento, se añade un segundo principio. De acuerdo con este segundo principio, que no es menos importante que el primero y se encuentra en conexión con él, las ideas comunes a todos los pueblos y que se suceden en todos los tiempos expresan verdades permanentes. Tales verdades pueden encontrarse ocultas bajo velos de carácter expresivo más o menos tupidos; pueden estar entremezcladas y casi desfiguradas por interpretaciones falsas y aun monstruosas; pueden verse acompañadas de normas de conducta groseras, crueles e innobles. Sin embargo, tales verdades constituyen la sustancia incorruptible y el apoyo firme de la vida de la humanidad, de tal modo que, si se repudiasen o fuesen olvidadas, el mundo sería conducido al estado salvaje o directamente se sumergiría en el abismo de la nada.

El derecho natural de gentes está fundado sobre el sentido común del género humano, que la *Dignità XII* define luminosamente como «(...) juicio sin reflexión alguna, comúnmente sentido por todo un orden, por todo un pueblo, por toda una nación y por todo el género humano»⁹. Y ya que, en la medida de ese sentido común, cada pueblo en cualquier tiempo es capaz de percibir con inteligencia las verdades indispensables para la vida en sociedad según el bien que a todos es común, entonces puede comprenderse lo que afirma la *Dignità XIII* al indicar que «Ideas uniformes innatas y comunes a pueblos enteros desconocidos entre sí deben tener un motivo común de verdad»¹⁰. Es deber de la ciencia de la historia, por tanto, investigar con paciencia filológica aquello que ha sido hecho por los hombres, para verificar «(...) en qué cosas han estado de acuerdo desde siempre y todavía están de acuerdo todos los hombres, porque tales cosas podrán dar los principios naturales y eternos, que deben serlo de todas las ciencias, pues sobre ellos todas se levantan y todas se conservan en las naciones»¹¹.

El descubrimiento de Vico está fundado en la intuición de un sentido común a toda la humanidad, como ámbito de certezas que derivan directamente de la experiencia en cuanto tal y no por medio de una reflexión condicionada culturalmente, connaturales a la inteligencia humana y, por consiguiente, universales en el tiempo y en el espacio¹². Este descubrimiento se enriquece filo-

⁹ VICO, *La Scienza*, cit., n. 142, p. 75.

¹⁰ *Ibid.*, n. 144, p. 75.

¹¹ *Ibid.*, n. 332, p. 116.

¹² Sobre esta definición, con un estudio completo del sentido común, véase A. LIVI, *Filosofía del senso comune. Logica della scienza e della fede*, Ares, Milán, 1990, p. 37.

lógicamente con la constatación de que «(...) todas las naciones, tan bárbaras como humanas, aun cuando fundadas de modo dividido por la inmensa lejanía en el espacio y en el tiempo existente entre ellas», custodian siempre «estas tres costumbres de los hombres: todas tienen alguna religión; en todas se contrae matrimonio solemne; todas sepultan a sus muertos...»¹³. Estas costumbres, por ser comunes a todos los pueblos en todo tiempo, expresan un principio universal y eterno de verdad que revela la misión confiada a la humanidad por la Providencia divina. En efecto, en la medida que el mundo de los hombres no responde a una necesidad intrínseca de Dios, sino que ha sido creado por El en un tiempo particular con un acto libérrimo de amor —y ello es válido contra todo inmanentismo y panteísmo—, los principios que Dios ha puesto en el mundo son universales y eternos, en tanto que en la historia la humanidad realiza, aunque oscuramente, una misión providencial dirigida a conseguir «(...) un bien siempre superior a aquél que se han propuesto esos hombres»¹⁴. «De ahí —concluye Vico— que una tal ciencia haya de ser una demostración, por decirlo de algún modo, del hecho histórico de la Providencia, porque ha de ser una historia de los órdenes que aquella —sin ningún consejo o advertencia humano, y a menudo contra estas proposiciones de los hombres— ha dado a esta gran ciudad del género humano, pues, aunque este mundo haya sido creado en un tiempo en particular, los órdenes que ella ha establecido allí son universales y eternos»¹⁵.

Los órdenes universales y eternos que la Providencia ha puesto en el mundo son válidos como principios de la jurisprudencia, que es, según la definición de Ulpiano, en primer término, *divinarum atque humanarum rerum notitia* y sólo después y como consecuencia de ello, *iusti atque iniusti scientia*¹⁶. El sentido común de la humanidad, sin reflexión alguna, está en condiciones de percibir intelectualmente tales principios. Estos proveen a la conservación del género humano en orden a la consecución de sus fines, que es la misma inmensa bondad de Dios, infinitamente superior al bien vislumbrado en cada hombre en particular como fin de sus acciones. En la historia y los principios de la jurisprudencia civil se encuentran la huella y el signo de la presencia de Dios trascendente: la ciencia de la historia debe ser, por tanto, «(...) una teología civil razonada de la Providencia divina»¹⁷, que desarrolle un «(...) severo análisis del

¹³ VICO, *La Scienza*, cit., n. 333, p. 116.

¹⁴ *Ibid.*, n. 343, p. 124.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ ULPIANO, *Dig.I*, 1, 10.

¹⁷ VICO, *La Scienza*, cit., n. 342, p. 123.

pensamiento del hombre acerca de la necesidad humana o de la utilidad de la vida social, que son las dos fuentes perennes del derecho natural de gentes»¹⁸.

El derecho natural de gentes está constituido por las costumbres nacidas en todos los pueblos y en todos los tiempos, «con todas las costumbres humanas que han salido de la naturaleza común de las naciones»¹⁹: es un derecho no ordenado con leyes, sino connatural a la naturaleza humana, que es intrínsecamente sociable, ya que de ella han surgido las costumbres que rigen jurídicamente la vida civil. Tales costumbres, aunque susceptibles de corrupción y a menudo corruptas y deformadas, no son intrínsecamente injustas, pues «(...) el hombre no es injusto absolutamente por naturaleza, sino en tanto naturaleza caída y débil»²⁰. Precisamente en la base de las costumbres jurídicas justas se halla el libre arbitrio, aunque con la ayuda de la Providencia divina, sin la que la libertad humana es incapaz de realizar obras buenas.

Libertad y responsabilidad del hombre, por un lado, y Providencia divina, por otro, se encuentran en la historia dando vida a la civilización. Y aunque su encuentro sea misterioso, esto no implica que, a luz del sentido común, sean menos ciertas la libertad y la responsabilidad del hombre, la ordenación moral que constituye el dinamismo finalístico del orden cósmico, y Dios como causa primera y fin último en que la sociedad humana y todo el devenir cósmico sitúan su Principio. Es extraordinariamente significativo observar que los fundadores del Derecho natural moderno ponen en duda a un tiempo la libertad y la responsabilidad del hombre junto con el finalismo del orden cósmico —en particular desde Hobbes— y la Providencia divina, al menos a partir del *etsi daretur* de Grocio, en una negación simultánea de la evidencia primordial del sentido común del género humano: precisamente por ello, justificadamente y con acritud, Vico reprocha esencialmente a los fundadores del derecho natural moderno haber pasado por alto tanto la Providencia divina como los testimonios de los pueblos; por el contrario, deberían haber fundado sus sistemas sobre aquélla y sobre éstos, y de ese modo, «(...) coincidir con los juriconsultos romanos, que definen que el derecho natural de gentes ha sido ordenado por la Providencia divina»²¹. En realidad, frente a lo que afirma toda forma de voluntarismo jurídico, existe una estrecha analogía entre conocimiento de la verdad y voluntad de lo justo. El hombre, sociable por naturaleza, comunica a los demás hombres (...) *per communes veri aeterni*

¹⁸ *Ibid.*, n. 347, p. 125.

¹⁹ *Ibid.*, n. 309, p. 109.

²⁰ *Ibid.*, n. 310.

²¹ *Ibid.*, n. 310, p. 110.

*notiones*²² y es dotado de la palabra a fin de que, sirviéndose del mismo cuerpo que, por su finitud, es signo de la separación entre los hombres, *possit cum aliis rationem et verum communicare*²³. La naturaleza lo ha formado de tal modo que él alcance su fin viviendo en sociedad y en virtud del derecho, del cual es causa la honestidad, mientras que la utilidad es para él tan sólo la ocasión (*Utilitas occasio, honestas est causa iuris et societatis humanae*)²⁴. La utilidad no fue la madre del derecho, como no lo fueron la necesidad, el temor o la carestía, sino simplemente la ocasión «(...) *per quam homines, natura sociales et originis vitio divisi, infirmi et indigi ad colendam societatem, sine adeo ad celebrandam suam socialem naturam reperentur*»²⁵. Del mismo modo que el cuerpo no es la causa, sino la ocasión por la cual la mente llega a elevarse a la idea de lo verdadero, (...) *ita utilitas corporis non est causa, sed occasio ut excitetur in animo voluntas iusti*²⁶.

Las esferas de lo verdadero y de lo justo están mutuamente implicadas en un círculo de recíproca inherencia coesencial, de tal modo que, justamente en la formulación de Varrón que, según confesaba el propio Vico constituía el *initium* de sus escritos, la idea de lo verdadero es la *formula naturae quae nobis dictet ius naturale*²⁷.

II. LA PENA RETRIBUTIVA COMO SIGNO DE UN PRINCIPIO UNIVERSAL DE JUSTICIA CIVIL

También en relación al derecho punitivo es necesario indagar cuál es la *idea veri* que, aun con el cambio de los hechos y la afluencia de diferentes coyunturas de utilidad, constituye el tejido permanente de la justicia del ordenamiento. Precisamente esta cuestión es la que trataré de esbozar, no sin un cierto temor, en las páginas siguientes.

Entre las costumbres no establecidas con leyes, pero surgidas de la naturaleza común de las naciones, se encuentra la sanción penal retributiva, según la cual ha

²² VICO, *De universi iuris uno principio et fine uno*, en *Opere giuridiche. Il diritto universale*, edición a cargo de P. Cristofolini y con introducción de N. Badaloni, Sansoni, Florencia, 1974, capit. XLV, p. 59. Sobre la vinculación entre lo justo y lo verdadero y en una crítica del voluntarismo jurídico moderno, véase J.B. VALLET DE GOYTISOLO, «Del legislar como "legere" al legislar como "facere"», en *Verbo 115-116* (mayo-junio-julio 1973), pp. 507-548, y ahora también en *Estudios*, cit., pp. 941 y ss.

²³ *Ibid.*, p. 59.

