

LA RESPONSABILIDAD JURIDICA Y LA RESPONSABILIDAD MORAL.

(Encuentro y desencuentro entre derecho y sociedad) *

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares.

1. EL SENTIMIENTO Y LA RAZÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS

El derecho es, según nuestra dominante cultura, y siguiendo los pasos de Kant y de Hegel, una propuesta de convivencia *emanada de la razón*. Ese racionalismo originario es, pese a ello, solamente una calificación retórica que no puede esconder la gran cantidad de componentes "irracionales" que contribuyen a la configuración de las instituciones jurídicas, a su interpretación y a su aplicación.

Desde otra consideración, la presencia de posiciones iusnaturalistas que orientan y determinan la actitud de los juristas ante los problemas que pretenden resolver a través del derecho no es algo que se aprecie aisladamente, sino que muchos de los que proclaman que solo el criterio de la recta razón jurídica anima sus afirmaciones están impregnados de apriorismo sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto que muestran de una u otra forma un pensamiento metapositivo. Cuando me refiero a actitudes iusnaturalistas, por lo tanto, me refiero a todas ellas, sean religiosas o laicas. A la postre la única diferencia estriba en que los seguidores de las primeras estiman que existe un orden de valores y un ideal de justicia emanado de un ideario religioso, mientras que los segundos, cuando se empeñan en decidir por sí mismos lo que *debe decir* el derecho positivo que interpretan no hacen otra cosa, muchas veces, que intentar imponer su criterio personal o ideológico sobre cuáles han de ser los objetivos político-criminales perseguidos por el legislador¹.

No pretendo en esta intervención analizar la filosofía del derecho de nuestro tiempo, pues eso sería una pretensión impertinente e imposible de llevar a cabo. Tan solo quiero asumir un punto de partida necesario, y es que, tal como en su tiempo expusieran Giner de los Ríos² o Radbruch, o en el nuestro Norberto Bobbio, existen unos valores generados al paso de los años y con el aumento de la cultura democrática y de la lucha por los derechos humanos, que marcan -o así debiera ser- a los legisladores y a los jueces un marco mínimo de lo justo y un límite máximo a lo que el derecho puede hacer, más allá del cual se invadiría de manera intolerable el ámbito de la libertad personal y del respeto a la discrepancia democrática.

La idea de responsabilidad, como la de culpabilidad, no escapa a ese planteamiento. La razón y el sentimiento se pueden ver correspondidos o enfrentados. La frustración del sentimiento de justicia es sin duda amarga, pero la consecución de una satisfacción de ese sentimiento a cualquier precio produce temor y cuenta con experiencias estremecedoras. Es fre-

definida, pues de lo contrario no es posible saber cuál es el objetivo. Pues bien, en España es difícil saber cuál es esa Política criminal, y en su lugar se califica como talla que cada penalista concreto cree más razonable, conveniente o, en el mejor de los casos, acorde con la propuesta de convivencia que dimana de la Constitución, pero todo con la correspondiente dosis de subjetivismo. La ocasión del debate parlamentario del vigente Código penal, y basta con remitirse a la documentación parlamentaria que lo recoge, es un ejemplo visible de cómo se puede polemizar sobre leyes penales que se van a promulgar sin pronunciar una sola palabra o discutir brevemente siquiera sobre la clase de política criminal que se quería seguir en una materia determinada.

² No se puede minusvalorar, por su importancia en la historia de las ideas jurídicas y políticas en España, el papel cumplido por Francisco Giner de los Ríos y el krausismo español, en esa afanosa búsqueda de una referencia ética humanista capaz de cohesionar el cuerpo social frente a las leyes y el poder establecido, que habría de influir en los métodos educativos y en la filosofía del derecho, y que en el derecho represivo tuvo como cumbres máximas a Luis Silvela y a Pedro Dorado Montero, fundadores, desde diferentes perspectivas, de la ciencia penal española directamente antecedente de la contemporánea.

^{*} Este trabajo es una transcripción de la conferencia inaugural del VIII Congreso Derecho y Salud, impartida por el autor.