²⁴ *Ibid.*, Capit. XLVI, p. 61.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, Capit. LV, p. 71.

de aplicarse al culpable del crimen una pena conveniente y adecuada a su gravedad. Ya en el siglo pasado, demostró L. Günther, en su monumental obra *Die Idee der Wiedervergeltung in die Geschichte und Philosophie des Strafrechts*²⁸ —en la que seguía, entre otros, los estudios de B.W. Leist sobre la historia jurídica de las poblaciones greco-italicas²⁹—, que la idea de la retribución es considerada en el centro de las experiencias jurídicas de todas las naciones antiguas, sin que la especificidad que caracteriza la punición penal en cada pueblo haga mella en un fuerte núcleo retribucionista común a todas ellas. El examen comparado de las costumbres penales practicadas por los antiguos permite poner en claro que cuanto más elevado es el nivel de autoconocimiento crítico-reflexivo de un pueblo sobre sus propias instituciones, más puro es y un mayor relieve adquiere el sentido retributivo que la conciencia popular asigna a la pena, a la par que aparece menos contaminado por elementos de conveniencia utilitarista.

Antes de proceder a efectuar algunas ejemplificaciones, es apremiante subrayar que el sentido retribucionista asignado a la pena por los antiguos es complejo y comprende en sí una pluralidad de giros en su significado, como posteriormente se intentará demostrar. De ahí que no pueda ser comprendido correctamente si se asume la retribución de acuerdo con la acepción secularizada en la que la entienden los autores modernos a partir de la obra de Hegel, quien comprometió la legitimidad ética de la retribución penal al destacar en la pena la referencia a una moralidad fundada sobre la trascendencia del ser³⁰.

En esta intervención desarrollaré exclusivamente algunas consideraciones relativas a algunas costumbres jurídico-penales de los antiguos israelitas, tal como se desprenden de los libros mosaicos, así como a los aspectos más evidentes del derecho penal vigente en los antiguos griegos y romanos.

En una mirada atenta al derecho de los antiguos israelitas, resultan extraordinariamente numerosos los pasajes del Antiguo Testamento en los que aparece de forma evidente el sentido retributivo de la pena, como «venganza» (*vendetta*) que ha de ser debidamente ejercitada frente a quien ha perpetrado la injusticia. De particular importancia es el instituto del vengador de sangre, presente en los libros mosaicos como en muchas otras culturas. Quien ha provoca-

²⁸ L. GÜNTHER, *Die Idee der Wiedervergeltung in die Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Ein Beitrag zur universal-historischen Entwicklung desselben*, Metzger Eißländer, Erlangen, 1889.

²⁹ B.W. LEIST, *Greco-italische Rechtsgeschichte*, Fischer, Jena, 1884.

³⁰ Sobre esta cuestión me permito una remisión a lo que ya expuse en *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 80 y ss.

do voluntariamente la muerte del hombre, cae en poder del vengador de sangre, que es pariente próximo del fallecido, y que debe matarlo en el mismo modo en que aquél mató a la víctima.

En el *Libro de los Números* 35, 16-21, tras la previsión de las ciudades de refugio para quienes han matado de forma involuntaria, se dice: «16. Pero si uno golpea a otro con un instrumento de hierro y el otro muere, es homicida y el homicida debe morir. 19. Será el vengador de sangre quien dará muerte al homicida, cuando lo encuentre le dará muerte». El deber del vengador de sangre es sagrado, porque responde a una exigencia fundamental de purificación religiosa, mediante la cual evita que la culpa recaiga sobre el pueblo, como se dice en los pasajes siguientes: «31. No aceptaréis precio de rescate por la vida de un homicida reo de muerte, porque se le deberá dar muerte... 32. Tampoco aceptaréis precio de rescate que permita al homicida refugiado huir de su ciudad de refugio y volver a habitar en su país antes de la muerte del Sumo Sacerdote. 33. No profanaréis la tierra que habitáis porque la sangre profana la tierra y la tierra no puede ser purificada de la sangre sobre ella derramada sino por la sangre del que la ha derramado. 34. No profanaréis por tanto la tierra que habitáis, en la cual habito yo también, pues yo soy Yaveh, el Señor que moro entre los israelitas».

El derramamiento de sangre pide venganza de sangre, como se dice en el *Génesis*, 9, con expresión que inaugura el nuevo orden del mundo después del diluvio, ya que el hombre es imagen de Dios: «5. Pues de vuestra sangre, o sea, de vuestra vida, pediré cuenta; pediré cuenta de ella a todo ser vivo, y pediré cuenta de la vida del hombre al hombre, a cada cual de la de sus semejantes. 6. Quien derrama sangre de hombre, verá la suya derramada por el hombre porque Dios ha hecho al hombre a su imagen. Vosotros, pues, sed fecundos y multiplicaos, llenad la tierra y dominadla».

En el *Libro del Exodo*, 21, 12-17 está prescrita la pena de muerte para quien voluntariamente ha causado la muerte de un hombre, así como para quien ha golpeado o maldecido a su padre o su madre, o para quien ha raptado a un hombre con el objeto de venderlo.

En el *Levítico*, 24, 10-23, se pronuncia la ley del talión en el mismo contexto del episodio concerniente al blasfemo conducido fuera del campamento y lapidado por toda la comunidad por su culpa. Del mismo modo que debe ser castigado con la muerte quien maldice a su Dios, así también merece la muerte quien mata a su prójimo: «17. A quien hiera mortalmente a un hombre también se le deberá dar muerte... 19. Si uno lesiona a su prójimo, será tratado de la misma manera... 20. Fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se le causará la misma lesión que él haya causado al otro».

En el *Deuteronomio*, 19, 1-21 se reiteran, en un amplio contexto que subraya la relevancia del perfil intencional de la conducta y la garantía de la salvación de quien ha actuado involuntariamente y sin odiar a la víctima, tanto la ley del talión («21. No tendrás compasión: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie») como la institución del vengador de sangre («12. Los ancianos de la ciudad lo mandarán prender y lo entregarán en manos del vengador de sangre, para que se le de muerte»).

Sin embargo, y aunque no es posible sino examinar el tema en aspectos muy particulares, es necesario todavía subrayar, en contraste con el hecho que de la rigurosa disciplina es ajena a todo finalismo general-preventivo, que —del mismo modo que está prevista la indagación sobre la intencionalidad de la conducta con la salvaguardia de quien ha actuado involuntariamente— está excluida la propagación de la venganza frente al inocente, aunque esté ligado al culpable por vínculos familiares. En efecto, en el *Deuteronomio* 24, 16 se dice: «No se dará muerte a los padres por una culpa del hijo, ni se dará muerte al hijo por una culpa de los padres; a cada cual se le dará muerte por su propio pecado».

En cuanto se refiere a la experiencia jurídica griega, ante todo es conveniente recordar que en la edad de los héroes, de la que representa un eco la literatura de la poesía épica, la venganza compensadora dispensada a modo de retribución aparece como algo grande y bueno, que los parientes próximos del fallecido o la misma víctima de la injusticia cultivan como su más sagrado deber.

Tanto Hesiodo en la *Teogonía*³¹ como Homero en la *Odisea*³² ponen de manifiesto que tanto los dioses como los hombres ejercitan la punición sobre los culpables mediante una emulación. Tal vez es en Esquilo en quien el deber de venganza asume el carácter más sagrado, hasta tal punto que Kholer —en su inteligente lectura de *Hamlet*, la tragedia de Shakespeare— pudo decir con razón que *Las Coéforas* de Esquilo «(...) son el más elevado cántico dedicado a la venganza de sangre, la glorificación del hijo vengador, que calma los manes estremecedores del padre fallecido»³³.

Apolo encomendó a Orestes la venganza como un deber sagrado, con la amenaza de amargos tormentos en el caso de que omitiese ejercer el justo castigo sobre el asesino de su padre: «No, ciertamente no puedo traicionar la dura

³¹ HESIODO, *Teogonía*, v. 88 : «εργων αντ' αδικων χολην επε ηκεν (Zeus) αμοιβην»

³² HOMERO, *Odisea*, I, v. 379 : «εγω δε εουσ επιβοσομαι αιεν εοπτας, / αικε πο ι Zeus δωσι παλιντιτα εργα ιιγενεδ αι».

³³ «(...) sind das hohe Lied der Blutrache, die Verherrlichung des rächenden Sohnes, der die grollenden Manen des gemordeten Vaters beruhigt». Cfr. JOS. KHOLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Wurzburg, 1883, p. 226.

y poderosa voz de lo Oblicuo. Suyo es el mandato de dar este paso arriesgado. Palabras me susurra al oído diciéndome: amenaza una gélida perdición sobre mi corazón enfebrecido, si no me aferro a quien golpeó a mi padre con idéntico arrebató «¡Muerte en retribución de la muerte», me dice claramente! ¡Si no, me costaría un gran precio: la vida! ¡Entre una multitud de amargos tormentos ! Y yo, he de infligir penas que ninguna compensación puede cancelar!»³⁴.

En efecto, la muerte exige muerte y la justicia reclama su saldo, como proclama el coro: «“Herida asesina con asesina herida se paga. Golpes a quien golpea”. Voz de un dicho milenario»³⁵. Y a Electra, que invoca justicia, responden las Coéforas: «“¡Deja ! Es ya ley: la sangre que gotea y mancha la tierra, reclama sangre. El delito que causa estrépito atrae la venganza: la venganza pronta –inspirada por los muertos del pasado– amontona sobre la perdición fresca perdición”»³⁶.

En fin, en la Atenas clásica, los fundamentos de la represión penal no cambian totalmente, relacionándose estrictamente con la noción de impureza (*μιασμά*) y la exigencia vindicativa de su purificación. Como ha hecho notar E. Karabélias in *La peine dans Athènes classique*, lo que verdaderamente convierte en necesaria la pena es la exigencia de eliminar del espacio cívico –de la ciudad entendida como comunidad política– la impureza provocada por el comportamiento delictivo: «El espacio cívico mancillado por el acto delictivo debe ser purificado por medio de una pena que posee la virtud de hacer desaparecer la mancha provocada por el comportamiento que ofende al ciudadano, a la *πολις*, al muerto, a la moral cívica, a la religión»³⁷.

Las nociones de la impureza y de la purificación se reencuentran en cada manifestación de la represión penal. Esta afirmación es válida en la punición del homicidio, del sacrilegio (*ἀγος*) provocado por la traición, del regicidio, del parricidio, de la omisión de sepultura de un muerto, de la violación del derecho de asilo, del adulterio –que da origen a una interdicción grave tanto en el hombre como en la mujer– o de la prostitución masculina, cuya consecuencia es el rechazo de la sociedad. La pena aplicada revela un contenido catártico y, por ello, purificador. Esto sucede en la *ᾠτιμια*, consistente en la privación o la suspensión de los derechos civiles o del prestigio social (*τιμη*) del condenado, quien se ve imposibilitado a ejercer sus derechos y se ve excluido de la participación en la vida cívica o religiosa, como si la Ciudad le hubiese retira-

³⁴ ESQUILO, *Las coéforas*, 269-277.

³⁵ *Ibid.*, 312-314.

³⁶ *Ibid.*, 400-404.

³⁷ E. KARABÉLIAS, «La peine dans Athenes classique», en *La peine. Recueils de la société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions*, De Boek, Bruselas, 1991, p. 79.

do su protección³⁸. El mismo destierro —pena «política» por excelencia acordada por la Asamblea sin procedimiento judicial previo— que se aplica a quien por *ῥβριζ* ha provocado el recelo (*φφουοσ*) del cuerpo social, tiene carácter de purificación, ya que el exilio purifica el exceso que puso de manifiesto el desterrado³⁹.

El procedimiento previsto para la imposición de la pena está modelado, en fin, sobre el concepto de la venganza pública y privada, como demuestra el área semántica de los términos que caracterizan la penalidad —*τιμωρεια, τιμωροσ, τιμωρειν, τιμορεισθαι*— que, a su vez, están revestidos de un profundo valor religioso, sobre todo en cuando se refiere al homicidio, y que evocan la venganza de la sangre. Si bien es cierto que Solón prohibió formalmente la venganza privada, el ciudadano ejercitaba la venganza igualmente provocando con una *κη φουου* la intervención de la justicia de la ciudad, cumpliendo de este modo con los imperativos morales derivados de la solidaridad familiar. Las modalidades procesales de tipo acusatorio, de carácter fuertemente antagonico, suponían que, en ausencia de la figura del ministerio público, la pretensión de que se impusiera una pena se ejercitaba ante los jurados (*heliastes*) por los acusadores privados; de esta forma, subrayaban y acentuaban el carácter vindicativo de la justicia pena en la Atenas clásica⁴⁰.

El incomparable filósofo Platón comparte la concepción de la pena como riguroso deber de justicia derivado de la exigencia de purificación del espacio social contaminado por el delito. Erróneamente, las interpretaciones modernas del pensamiento de Platón —por otra parte, tras el rastro de la superficial clasificación de Aulo Gelio en *Noctes Atticae* 7, 14, 1ss— han querido hacer de Platón, según los casos, un defensor de la prevención especial a partir de una lectura aproximativa de un pasaje del Protágoras⁴¹ *; o de la prevención general, a partir

³⁸ *Ibid.*, p. 117.

³⁹ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁰ Sobre lo indicado en el texto, cfr. de nuevo KARABÉLIAS, *op. cit.*, p. 82.

⁴¹ PLATÓN, *Protágoras*, 324. Aquí Platón deja hablar libremente a Protágoras, que parece querer decir que la punición razonable es tan sólo la establecida cara al futuro, a fin de que ni el culpable ni quien quiere castigarlo cometan más injusticias.

NOTA DEL TRADUCTOR : El texto del diálogo platónico *Protágoras* es un argumento frecuente en las discusiones de los penalistas modernos, especialmente en el sentido señalado como erróneo en el texto, aunque generalmente sobre la cita de SÉNECA en *De ira* I, 19: «nam, ut Plato ait, nemo prodens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur». Por lo general, el texto se interpreta como justificación prevencionista de la pena; es decir, en el sentido indicado en el texto, y al menos, como la expresión de una antítesis entre un derecho penal represivo y un derecho penal preventivo, como señaló ya NOLL (*Die etische Begründung der Strafe*, Tubinga, 1962, p. 4), quien subraya que las manifestaciones del diálogo platónico no proporcionan un marco cerrado sobre la teoría de la pena tal como la entendemos en la actualidad (*loc. cit.*, nota 26). Recientemente, LESCH (*La función de la pena*, traducción al castellano de Sánchez-Vera, Madrid, 1999, p. 21), sobre el texto de *Protágoras*, intenta enmarcar las teorías preventivas en su sentido moderno.

de una lectura también aproximativa del pasaje del Gorgias citado por Aulo Gelio⁴². En realidad, Platón no niega, sino que reafirma la concepción de la venganza purificadora. Con la profundidad de esta reflexión pretende alcanzar, mediante la dialéctica del discurso filosófico, el significado de la pena como *bonum* para el reo, en cuanto constituye también un camino hacia su propia salvación y redención. Este significado era puesto en evidencia por la mitología en una forma icástica, sin llegar a explicar de modo racional, sin embargo, su fundamento y alcance. En otras palabras, Platón ha puesto las bases conceptuales para el reconocimiento racional de que la pena contiene intrínsecamente un valor medicinal para el culpable, especialmente en el pasaje del Gorgias en el que, dirigiéndose a Polo, afirma que la infelicidad de quien comete una injusticia es todavía más grave si no expía la pena y no recibe la punición por la injusticia cometida⁴³. No obstante, en todo caso la concepción de la pena como retribución debida por el maleficio consumado, de modo que no sea contaminado el espacio de la ciudad, se encuentra en el primer plano del pensamiento de Platón y expresamente proclamada en *Las Leyes*, IX 871: «Quien con premeditación y sin legítimo motivo ocasiona con sus manos la muerte de su conciudadano, sobre todo debe mantenerse lejos de los lugares públicos; y que no contamine los templos, el ágora, los puertos o cualquier otra reunión pública; que se le prohíba a cualquiera que no siendo —que la ley lo prohíba, ya que la ley que lo prohíba en nombre de todo el estado es y será para él siempre manifiesta— o siendo pariente del muerto, de la parte masculina o de la parte femenina, hasta el grado de los primos, para que cuando deba hacerlo, se le impida que no cite ante el tribunal al homicida o que no le prohíba abstenerse en la vida pública, pues ante todo recaerá sobre él la mancha del delito y el odio de los dioses; en segundo lugar, estará obligado a comparecer en juicio si cualquiera quiere vengar al muerto. Quien quiera cumplir con esta venganza, que ejecute a la perfección lo que se hace en relación con los sacrificios expiatorios y a todo lo que prescribe la divinidad en similares circunstancias; por consiguiente, una vez hecha la debida citación ante el tribunal, constríñase al reo a someterse a la acción de la justicia conforme a la ley»⁴⁴. Los mismos conceptos se expresan en *El Político*, cuando, hablando de la constitución recta, Platón dice que son justos los gobernantes con los que rinden al Estado lo mejor que les es posible

⁴² PLATÓN, *Gorgias*, 525b. Sobre este texto, véase MACKENZIE, *Plato on Punishment*, Berkeley-Los Angeles-Londres, 1981, y en particular p. 186. Sobre el pasaje de AULO GELIO véase recientemente el intento de reconstrucción filológica de O. DILIBERTO, «La pena tra filosofia e diritto nelle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio», en *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Jovene, Nápoles, 1993, pp. 121 y ss.

⁴³ PLATÓN, *Gorgias*, 472e.

⁴⁴ PLATÓN, *Las Leyes*, 871 abc.

cuando ejercitan la justicia y purifican el Estado mediante la muerte y la expulsión de los ciudadanos malvados (293) o cuando dice que el arte de gobierno o de la política expulsa del Estado, con la punición de la muerte, del exilio o de la máxima deshonra, a aquéllos que «(...) no están dispuestos a participar de una forma de vida valiosa y sabiamente temperante y aquéllos otros que, aun tendentes a la virtud, son repelidos hacia el ateísmo, el desorden, la injusticia de la violencia de una naturaleza malvada»⁴⁵.

También el más antiguo derecho romano revela que la idea inspiradora de la pena era la venganza restauradora y purificadora. No es posible aquí adentrarse en el examen de las fuentes, en particular de las XII Tablas, donde expresamente se hace mención del talión para el *membrum ruptum* y es manifiesta la función de la pena como satisfacción en las diversas hipótesis de hurto. Por ello resulta oportuno detenerse un poco en la *sacratio capitis*, que consiste en el abandono del reo a la divinidad, prevista todavía en época histórica para los crímenes políticos de particular gravedad, en los que es menos evidente que en otras penas el perfil vindicativo. Ello sucede de tal forma, que algún autor ha querido individualizar en la pena de *sacer esse*, además de en el depósito noxal, un estadio punitivo anterior al de la venganza, contraponiendo entre sí dos fases distintas de desarrollo sancionatorio⁴⁶. Carlo Gioffredi, aun reconociendo que en la *sacratio capitis* es menos evidente la función de venganza, ha mantenido que la devolución a los dioses, en los casos en que un crimen esté constituido por la subversión de las instituciones de la ciudad y por el hecho de pasarse al enemigo, no representa sólo un abandono del reo a la venganza de la divinidad, sino también una explicación de la venganza de la comunidad, una compensación por la turbación y por el peligro ocasionado, así como un acto de defensa según una pluralidad de valores y de significados propios de la función penal⁴⁷.

Para encuadrar correctamente el problema, creo útil tomar como punto de partida la intuición de Rudolf von Ihering, para quien la pena del *sacer esse* en su origen no era tanto una pena como una condición, surgida del mismo hecho del delito, por la que el culpable quedaba separado de los dioses y de los hombres. En consecuencia, el delincuente perdía toda comunión con la divinidad y con la comunidad y quedaba excluido de toda relación con ellos definitivamente, a no ser que fuera procedente una purificación reconciliadora. El hombre impuro que no podía ofrecer consumir un sacrificio a la divinidad (*Festo, sub*

⁴⁵ PLATÓN, *Político*, 293 ; *ibid.*, 309.

⁴⁶ DE ROBERTIS, en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 169 y ss.