¹ En general la referencia a lo político-criminal entre nosotros es frecuentemente equívoca o incomprensible. Si se propone una reforma para lograr que las leyes penales sean coherentes con los objetivos político-criminales es lógicamente *imprescindible contar con una Política criminal concreta y*

cuenta oír cómo se señala a una persona como "el auténtico culpable" o el "responsable moral" de algo que ha sucedido, y que, por definición, no se le imputa técnicamente a esa persona, sino a otra que será el responsable o culpable "jurídico". El paso siguiente es también sabido: el derecho es incapaz de alcanzar la auténtica justicia, la cual hubiera exigido una coincidencia entre la responsabilidad moral y la jurídica³. No cabe, como idea de partida, asumir como algo irremediable e insoluble, la diferencia entre "culpables" y "auténticos culpables". Aceptar como normal la impotencia del derecho para alcanzar la justicia es intolerable, ante todo porque sería una peligrosa forma de despreciar su misión de ordenador mínimo y necesario de la convivencia. Pero tampoco es prudente, para una convivencia equilibrada, romper toda clase de límites de responsabilidad. Un solo ejemplo: por el camino de declarar a las compañías tabaqueras responsables últimas de las enfermedades propias del tabaquismo se puede también llegar a acusar a los vinicultores de responsabilidad en el alcoholismo.

Antes de proseguir es importante destacar un hecho que quizás por sabido se olvida a menudo. El derecho penal que ha llegado hasta nosotros -y en el que con más fuerza se arraigan las ideas de culpable o responsable- se caracteriza por el uso de conceptos contruidos sobre una idea básica: el *individuo* es el protagonista del sistema, especialmente como autor de los delitos. La responsabilidad ha de ser de alguien en concreto, y no es fácil superar ese sentido individual. La teoría de

la participación tiene unos límites infranqueables, y lo mismo sucede con los criterios dominantes sobre imputación del hecho delictivo, aunque la ciencia penal se haya esforzado en ensanchar sus posibilidades creando conceptos como el actuar por otro o la omisión impropia. Este aspecto de la cuestión no debe ser desdeñado, pues explica algunas de las insatisfacciones que produce a la ciudadanía que observa el delito y el proceso y se siente decepcionada ante la a veces angosta o incomprensible limitación y atribución de responsabilidades.

Cuando se habla de culpabilidad y de inocencia es mejor partir de un principio simple pero que no se ha de tomar por resignación: cuando en el lenguaje corriente se señala a alguien como culpable o responsable de algo, a buen seguro no se está haciendo con el mismo fundamento y sentido con el que lo hace la ciencia jurídica. Cuando, más allá de la utilización de la palabra en el lenguaje usual, se estima socialmente que una persona es culpable de algo que ha sucedido, tampoco ese uso está absolutamente ligado a la significación penal de la culpabilidad, sin perjuicio de que pocas o muchas veces pueda coincidir y ser jurídicamente culpable quien también merece socialmente esa consideración.

Algo parecido sucede con el antónimo de culpable: *inocente*. La sociedad utiliza correctamente la palabra inocente en referencia a quién se tiene por libre de toda responsabilidad porque *no ha hecho* una cosa que se le atribuía, pero, en cambio, difícilmente la empleará para designar a quien habiendo efectivamente ejecutado una acción legalmente descrita como delito, ha sido absuelto por un Tribunal penal que ha apreciado una *razón jurídica* para ello, sea la imposibilidad de imputar subjetivamente el hecho, sea por falta de imputabilidad, por concurrencia de causas de exclusión de la antijuricidad o de exclusión de la culpabilidad. Es fácil que se llegue a decir que esa persona "se ha librado", que ha eludido la acción de una justicia que ha sido incapaz de atrapado, pero no es fácil que la palabra "inocente" sea aceptada sin reserva alguna, salvo que se trate de un supuesto preciso: la falta total de relación objetiva y subjetiva entre esa persona y el hecho enjuiciado, esto es, que esa persona no haya tenido nada que ver con el suceso, ni física ni intelectualmente. Todo lo que no sea eso, si ha habido alguna relación, real o necesaria según convicción sin prueba se acepta con mayores o menores reservas. En cambio es patente el empeño y contundencia con la que el Tribunal Constitucional ha prohibido el recurso a la "íntima convicción del juzgador" como criterio utilizado a falta de prueba exterior y objetiva⁴.

⁴ Cuando, por ejemplo, se razona que algo "no pudo suceder" sin que lo supiera una persona, y eso se sostiene ardorosamente dando por demostrado que jamás un subordinado puede hacer algo que no sabe, aprueba o incluso ordena el superior, se está sustituyendo el deber de probar las acusaciones mediante una prueba externa y objetiva por la íntima convicción sostenida en el criterio personal del que opina. Eso es grave culturalmente, pero más grave aun si el que opina es un juez y lo plasma así en una sentencia.