⁴⁷ C. GIOFFREDI, *I prinzipi del diritto penale romano*, Giappichelli, Turín, 1969, p. 43.

veoce sacer... neque fas est eum immolari) era apartado de todos y cualquiera estaba autorizado a matarle. No podía participar con los demás en los bienes de la comunidad sin contaminarles, y principalmente en relación con el agua y el fuego, símbolos de la pureza, pues la comunidad decretaba la expulsión con *el aquae et igni interdictio*. La separación de la comunidad es, al mismo tiempo, impureza religiosa, en tanto que —como resalta Ihering— «...el fuego y el agua, símbolos de la pureza, no podían faltar en cualquier acto dirigido a fundamentar una sociedad en la que se toma en consideración lo religioso, como en los sacrificios que unen a Dios con los hombres en la consumación de las nupcias, de las alianzas u en otros similares. De ahí que la patria no sustraiga estas cosas al delincuente fugitivo, pues son elementos indispensables para la vida, como se piensa generalmente; aunque por medio de aquellos símbolos, propios de una comunidad sin temores, lo expulsa de la sociedad que contaminaría con su presencia. Todo lo que él abandona se dedica al templo y se destina al culto de los dioses, y la comunidad, al repudiar de ese modo a la persona como materia del malhechor, puede esperar confiadamente de los dioses que no reclamen de ella la expiación de la deuda de uno de los suyos»⁴⁸.

De este modo se produce un vuelco en la perspectiva conceptual: la pena de *sacer* no es la pena con la cual la comunidad priva a cualquiera de algunos bienes, sino más bien el *status* jurídico de absoluta privación del hombre impuro por la culpa, pues éste ha perdido la comunión con la divinidad y, por consiguiente, con los otros hombres, de tal modo que ha sido abandonado a los dioses infernales. La pena, por el contrario, es el camino que permite la purificación y, por tanto, la reconciliación: también la muerte impuesta como pena contiene algún germen de reconciliación en forma de purificación de la sociedad y del mismo culpable. Antes bien, la pena es en sí misma una purificación, como la revela la etimología del término utilizado para designarla: la voz *poena* da a entender la idea de pureza; *castigatio* y *castum agere*, por el cual se purifica al impuro, al inmundo; *luere*, en particular en la frase *poenas luere*, explica el significado de lavar, purgar (*lustrum*, *lustratio*, *lustricus*); *supplicium*, la pena capital, etimológicamente significa el acto de aplacar a los dioses (*subplacare*, *supplex*)^{49 50}.

⁴⁸ R. VON IHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi punti del suo sviluppo* (traducción al italiano del original en alemán), Pirotta, Milán, 1855, p. 225.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 226.

⁵⁰ El paso del *sacer esse* desde su consideración como un estado al carácter de pena está relacionada probablemente con el fin de la época migratoria y con el asentamiento territorial, según la hipótesis brillantemente desarrollada por G. SABATTINI, *Sacer, Sacertas, Sacramentum. Alle origini dello ius Quiritium*, Turín, 1970 (inédito).

Ha de tenerse en cuenta, por un lado, la ausencia de distinción originaria ente la dimensión religiosa, la dimensión psíquica y la dimensión física, vividas en forma unitaria en la experiencia del mundo característica de la mentalidad mítica y pre-reflexiva. Por otra parte, es también preciso considerar que el lenguaje provoca, según la genial intuición de Mircea Eliade, una fractura vertical a lo largo del plano horizontal del ser. De ello se desprende que el *sacer esse* debía expresar, como ha sostenido Giancarlo Sabattini, un significado específico para cada uno de los planos del ser: a) en el plano físico y material, significaba separación irremediable del conjunto social; b) en el plano psíquico, significaba sentimiento moral de ser rechazado por la sociedad o sacrificado por ella; c) en el plano religioso, pertenencia a los dioses (infernales o habitantes de la tierra)⁵¹. En la época histórica, queda este último significado, que tiende a expresar no tanto el estado ontológico de quien ahora, por el mismo hecho del delito, es privado de la comunión con los dioses y con los hombres, sino más bien la consecuencia sancionatoria del delito cometido, donde la causalidad humana viene proyectada sobre el transcurso de los acontecimientos a modo de explicación de un suceso misterioso: no se es sacro (es decir, separado y consagrado a la divinidad) en tanto culpable, sino más bien en cuanto condenado por ser culpable.

Posteriormente, si se quiere encontrar la prueba histórica —además de la etimológica— de que la pena no consiste en el *sacer esse*, sino en la purificación de ese estado, puede evocarse el episodio del Horacio superviviente que mata con la espada a la hermana que llora la muerte de uno de los Curiacios, de quien estaba prometida en matrimonio. Cuenta Livio que el joven condenado por los duunviro por el delito de alta traición, en ese momento próximo a ser ejecutado, había apelado al pueblo, que le absuelve después de la arenga del padre: ...*admiratione magis virtutis quam iure causae*⁵². Sin embargo, el delito no pudo ser expiado por una intrínseca necesidad civil y religiosa, de tal modo que fue ordenado al padre hacer un sacrificio expiatorio por el hijo a cargo del erario público (*itaque ut caedes manifesta aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri tu filium expiare pecunia publica*)⁵³ *.

⁵¹ SABATTINI, *op. cit.*, p. 15.

⁵² TITO LIVIO, *Historia de Roma desde su fundación*, I, 26.

⁵³ *Ibid.*

*NOTA DEL TRADUCTOR: La escena que rememora es la de la lucha entre dos grupos de «tres hermanos gemelos, muy parejos en edad y fuerza» en cada uno de los Ejércitos de Roma y de Alba, que entraron en guerra como consecuencia de diversos saqueos en los territorios respectivos. Estos eran los Horacios y los Curiacios, aunque el mismo Tito Livio confiesa no poder saber a qué ejército pertenecían cada una de estas familias, pese a pensar que es más probable que los Horacios fuesen romanos. Los reyes plantearon que la guerra debería resolverse en una

El delito postula la necesidad de purificación; la pena es la vía que rescata la culpa y reconcilia al culpable con la divinidad y la comunidad de la que había sido separado a causa del delito.

Como ha subrayado con profundidad Matthias Vereno, que ha examinado en una perspectiva filosófica la experiencia de la pena en las culturas pre-reflexivas, predomina en la conciencia de quienes imponen la pena no tanto el concepto de la perdición del condenado, sino más bien el de la salvación de la humanidad: «Ésta expía y se purifica sacrificando aquél de sus miembros que se ha convertido en culpable, incluso cuando su ejecución o su expulsión no representa un sacrificio de culto»⁵⁴. La circunstancia de que el procedimiento punitivo se haya desarrollado en la forma del rito confirma que, para la mentalidad arcaica, el aspecto esencial es el de la expiación y la purificación: «Ciertamente no es un rito: palabra que anuncia y manifiesta inmediatamente lo que las fuerzas que se encuentran por encima del hombre han hecho para fundar el κόσμος, el mundo de lo sagrado y del orden, y la vida de la comunidad –y estas ejecuciones extremas por sí mismas no pueden implicar sólo una mera resta sin rendimiento con este mito ejemplar. En ellas, en efecto, se hace presente y se realiza el punto culminante de este mito: la victoria de las fuerzas del bien, del orden, que dispensan salud, sobre los poderes del abismo. Es decir, sobre los poderes del caos, enemigos del ser y destructores, a los que el condenado es entregado como víctima; pero ello no hace sino poner de manifiesto a quién pertenece él realmente. Y en el momento en que la sociedad triunfa sobre el transgresor del derecho, ella renueva y re-presenta la victoria de los dioses de la luz creadores del orden: Marduk contra Thiamat, los Devas contra los Asuras, los dioses del Olimpo contra los Titanes. Por ejemplo: la ejecución que consiste en precipitar al condenado desde lo alto de una peña presenta

lucha entre los gemelos, y en esa lucha vence uno de los Horacios, pues los otros dos perecen en combate. Cuando entra victorioso mostrando los despojos de los gemelos derrotados, su hermana, que había estado prometida a uno de los Curiaceos, comienza a llorar a su prometido muerto. El Horacio superviviente se encoleriza y atraviesa a su hermana con su espada. El Horacio fue acusado ante el rey, y éste, para no asumir la responsabilidad sobre el caso, reunió a la Asamblea del pueblo y nombró duunviros para que juzgasen a Horacio, y que le condenaron a muerte. Horacio apeló la sentencia y se abrió el debate ante el pueblo y el padre de Horacio, Publio Horacio, pronunció un emocionante discurso tras el cual «lo absolvieron, más por admiración a su valentía que por la justicia de su causa». No obstante, el padre de los Horacios tuvo que realizar sacrificios expiatorios con cargo al tesoro público y se convirtieron en una tradición de la familia de los Horacios. Así, Publio Horacio cruzó un tronco en la calzada e hizo pasar por debajo al joven con la cabeza cubierta, como si fuera bajo un yugo (ver TITO LIVIO, *Historia de Roma*, I, 24-26).

⁵⁴ M. VERENO, «La peine comme rite dans l'histoire des religions», en *Le mythe de la peine*, Aubier, Roma, 1967, p. 288.

una evidente analogía con la caída de los demonios, como en el caso de los Titanes precipitados en el Tártaro»⁵⁵ *.

También en el derecho romano de la edad histórica la esencia propia de la pena se encuentra en la exigencia de realizar la justicia retributiva, y no en la persecución de fines exteriores, como sería la intimidación, la enmienda o la prevención especial de la recaída en el delito. Es verdad que las fuentes mencionan este finalismo, ya sea la intimidación social a través de la ejemplaridad de la condena, ya sea la enmienda del reo o la prevención especial. Entre muchos otros pasajes, puede leerse, tanto en fuentes literarias (Aulo Gelio, en *Noctes Atticae*, 16, 14) como en fuentes jurídicas, en relación con la intimidación (Ulpiano, en el libro *de poenis: quod quidem facendum est, ut exemplo deterriti minus delinquant*⁵⁶; o Claudio Saturnino⁵⁷) y con la enmienda (Paulo, que explicando la razón de la intransmisibilidad de la pena a los herederos, trae a colación el objeto de la pena: *...quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit*⁵⁸). No obstante, estos fines exteriores se yuxtaponen a un núcleo retributivo bien definido y determinado, que caracteriza la esencia de la pena y que no necesita ser recalcado por encontrarse ya impreso de modo casi indeleble en la estructura del acto punitivo y en la conciencia común. Es significativo entonces que la esencia retributiva de la pena emerja casi proverbialmente en los versos de los poetas (de Fedro, de Séneca o de Horacio)⁵⁹, en los asertos de los historiadores (de Livio o de Tácito)⁶⁰ o en las reflexiones de los oradores (en especial de Cicerón) más que en las sentencias de los juristas. En efecto, los juristas no definen la esencia de la pena, sino que se limitan a resolver los casos prácticos a la luz de los finalismos exteriores que hacen comprensible

⁵⁵ *Ibid.*

*NOTA DEL TRADUCTOR: Como es sabido, los Titanes, en la mitología griega, eran las divinidades que precedieron a los dioses del Olimpo en el gobierno de mundo. Tras ser vencidos por Zeus y los dioses del Olimpo, los Titanes que no se unieron a los dioses del Olimpo fueron arrojados al Tártaro; es decir, al abismo de los Infiernos.

⁵⁶ ULPIANO, *Dig., de poenis*, 48, 19, 6, 1.

⁵⁷ CLAUDIO SATURNINO, *eod.*, 48, 19, 16.

⁵⁸ PAULO, *eod.*, 48, 19, 20.

⁵⁹ FEDRO, *Libro I*, fábula 25, v. 12: «Sua quisque exempla debet aequo animo pati»; SENECA, *Herc. Fur.*, act. 3, v. 734, 735: «Quod quisque fecit patitur: auctorem scelus repetit suoque premitur exemplo nocens»; HORACIO, *Satir. I*, 3, v. 117: «Adsit regula, peccatis quae poenas irrogat aequas».

⁶⁰ TITO LIVIO, *op. cit.*, X, cap. 40: «habet poenam noxium caput»; también en XXVI, donde Marcelo dice: «Quis passus hostilia, cum fecerit, indignabitur?»; TACITO, *Anales*, III, 69, quien indica que la pena es una justa y necesaria consecuencia del delito: «sic a majoribus institutum, ut sit anteissent delicta, poenae sequerentur».

la razón por la que la pena, en la situación en particular, no debía ser aplicada o debía tener unas características determinadas.

En Cicerón, el tema de la retribución alcanza su cumbre conceptual, tal vez todavía no superada. Ante todo, aun cuando no aparece de forma expresa en *De Legibus* una definición formal, todo el desarrollo conceptual del libro primero, anclado sobre la soberanía de la justicia como regla válida tanto para el hombre recto como para la *respublica* que persigue el bien común, presupone como fundamento la idea de la justa retribución. Precisamente en el capítulo 41 se encuentra la crítica magistral a cualquier forma de prevención general. Cicerón pone como modelo de la pena la denominada pena natural, como angustia del remordimiento y tormento de la culpa (*angore conscientiae fraudisque cruciatu*)⁶¹ y recuerda la experiencia de los antiguos, que no imponían la pena con procesos (probable reminiscencia de la *sacer esse* arcaica) satisfecho con la pena natural. De este modo, observa que si fuese la pena y no la naturaleza lo que ha de mantener a los hombre lejos de la culpa, entonces la justicia no regiría el mundo, pues, eliminado el temor de la pena, el reo sería feliz. A la inversa, y de forma simétrica, si fuese la punición y el temor a la pena lo que mantuviese lejos de la culpa, y no su propia inmundicia, no existiría entonces más bondad o maldad, y el culpable sería más bien imprudente antes que deshonesto. Por consiguiente, como crítica válida en todo tiempo y en cualquier circunstancia a las teorías de la prevención general, Cicerón puso en evidencia de una vez por todas que la pena jurídica no constituye un medio adecuado para impedir el delito, sino que representa su justa consecuencia. Sólo indirectamente, en cuanto se respete de modo riguroso el criterio de la justa retribución, la pena —ejercitando sobre la conciencia social una influencia en la confirmación del juicio de la conciencia— posee un efecto de carácter preventivo: el efecto mediato de reconocimiento social de la justicia de la pena y no derivado directamente de una amenaza emitida de la voluntad del soberano⁶².

Por otra parte, en muchos pasajes de *De Legibus*, Cicerón afirma expresamente la correspondencia de la pena retributiva, proporcionada a la gravedad del delito, con la justicia. En el libro III, capítulo 20, proclama que la pena justa es aquella cuyo carácter corresponde a la naturaleza del delito:

⁶¹ CICERÓN, *De legibus*, L. I, cap. 25.

⁶² Ciertamente, la teoría positiva de la prevención general recoge algunos aspectos efectivamente presentes en la pena. Sin embargo, ha de rechazarse la absolutización de tal criterio, que se separa del necesario presupuesto retributivo, como sucede en el caso de JAKOBS, en *Schuld und Prävention*, Tübinga, 1976; también en «Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989), pp. 516 y ss.

*noxiae poena par est, tu in suo vitio quisque plectatur, vis capite, avaritia multa, honoris cupiditas ignominia sancitur*⁶³; en *De officiis* 1,25 explica el principio de proporcionalidad: *Cavendum est, en maior poena quam culpa sit*⁶⁴.

Ha de recordarse después el estupendo pasaje de *De inventione*, II, c.53, en que la pena, considerada en su fuente, aparece constituida por la justicia como virtud cardinal del hombre. Dos son las partes de lo justo: la «simple», por un lado; y la «mixta», en la que lo justo se mezcla con lo útil, por otro. La parte simple, que encierra en su esencia todos los atributos de lo justo, y la virtud, hábito espiritual conforme a la norma natural y a la razón (*Nam virtus est animi habitus naturae modo atque rationi consentaneus*)⁶⁵. La virtud se divide en cuatro partes: prudencia, justicia, fortaleza y templanza. La justicia es el hábito mental que garantiza a cada uno su dignidad no desunida del interés común. Por tanto, un origen natural; seguidamente, ciertas acciones entran en uso, conforme al criterio de utilidad; después, el temor a la ley y el sentimiento religioso consagran cuanto era connatural con ella, además de aquello que ha sido reconocido como útil por la costumbre. El «derecho natural» no es algo a lo que se dio origen de modo arbitrario, sino que una fuerza indefinible lo inculcó en la misma naturaleza, como la «religión», la «piedad», la «gratitud», la «venganza», la «reverencia», la «verdad». Con la «venganza» alejamos la violencia y la injusticia y, en una palabra, todo lo que puede ser dañoso, como defensa y vindicación (*vindicatio, per quam vis aut iniuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur*)⁶⁶

La raíz común de la defensa y de la pena es la justicia, como fuerza misteriosamente inculcada por Dios creador en la naturaleza del hombre para proveer a él mismo y a los otros la conveniencia propia como ser libre y racional.

No es éste el lugar para un examen más detenido de las fuentes romanas. Para finalizar, ha de ser suficiente el hecho de haber mencionado los lugares en los Cicerón deja traslucir la sabiduría de los gentiles, prácticamente presagio de la luz sobrenatural que la irrupción del Hijo de Dios, *Sol Iustitiae*, habría de traer a la humanidad pocos años después de la proclamación en términos racionales del verdadero derecho natural de gentes.

⁶³ CICERÓN, *De legibus*, L. III, cap. 20.

⁶⁴ CICERÓN, *De officiis*, L. I, cap. 25.

⁶⁵ CICERÓN, *De inventione*, II, cap. 53; en idéntico sentido, en *ibid.*, I, cap. 22.

⁶⁶ *Ibid.*, cap. 53.

III. LOS CARACTERES ESENCIALES DE LA PENA JURÍDICA

El anterior estudio filológico hace conveniente ahora una verificación filosófica según el método enseñado por Vico, de acuerdo con el cual la certeza filológica corrobora la verdad filosófica, y esto refuerza a su vez la autoridad de aquello.

Si se prescinde de los objetos exteriores que la pena puede accidentalmente reunir —entre los que hay que considerar la importancia de la contribución eventual *ab externo* para refrenar la osadía y la arrogancia de quienes, por su inveterada dedicación al crimen, no sienten ya en la conciencia la mordedura y la angustia de la pena natural— la pena parece componerse de diferentes elementos, que han de ser contemplados en su profunda unidad para profundizar en el significado y el sentido de la pena. El análisis de cada elemento en sí mismo es ciertamente útil, siempre que, pese a todo, no se pierda la visión de conjunto, que sólo consigue penetrar en todo caso el sentido del sufrimiento humano en que la pena se consuma, y que en su último análisis ha de ser siempre misterioso.

En primer lugar, la pena debe ser vista en su estrecha conexión con el delito, entendido éste como acto en el que el autor abusa de su libertad y con el que viola el principio fundamental de responsabilidad. En segundo lugar, se ha de observar, como punto de tránsito de la culpa a la pena, el *status* de separación de Dios y de los hombres en el que el reo se encuentra por el mismo hecho del delito. En tercer lugar, es preciso advertir que el deber de reafirmar la justicia atacada, que procede de la inclinación del hombre a la justicia que es infusa en la mente del hombre, constituye el principio que mueve a la sociedad a castigar. En cuarto lugar, ha de contemplarse, con una visión un poco refinada, la eficacia purificadora y reconciliadora de la pena. Este último es el aspecto más problemático, y sobre el mismo se ha de intentar una profundización particular.

Es oportuno, ante todo, dirigir la mirada al primer elemento intrínsecamente connatural a la experiencia de la pena, consistente en la violación del principio de responsabilidad, en la lectura que surge de la luz propia de la ecuación: libertad = responsabilidad. El hombre responde frente a Dios y a los hombres por el abuso y la pérdida del fin de su propia libertad. La filología no certifica totalmente una condición originaria en la cual la imposición de la pena habría prescindido de la responsabilidad individual, sino más bien una condición diametralmente opuesta, de acuerdo con la cual se ponía a cargo del hombre una responsabilidad excesiva y superior respecto a lo que habría sido humanamente justo sobre la base de la naturaleza y al alcance de los acontecimientos. La falta de conocimiento de los procesos de causalidad naturalística y cortocircuitos de tipo mágico-sacro fueron probablemente el origen del objetivismo penal que a

veces puede verificarse en las experiencias más arcaicas de la pena. Sin embargo, este objetivismo, no es consecuencia de la ignorancia o del rechazo del principio de responsabilidad; por el contrario, o bien se trata de una de una sobrevaloración del principio, o bien de su aplicación errónea al caso concreto. En ese sentido, la opinión positivista, bien compendiada por Franz von Liszt en el Programa de Marburgo, queda por completo abatida: en el origen de la pena no se encuentra la indiscriminada y ciega defensa contra el acto dañoso, sino la estigmatización ético-religiosa —a veces impropia y excesiva— del acto que viola el orden cósmico con el cual la vida social aparece indisolublemente unida.

En el fundamento de la pena se encuentra la experiencia de la libertad del hombre, como evidencia espontánea y originaria, presente en la mente antes e independientemente de toda reflexión. Como ha observado Antonio Livi, la libertad es una evidencia primaria «...que la reflexión ilumina, pero no crea, no produce»⁶⁷. La fenomenología, en efecto, describe la experiencia de la libertad; la metafísica «justifica (con una razón ontológica) cuanto ha sido relevado por la fenomenología, refiriéndolo todo a la estructura del ser personal (sustancia espiritual, alma que vivifica y trasciende la materia)»; pero «ni la fenomenología ni la metafísica prueban la libertad: la justificación metafísica, en particular, es la explicación de como el hombre puede ser capaz de actos libres, pero a partir de la evidencia de tales actos libres; si la reflexión filosófica no lo aceptase como evidencia, nunca más sería posible recuperarlos. La libertad sólo puede ser un dato de partida, pero puede ser una conclusión a partir de otras premisas»⁶⁸.