³ Sería desmedido atribuir a estos problemas la culpa directa de un fenómeno cual es el de los llamados juicios paralelos; pero sería grave miopía desdeñar que ese fenómeno es, entre otras cosas, una prueba o consecuencia de ese visible grado de malestar o desconfianza en la actividad jurisdiccional. Es fácil comprobar que cada vez que el interés público se dirige a un caso o suceso destinado a ser resuelto por los Tribunales o, incluso, ya sometido al correspondiente proceso, se suele abrir, ya sea en la prensa, ya en la comunicación audiovisual, una suerte de debate constante y sistemático sobre ese mismo caso, con la intención, más o menos reconocida, de llegar a unas conclusiones que serán alg o así como una sentencia "del pueblo". A esos efectos exteriores de los procesos penales se les considera un fenómeno propio de las sociedades desarrolladas, que progresivamente va despertando creciente interés sociológico y, a la vez, preocupación por la trascendencia o impacto que puedan suponer para la libertad de acción y decisión de los Tribunales. Los llamados juicios paralelos son procesos informativos tácitamente recostados en la desconfianza hacia lo que vayan a hacer los Tribunales. Esa desconfianza puede alimentarse de dos fuegos distintos. Uno es el tan repetido grado de desprestigio alcanzado por la organización judicial española, acusada de lenta y, lo que es peor, incomprensible en sus decisiones cuando no abiertamente injusta o arbitraria, sentimientos que no por existir están plenamente fundados. El otro fuelle que alimenta la llama de los juicios paralelos es de peor especie y mucho más peligroso, y puede sintetizarse en una idea: existe una "auténtica" justicia del pueblo que es diferente de la justicia de los juristas y ni siquiera coincide en el objetivo de alcanzar la verdad, pues también hay dos verdades. A través del juicio popular, que vive y late en el llamado juicio paralelo, y solo gracias a esa capacidad de acercarse a los problemas con una mente limpia y no emponzoñada por las leyes, que por definición y sin admitirse prueba en contrario tienen los ciudadanos, sean o no sean periodistas, que ofician esas ceremonias, es posible llegar a la auténtica verdad y a señalar los culpables reales. Tanto la verdad como los culpables reales serán, por supuesto, los que a priori hayan elegido los organizadores de cada juicio paralelo.

Existe pues una relativa falta de paralelismo entre palabras sobre las que semánticamente descansa el criterio justiciero de la sociedad y el del propio derecho. Eso sucede con vocablos como "culpable", "absuelto", "inocente", "responsable" o "irresponsable". Tal vez parezca incorrecto que los significados legales y sociales no sean exactamente los mismos, y el ideal teórico puede parecer que es el de una plena coincidencia entre lo social y lo legal, entre lo jurídico y lo moral.

Pero esa eventual crítica no sería correcta⁵: el lenguaje del derecho, sus categorías y conceptos, están sometidos a unas funciones y, especialmente, a unas reglas de interpretación que cierran el paso a la adopción de significaciones libres, porque dañarían la seguridad jurídica, y por eso la palabra culpable puede encerrar unos presupuestos y efectos, elaborados por la ciencia jurídica, que sean distintos de los que otorga la sociedad, en la cual puede -y seguramente así debe ser- operar el sentimiento, la intuición o el instinto.

La pretensión, a veces oída, de que las leyes usen lenguaje "vulgar" y comprensible por todos sin necesidad de estudiar la técnica jurídica constituye por eso un doble dislate. El primero de orden lingüístico, al pretender reducir el lenguaje a un único modelo posible que sería el "común para todos", lo cual descansa en el presupuesto de una homogeneidad cultural y expresiva absoluta. El segundo es de carácter jurídico, pues obligará al inútil empeño de intentar construir las leyes despreciando el significado que los conceptos jurídicos -libertad, igualdad, dignidad, intimidad, igualdad, certeza, irretroactividad, arrendamiento, propiedad, herencia, etc.- han adquirido a

través de una tradición cultural, que en buena parte ha impulsado el sector de la ciencia jurídica más comprometido en la lucha por el estado de derecho y a lo cual no se puede renunciar sin dar insoportables pasos atrás.