La evidencia de la libertad en el sentido común del hombre como causa eficiente del acto personal —de este modo experimentado como propio, orientado autónomamente hacia un fin, como valor conocido y escogido en cuanto tal— constituye el presupuesto esencial de la pena. Libertad como condición de posibilidad del derecho penal y, por consiguiente, como presupuesto de racionalidad y de no contradicción de la ciencia particular que estudia el delito y la pena en el ordenamiento civil; no conclusión que se podría derivar de otras premisas, sino evidencia originaria del mismo pensamiento de la pena.

Tiene valor aquí el recuerdo de la *Dignità* XII y XIII de Vico, para quien, respectivamente «el sentido común es un juicio sin reflexión alguna, comúnmente sentido por todo un orden, por todo un pueblo, por toda una nación o por todo el género humano» (XII), y «las ideas uniformes nacidas en pueblos enteros desconocidos entre sí deben tener un motivo común de verdad» (XIII).

⁶⁷ LIVI, *Filosofía del senso comune*, p. 134.

⁶⁸ *Ibid.*

Ahora bien, la experiencia de la libertad es contenido material del sentido común en todos los pueblos. Y la idea de la pena, como retribución debida por la pérdida de los fines propios de la libertad hacia la nada, que rompe la unidad y la belleza del cosmos, tiene el motivo común de verdad en la experiencia esencial de la libertad como prerrogativa del ser hombre, «...como emergente en las confrontaciones de la naturaleza, precisamente porque su causalidad racional se manifiesta de hecho como cualitativamente superior a la causalidad de todos los demás seres que no sean seres personales como el mismo sabe serlo»⁶⁹.

El segundo elemento de la experiencia penal es la percepción en orden a la separación del culpable de la comunidad de las cosas divinas y humanas y el consiguiente sentimiento de abandono, de aislamiento y de soledad en que se viene a encontrar el hombre por el mismo hecho del delito, antes e independientemente de toda reacción directa contra él *ab externo*. Este sentimiento es el signo psicológico de la herida ontológica que se produce en el culpable al advertir una contradicción entre la realidad existencial y la verdad que el sentido común le revela espontáneamente en relación con su creatividad, referida a su dependencia de Dios creador y providente. Como ha recordado Livi, la última evidencia del sentido común es —a través del principio causal— «...es la evidencia del Ser, razón última del mundo: de su existencia, de su orden, de sus fines, de sus posibilidades materiales y espirituales»⁷⁰. El sentimiento de separación, que surge como efecto de la percepción de que se ha interrumpido la relación con Dios creador y providente, se agudiza mudándose de color en experiencia de abandono y soledad, no tanto en la mirada de Dios como en la de los otros hombres. El carácter natural de la vida social constituye una ulterior evidencia, aunque sea puramente mediata, del sentido común. Ciertamente, la sociabilidad natural del hombre constituía corolario evidente de su neutralidad de su carácter de criatura y de su dependencia de la Providencia divina hasta el grito impío de Hobbes que, erigiéndose frente a la tradición, osó sostener que el hombre no era «...un animal capaz ya desde el nacimiento para vivir en sociedad»⁷¹ y, por tanto, estaba íntimamente ordenado por naturaleza a dañar a los otros y a ayudarse sólo a sí mismo. La filología, sondeada luminosamente por Vico, encuentra en otra parte lo que el sentido común descubre espontáneamente. En efecto, «las cosas fuera de su estado natural ni

⁶⁹ *Ibid.*, p. 135.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 138.

⁷¹ T. HOBBS, *De cive* (traducción al italiano en la edición a cargo de N. Bobbio, *Opere Politiche*, UTET, Turín, 3ª edic., 1988) cap. I, 2, p. 82. Sobre la voluntad natural de dañar, en cap. I, 4, p. 88.

se asientan ni resisten»⁷² y «el género humano, hasta donde alcanza la memoria del mundo, ha vivido y vive tolerándose en sociedad». Entonces queda resuelta «la gran disputa» en el sentido de la tradición: «si hay derecho en la naturaleza o si la naturaleza humana es sociable»⁷³. De esta forma, el derecho natural de gentes, nacido consuetudinariamente en virtud de la naturaleza común de los hombres, conserva providencialmente a la humanidad con miras a la consecución del bien más grande, que es Dios mismo: «...el hombre no es en absoluto injusto por naturaleza, sino débil por su naturaleza caída» (*Degnità CIV*)⁷⁴. La separación y el abandono que introduce el delito son signo de la rotura del orden cósmico y, además y del mismo modo, de la herida inferida al orden de la justicia. Es un desorden que el culpable provoca a la fuerza en el orden indicado, que es el orden proporcionado de participación de cada uno al bien común de todos.

Las consideraciones precedentes permiten pasar con facilidad al tercer aspecto esencial para el derecho penal, que consiste de modo específico en la pena.

Ya se hizo notar, sobre todo con referencia al instituto de la *sacer* arcaica, que no existe coincidencia entre separación y pena. La primera es, en cualquier modo, la consecuencia natural del delito; la segunda constituye al mismo tiempo el signo físico que subraya en el mundo fenoménico lo que ya ha sucedido en el mundo ontológico y el germen del rescate y de la reconciliación entre delincuente y comunidad. Ambos aspectos, aunque constituyen dos lados de la misma realidad, han de ser examinados de forma separada.

Como se ha visto, la pena natural —como sentimiento de la separación y sufrimiento congruente con ese estado— constituye la consecuencia necesaria del delito, impresa por Dios en el orden mismo de las cosas y en la naturaleza del alma. Santo Tomás de Aquino⁷⁵ subrayó esta verdad en forma extraordinariamente clara, en la línea de la sabiduría antigua, pagana y cristiana. Séneca había dicho: *Prima et maxima peccantium est poena, peccasse; nec ullum scelus impunitum est: quoniam sceleris, in scelere, supplicium est*⁷⁶. También San Agustín: *Iussisti enim, et sic est tu poena sua sibi sit omnis ordinatus animus*⁷⁷. Y Vico, con precisión y particular profundidad: *Hoc autem poenae genus est*

⁷² VICO, *La Scienza*, cit., n. 134, p. 74.

⁷³ *Ibid.*, n. 135.

⁷⁴ *Ibid.*, n. 310, p. 109.

⁷⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologie*, I^a-II^{ae}, q. 87 (*de reatu poenae*).

⁷⁶ SENECA, *Epist. ad Lucilium*, XCVII.

⁷⁷ SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, I, 12.

*omnium maxime proprium, a «poenitendo» dictum, nempe pravi facti conscientia, quae nihil aliud est nisi ignorati veri pudor, quantum ex ignorazione veri turpitudine conflata est*⁷⁸.

Cuando se asegura, como hace Vico, que la pena es *conciencia* de la acción mala, se afirma que la pena consiste en el conocimiento común, que vincula a los autores y a los demás miembros de la sociedad, del carácter malo de la acción. En otras palabras: la pena se encuentra en la revelación para la conciencia común del reo y de las personas que lo circundan sobre el significado restablecido del delito, comprendido como rechazo y separación de lo recto y de lo bueno. Del mismo modo que el conocimiento de la acción recta y el premio del reconocimiento de la verdad es puesto por Dios en la justicia, también la conciencia de la acción mala y el castigo del desconocimiento de la verdad es puesto por Dios en la injusticia. Si puede sostenerse con justo título que Dios mismo es el autor de la pena natural, así también es posible afirmar que El es el Autor de la sociedad de la verdad y de la razón. Ciertamente, los hombres creados por el Dios de bondad, pese al pecado, no son irremediamente malvados; por tanto, en virtud de su libre arbitrio, son capaces de justicia y deben, por su vocación para ser plenamente hombres, perseguir la justicia. Por tanto, a la pena natural se agrega, como consecuencia inducida de la exigencia del respeto al vínculo social natural, la pena jurídica irrogada por la autoridad. Como observa Vico, la imposición de la pena jurídica está presidida, además de por una razón fundamental de justicia, por una razón de utilidad. En efecto, existen comportamientos —en particular, los negligentes— para los cuales la prudencia no aconseja ordinariamente la imposición de una pena suplementaria y añadida a la pena natural, que procede del reconocimiento del error y del sentimiento de confusión por haber errado. Existen también otros comportamientos, caracterizados por la indiferencia consciente hacia el bien común, para los cuales es oportuna por razones de prudencia la imposición de la pena jurídica sólo cuando sean extremadamente altos la dignidad y el valor del bien ofendido (la vida, en particular). Finalmente, existen comportamientos caracterizados por la decisión —con maldad— deliberada de dañar a los otros, y éstos exigen, por razones esenciales de justicia, la imposición de la pena jurídica. En realidad, en estos casos el comportamiento del culpable no constituyen un agravio a este o aquel bien particular, sino sobre todo la dimensión categorial del bien como tal, pues para ese criminal no tiene valor la norma misma que proclama y da a conocer a la conciencia el valor del bien, de tal modo que en él se ha consumido casi totalmente el sentido propio del hombre⁷⁹.

⁷⁸ VICO, *De universi iuris uno principio et uno fine*, cit., capit. LXIX, pp. 85-86.

⁷⁹ Sobre esta clasificación, cfr. *ibid.*, p. 87.

La pena jurídica, como retribución del mal consumado, aparece en el horizonte del sentido común como consecuencia natural de la evidencia en la conciencia del orden moral. En el sentido común discurren de forma paralela, como evidentes, el hombre –por sí inserto en el mundo como capaz de modificarlo en cuanto dotado de libertad– y el orden cósmico –como valor y, por tanto, como orden moral que se adecúa libremente en el horizonte de la intersubjetividad, es decir, de una naturaleza racional común a todos los sujetos.

La intuición de la libertad y de la obligatoriedad para cada uno en este orden se acompaña de la fuerza, infusa en la misma naturaleza que puede ser mejor definida como inclinación, para volver a hacer que este orden sea respetado por uno mismo y por los demás. El orden moral no es sólo cognoscible como verdad por la razón, sino también es objeto de amor como bien por parte de la voluntad. Una fuerza misteriosa inclina a vindicar este orden cuando, por una decisión deliberada, ha sido no sólo violado, sino rechazado categorialmente sin más y, por tanto, puesto en peligro de ser totalmente trastornado.

En la definición ciceroniana de aquella parte de la justicia que consiste en la *vindicatio*, como hábito mental con origen en la naturaleza y con el que se aleja todo lo que puede ser dañoso *defendendo aut ulciscendo*, se recoge magistralmente la inclinación *ad bene esse* –que caracteriza al hombre– correlativa a la inclinación al *esse* (consistente esta última en la autotutela, el matrimonio, la procreación, la educación de la prole), que refleja el orden objetivo del ser y lo promulga. Dario Composta ha definido correctamente el objeto de esta inclinación como una forma de juicio *a priori*, sin el cual cualquier discurso humano sobre la justicia sería imposible. Comentando el fragmento 23 Diels de Heráclito (Δίκησ ονομα ουκ αν ηδεσαν, ει ταυτα μη εν–no se entendería el nombre de la justicia si no existiese ya lo que ese nombre expresa), ha observado que lo justo, no perceptible a través de la experiencia sensible, es un nexo o una relación entre las personas y las cosas recogido en virtud de una intuición originaria de la mente. La ley moral nace al mismo tiempo con carácter de objetividad, como orden cósmico; y de intersubjetividad, como orden común a todas las naturalezas racionales. En virtud de su naturaleza racional, todo hombre es capaz de conocer este orden y de actuar voluntariamente según el orden de la libertad intrínseca a la propia naturaleza espiritual y libre⁸⁰.

La mentalidad del jurista moderno se ha desviado por la costumbre de siglos de voluntarismo y positivismo jurídico, en los que no se alcanza a divisar el nexo entre lo *iustum* como *res iusta* en el plano objetivo y la virtud de la justicia como

⁸⁰ D. COMPOSTA, *Natura e ragione. Studio sulle inclinazionei naturali in rapporto al diritto naturale*, Pas-Verlag, Zurich, 1971, p. 239.

fuerza impresa en la naturaleza humana que, inclinando al hombre a la realización del *iustum*, le induce a rechazar el mal, *defendendo aut ulciscendo*, realizando la defensa tanto frente a la injusticia todavía por llegar, como al irrogar la punición del mal consumado. Si el derecho no se identifica con la fuerza, surge entonces de una inclinación íntima y connatural al hombre que tiende a realizarse, en virtud de un dinamismo intrínsecamente conexo a su libertad, por el cual el bien conocido constituye el horizonte intencional que orienta las preferencias de su voluntad. En *El espíritu del Derecho romano*, Rudolf von Ihering ha puesto en claro el origen del derecho en la inclinación del hombre a la justicia de modo magistral, aunque con rasgos propios del naturalismo que no son aceptables. En una observación del derecho romano arcaico y con la aspereza propia de la filología, el gran estudioso alemán hacía notar que, no sólo en el plano de la creación del derecho, sino también en el plano de su realización, el momento genético de la regulación de los problemas de la convivencia se encuentra en el dinamismo de la libertad de cada sujeto de acuerdo con la justicia y no en la iniciativa del Estado. De la misma forma que ha de considerarse falsa la idea de que la legislación es la única fuente del derecho –si se considera el criterio de su formación y la moderación por vía consuetudinaria de la utilidad de cada uno de acuerdo con el principio del bien común– también lo es la idea por la cual sólo el Estado podría realizar el derecho, asentada sobre el prejuicio evolucionista de que en épocas en que el Estado no era conocido estuvieron privadas de derecho. En el Estado –dice Ihering– «...se reconoce el signo que en la historia del derecho anuncia la aurora, y produce espanto la idea de la supuesta noche que antes dominaba; antes bien, nunca se hizo tan siquiera la pregunta sobre si la inmediata virtud organizadora propia de la vida, que suple con holgura los errores del legislador, no hubiera podido prestar la misma función respecto al juez. Semejante prejuicio suscita todavía un mayor asombro, y su insubsistencia no resulta más convincente por el hecho de que precisamente sucediese en el derecho romano antiguo y no en cualquier otro, con tal de que no se juzgue con las ideas del siglo XIX. La autoridad del juez ocupa en el antiguo derecho romano un lugar tan humilde y se demuestra tan poco afectada de la idea de que el Estado administre justicia, que se puede considerar justamente una institución que brota del sistema de realización inmediata del derecho (es decir, de la defensa privada) y destinada a completarlo. De la totalidad de los aspectos del derecho romano de esta época surge la prueba con pleno e inconcuso valor de que aquel principio romano puro decayó únicamente con aquel pueblo; es decir, la idea de que la fuente del derecho no está en el Estado, sino en el individuo. Pero la defensa privada no es sino un corolario de esta idea, y se pone de manifiesto *a priori* la intensidad extraordinaria de la virtud del sentir jurídico romano y la constitución sana de la vida romana. De ahí que de la defensa privada no se derivasen, como en Alemania en los tiempos del derecho del más fuerte, las riñas en el que el más potente llevaba las de ganar, de un modo autodestructivo; sin embargo, en Roma fue constituida como un sistema tan práctico de hacer efectivo el derecho,

que se podía hacer siempre que no se contase con la ayuda o la dirección de la autoridad pública»⁸¹.

El programa del *homo homini lupus* había sido alumbrado por el racionalismo antijurídico, que considera al derecho como no coesencial a la naturaleza del hombre y, por tanto, como una característica propia de la disolución de la sociedad madurada en siglos de positivismo y voluntarismo. Este programa, que negaba al derecho como condición originaria de la vida social, era incompatible con la idea del origen del derecho en el individuo y con el reconocimiento en él mismo de la facultad y obligatoriedad de realizarlo. En realidad, como indicaba Ihering al referirse a la vida arcaica romana, el derecho se ejecutaba por virtud inmediata de la vida, también sin la cooperación del Estado. Quien recurría a la defensa privada en respuesta a la injusticia padecida, podía contar no sólo con su propia fuerza, sino también con la de los que estaban cerca de él: «...aquella injusticia estimulaba a la comunidad a una reacción del sentimiento jurídico similar a aquélla por el probada, es decir, activa, real»⁸². En efecto, «la preponderancia de la fuerza (...) gravitaba ordinariamente en la parte que tenía la razón»⁸³, puesto que «el sentimiento jurídico contiene en sí mismo el estímulo de realizarse y una ofensa, aunque sólo sea concerniente a lo particular, excita este estímulo en lo universal»⁸⁴.

También en la época histórica, como ha mostrado correctamente Yan Thomas, la instancia vindicativa de la injusticia está en la base del derecho criminal romano⁸⁵ hasta tal punto que la persecución privada de la punición del culpable constituía un deber moral y jurídico para el heredero de la persona fallecida. Lejos de aparecer como una reacción de pura violencia, como un momento privatístico que regeneraría el derecho y el Estado, la «*indictio*» constituye un auténtico *officium pietatis* para el heredero, en tanto que hubiera sido indecente sustraerse al deber de perseguir al asesino y al acusador del propio padre⁸⁶. Florentino, en el libro *De iustitia et iure* recoge con claridad el deber de rechazar la ofensa y el de realizar la justicia de acuerdo con el principio común

⁸¹ IHERING, *Lo spirito*, cit., 95.

⁸² *Ibid.*, p. 96.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 97.

⁸⁵ Y. THOMAS, «Se venger au forum. Solidarité familiale et proces criminel à Rome (Premier siècle av.-deuxième siècle ap. J.C.)», en AA. VV., *La vengeance. Etudes d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, vol. 3, *Vengeance, pouvoirs et idéologies dans quelques civilisations de l'Antiquité*, París, pp. 67 y ss.

⁸⁶ *Dig.* 29, 5, 21, 2 ; 34, 9, 21.

del derecho natural que estigmatiza como *nefas* la insidia producida al otro *cum inter nos cognationem quandam natura constituit*⁸⁷.

Cicerón, por otra parte, en el pasaje de *De inventione* antes citado reconoce en la virtud de la justicia un compuesto entrelazado de hábitos espirituales en que la *vindicatio* está estrechamente unida a la «religión», como observancia de ritos sacros en honor de una naturaleza superior a la humana; a la «piedad», como honor debido a la patria y a los propios consanguíneos; a la «gratitud», como sentimiento de reconocimiento de la amistad que los demás nos tributan; a la «reverencia», como sentimiento de respeto por aquéllos que nos superan en dignidad; a la «verdad», como sentimiento que, en el reconocimiento del primado del ser, nos lleva a no alterar lo verdadero de las cosas pasadas, presentes y futuras. La *vindicatio* es, entonces, el estímulo activo y dinámico, ínsito en la naturaleza del hombre, que estimula a la voluntad en la garantía y tutela del orden de los valores que constituyen el tejido vivo de la comunidad humana, bajo la Providencia de Dios, en el respecto de la realidad del mundo y en la articulación vivificadora de las relaciones que proporcionan a cada uno la nutrición indispensable para el crecimiento físico y espiritual.

La pena, por consiguiente, expresa un deber de justicia que incumbe a cada hombre y que, en función de la propia organización de las sociedades complejas en el Estado, acaba por concentrarse institucionalmente sobre aquéllos que representan a la sociedad, que asumen la competencia de ejercitar los deberes que en principio gravaban a cada uno.

No obstante, la pena no constituye sólo la expresión de un deber de justicia connatural al hombre, que impone la reafirmación del orden de los valores trastornado por la fractura que representa el delito, sino también motivo de purificación y germen de reconciliación. Se trata del aspecto de la pena más difícil y complejo, en relación con el cual es preciso intentar hacer un examen de especial profundidad.

Ante todo, parece oportuno recurrir al soporte de la filología y traer de nuevo a colación la *Degnità XIII* de la *Ciencia Nueva*, tantas veces mencionada: «Ideas uniformes natas y comunes a pueblos enteros desconocidos entre sí deben tener un motivo común de verdad». En efecto, el estudio dedicado a las formas de respuesta punitiva en la Grecia antigua y en Roma, con la reconstrucción en el tiempo de las formas de la ejecución capital, han revelado que la pena, regulada por procedimientos de tipo ritual, poseía un significado y una función mágico-sacra. Como ha escrito Eva Cantarella, «...la muerte del culpa-

⁸⁷ FLORENTINO, *Dig.*, I, 1, 4.

ble inmolado a los dioses era un acto de expiación, gesto catártico, acto de culto orientado a restablecer lo que los romanos llamaban la *pax deorum*⁸⁸.

La precipitación desde lo alto, la sepultura en vida del reo o su inmersión aparecen inspiradas en el mismo principio retributivo y están orientadas a alcanzar un mismo objetivo de consagración y entrega del culpable a los dioses a modo de sacrificio en expiación de la culpa⁸⁹. Es evidente el significado de sacrificio de la *suspensio* en el *arbor infelix*, prevista en la *lex horrendi carminis* para la *perduellio*, y en la que la prescripción de que *al reo sia coperto il capo – caput obnubito* confirma la consagración del reo a los dioses a los que estaba consagrado el árbol infeliz⁹⁰. El suplicio del fuego previsto en las XII Tablas para el incendiario, además de expresar el principio del talión de modo evidente, parece ser infligido en honor de Ceres, diosa de las cosechas⁹¹. Con la pena del saco reservada al parricida, que describe Modestino⁹², se celebraba un rito muy particular. Inmediatamente después de la condena, al parricida se le hacía calzar unos chanclos de madera, y alrededor de sí se colocaba una cogulla de piel de lobo. El culpable, antes de que fuese cosido el odre, era fustigado con vergas obtenidas de la *infelice ligna*. En el odre, junto con él, se introducían cuatro animales: el perro, el gallo, la víbora y el mono, que lo desgarrarían a lo largo del trayecto hacia las aguas que finalmente habrían de recibirlo. De este modo, el culpable quedaba en el interior del *culleus* (saco de cuero) cosido, de modo que, privado del contacto con el aire, con la tierra y con el agua, no pudiera contaminarlos: «...cosido en un *culleus* y encerrado en su estrechez mortal...será lanzado al mar, si está cerca, o en un río, de modo que todavía vivo empieza a carecer del uso de los elementos, y quede privado del cielo mientras estuviese vivo, y de la tierra desde que muriese»^{93*}.

⁸⁸ E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni della pena di morte nell'antichità classica*, Rizzoli, Milán, 1991, p. 92.

⁸⁹ *Ibid.*, en particular, sobre Grecia, p. 91 y ss ; sobre Roma, p. 238 y ss.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 171 y ss ; sobre Roma, p. 208 y ss.

⁹¹ *Ibid.*, p. 236.

⁹² MODESTINO, *Dig., de poenis*, 48, 9, 9.

⁹³ COD. THEOD., 9, 15, 1. En las *Instituciones* de Justiniano la pena es descrita de un modo idéntico (Cfr. *Inst. Iust.* 4, 18, 6).

* NOTA DEL TRADUCTOR : La cita de la nota precedente en las *Instituciones* de Justiniano dice : «... deberán ser arrojados a las aguas del mar o del río –a las que estén más cerca según el lugar que se trate– dentro de un saco de cuero cerrado con costuras y sufriendo mortales angustias, en compañía de un perro, un gallo, una víbora y una mona, a fin de que comiencen ya en vida a carecer de todo, antes de su muerte se ven privados de ver el cielo y después de ella la tierra no les acoja». En el derecho español, la pena del *culleus* se mantuvo en las *Partidas* (P. VII, tit. VIII, Ley 12).

El significado de sacrificio y purificación de esta pena es evidente y se trasluce en todas las fases del procedimiento, desde la fustigación hasta la inserción de los animales en el saco o el cierre del saco mediante la costura. Mientras una cara de la moneda la pena es disuasión, lo que Cicerón ya había señalado⁹⁴, en la otra aparece sobre todo como *una procuratio prodigii*⁹⁵, precedida de una ceremonia de purificación. Con esa ceremonia, que desvela la monstruosidad del crimen, se quería realizar la expiación de la culpa en forma de contraposición, concentrando sobre el culpable y haciendo perecer con él todo el mal que su acción *contra natura* había revelado.

Por tanto, la pena arcaica –que conserva de modo evidente los caracteres de sacrificio también en la época histórica– aparece como sacramento de la restauración del orden cósmico y ético violado. El sufrimiento de la pena purifica el espacio civil y constituye el rescate de la caída de la culpa.

Así se observa que la pena jurídica, irrogada por la decisión de un juez o por la acción vindicativa de la persona ofendida o de un pariente consanguíneo suyo, es conceptualmente distinta de la pena natural, consistente en la separación del reo de la comunión con las cosas divinas y humanas.

En las fases más arcaicas, la *sacer esse* romana, en cuanto el abandono físico en el espacio hostil circundante comportaba inevitablemente su muerte oscura y terrible en forma de dedicación a los dioses infernales, llega a identificar la pena natural con la pena jurídica, compenetrando la segunda en la primera. Pero cuanto más se aleja de su originario carácter inmediato, más tiende a distinguirse la pena originaria de la pena natural, cargándose de rituales que no manifiestan el significado de purificación y reconciliación. Con la ejecución de la pena la sociedad purifica el espacio contaminado: en verdad, el trastorno del *kosmos* provocado por el delito puede ser expiado con un rito victimario por el cual el culpable, *φαρμακος* (envenenador), mediante el padecimiento de la pena se transforma en *φαρμακον* (medicina que cura), infundiendo los frutos benéficos de la redención también sobre los otros miembros de la comunidad.

Si nos acercamos a la pena de los antiguos con la mirada orientada en la dirección fijada por Vico a reconocer con la debida *pietas* el «motivo común de verdad», no podríamos dejar de maravillarnos de la unidad profunda de significado escondida y encerrada en las crueles modalidades con las que la fantasía mítica había revestido y acompañado la ejecución de la pena.

⁹⁴ CICERON, *Rosc. Am.* 25, 70.

⁹⁵ En este sentido, de modo conclusivo CANTARELLA, *I supplizi*, cit., p. 285.

El significado de la pena consiste, por causa de la mentalidad mítico-mágica, en la purificación del espacio contaminado y en la restauración sacramental del orden; en el culpable se objetivan, a través de la representación sacralizada, las fuerzas del mal. Las penas crueles y la contraposición manifiestan la coincidencia entre el mal de la culpa y el mal de la pena, idónea para realizar eficazmente la restauración. En realidad, frente a la ley de la equivalencia que regula en varios niveles el dinamismo tanto de la naturaleza como de la vida económica y de la vida moral de los hombres, se encuentran la esfera divina del don gratuito y la esfera demoniaca del anonadamiento: la primera, propia de quien da sin pretender nada a cambio, recabando siempre de la capacidad de difusión del Bien nuevas riquezas; la segunda, propia de quien toma sin dar nada a cambio, para empobrecer la realidad hasta convertirla en un desierto, de tal modo que no quedaría nada de lo real si no fuese porque la tendencia nihilista también es combatida.

Por tanto, el imperativo de la justicia *factum infectum fiero nequit*, como principio de equivalencia entre lo que se toma y lo que se da impreso en la naturaleza, como tendencia en la vida económica y como inclinación en la vida moral, impone la igualación entre lo que se ha tomado sin razón, es decir, sin ceder un valor correlativo. Con la pena, que sacrifica un bien del culpable —la vida, la libertad, el honor, el patrimonio, el tiempo—, es retomada en términos de equivalencia, no la cosa destruida, sino su valor, de tal modo que asegura el valor pese a la desaparición de la cosa. Como ha escrito profundamente Hugo Marcus: «...la justicia, realizada de modo universal, mira a la inmortalidad de los valores, es decir, al mantenimiento de la altura de los valores también en el perecimiento de los objetos en particular»⁹⁶. En efecto, la pena tiene, de modo real y no aparente, un carácter intrínseco de enmienda, como habría observado Platón en el *Gorgias* respondiendo a Polo⁹⁷. Este carácter existe independientemente de la conciencia que de ello tenga la persona sancionada, porque el sufrimiento en que se consume la pena constituye un valor concreto y real, que vale en cualquier medida para compensar el valor que ha sido anonadado, según una economía misteriosa por la cual, con el sufrimiento, el veneno se ha transformado en medicina para él y para todos.

Sin embargo, aun cuando el sufrimiento en que consiste la pena constituya un valor, en tanto es intrínsecamente medicinal para el reo y para la sociedad, la destrucción causada por el mal del delito todavía no puede ser realmente compensada si no es por la gratuidad del don proveniente de Dios, en cuanto sólo el

⁹⁶ H. MARCUS, *Metaphysik der Gerechtigkeit. Die Äquivalenz als rosmisches, juristisches, ästhetisches und etisches Prinzip*, Basilea, 1947, p. 17.

⁹⁷ PLATON, *Gorgias*, 472e.

Bien en sí mismo puede en modo real dar gratuitamente sin reclamar nada a cambio. Y ello viene revelado en forma sublime por el acontecimiento propiamente cristiano, por el cual Dios mismo toma en el Hijo la naturaleza humana, padece con su vida y con la muerte en sacrificio redime la culpa del hombre.

La Encarnación, la Pasión y la Muerte de Cristo hacen añicos definitivamente el discurso mítico-mágico de la pena. En realidad, lo que antes se había consumado como una figura, en un esfuerzo vano (pero no por ello menos merecedor de respecto extraordinario) de la razón fantástica con el objeto de representar y realizar la exigencia de equilibrio de la justicia impresa como inclinación del ánimo, se ha realizado efectivamente por don gratuito proveniente de lo Alto de modo real y definitivo.

Con el acontecimiento cristiano de la Redención se produce la abolición del mito, no porque lo niegue racionalmente, sino porque lo verifica concretamente: lo que antes era en el mito representación figurativa y, por ello, simple signo ineficaz y preparatorio en rememoración de lo que había caído, la restauración teologal, la reconciliación con Dios y el hombre prometida desde lo Alto en el momento mismo de la imposición del castigo por la culpa, se convierte en realidad, realización, actualización plena con la Encarnación, la Pasión y la Muerte del Hijo de Dios, Jesucristo, Segunda Persona de la Santísima Trinidad.

Por ello, en la economía nueva de las naciones civiles podemos y debemos hacer desaparecer las penas crueles, que buscaban ineficazmente —en un encarnizamiento tanto más vano cuanto más trágicamente patético— realizar el equilibrio de los valores y la purificación del espacio contaminado. Pero no ha de desaparecer, hasta que no se acaben los delitos, la pena como valor, en cuanto sufrimiento del culpable. La pena, aun cuando idónea para equilibrar el valor de lo que ha sido injustamente anonadado, expresa sin embargo, con el primado del orden moral sobre el arbitrio del individuo y con la subordinación de cada uno —quiera o no quiera— a la Providencia divina, la coparticipación del hombre culpable en el sufrimiento de Aquél que ha saldado, de una vez por todas y con eficacia respecto a todos, la cuenta de la culpa.