La diferencia de los lenguajes, por lo tanto, no solo no es preocupante, sino que es incluso razonable. Pero sí sería inquietante que se llegara al extremo de colocar en el lugar de la culpabilidad jurídica o de la responsabilidad personal jurídicamente razonada, el sentimiento social o un juicio inspirado en la moral, aun sin entrar en la equivocidad del término "moral", que evidentemente no puede designar una escala de valores idéntica para toda la sociedad, pues se trata de una percepción y un sentimiento subjetivos, aun cuando pueda apreciarse identidad de ideas en torno a sus más destacadas pautas.

Si el derecho abdicara en favor del sentimiento -sin entrar en quiénes son los "intérpretes" de ese sentimiento, pues según enseña la experiencia acaba siendo siempre el líder carismático y providencialista rodeado de un grupo o partido único convencidos de la posesión o de la bondad de la imposición de una verdad única e irrefutable- equivaldría a abrir la puerta al irracionalismo y todo lo que eso supone. Podrían ser tenidos por responsables o culpables individuos sobre los cuales no pendiera prueba alguna de su responsabilidad en un hecho, pero que socialmente merecieran esa calificación ya fuera por su modo de ser, por el modo de vivir, por sus antecedentes, o por cualquier otro criterio que nada tenga que ver con el hecho y las pruebas que lo demuestran objetivamente (qué ha pasado) y subjetivamente (quién lo ha hecho).

Pero pese a esa advertencia, y con todas las cautelas y reservas que imponen el miedo al funesto irracionalismo, surge la preocupación por no incurrir en un peligroso distanciamiento entre derecho y sociedad. Esa preocupación se resume en la siguiente idea: bien está preservar las garantías y derechos del individuo que es traído ante la justicia penal, pero eso no ha de ser incompatible con la búsqueda de la mejor sintonía entre el derecho punitivo y la sociedad en la que ese derecho vive, y eso sucederá cuando el sistema conduce a la condena de quien socialmente -o según amplios sectores de población- debiera ser absuelto, o bien a la absolucón, o incluso, no enjuiciamiento, de aquel a quien la llamada opinión pública⁶, sin fanatismos ni linchamientos sin prueba, estima realmente como responsable moral de lo que ha sucedido. Como ha destacado con acierto Hassemer⁷, el derecho penal no puede

⁵ Podría sin duda decirse que el lenguaje de los juristas no es más o menos cerrado que el de los médicos o el de los matemáticos, por poner un ejemplo, pero sería absurdo acudir a una defensa de esa clase, que daría por buena la premisa mayor, esto es, que se trata de un lenguaje innecesariamente abstruso. No es así, aunque es obligatorio reconocer que hay leyes viejas que simplemente usan un lenguaje del siglo pasado, y leguleyismos de profesionales, y argots forenses anticuados, y abundante prosa recargada en escritos de abogados, muchas veces derivada de obsoleto s formularios, y en resoluciones judiciales, y otras muchas taras, que para nada afectan a la cuestión central, que es la de asumir que la complejidad de cuestiones humanas que deben poderse solucionar con la aplicación de una regla, normalmente sintética y generalizante, obliga a extraer de esa regla una solución aceptable para la totalidad del problema. La norma que castiga el homicidio, o la que permite legar bienes en testamento, no pueden contemplar la totalidad de los específicos ingredientes humanos que concurren en cada situación. Por ello, a partir de conceptos esenciales se configura la respuesta básica del derecho. Si se trata de derecho represivo, el límite de hasta donde se puede llegar en la tutela de un derecho o en su limitación, no puede derivarse simplemente de un cuidadoso empleo del diccionario, puesto que se tratará de un problema que ante todo obligará a interpretaciones compatibles con el sentido de la Constitución y, a su vez, las normas de ésta deberán ser interpretadas conforme al ideal o modelo de Estado (social y democrático de Derecho) que se promete para todos los españoles. Existen palabras de uso cotidiano, como por ejemplo "intimidad" o "enfennedad", cuyo significado último no depende, ni puede depender, de lo que cada cual estime que pertenece a su intimidad o que le produce sensación de enfennedad. Esas ideas, y son meros ejemplos, tendrán que ajustarse a la convivencia y los intereses de otros, cuando con ellos choquen.

⁶ También es preciso un cuidado exquisito con el concepto de "opinión pública", que en una sociedad tan compleja como la nuestra es difícil de aprehender y, desde luego, no es un periódico o un medio de comunicación, que por más que se arroguen títulos y portavocías no representan otra opinión que las de sus directores o la de los grupos de interés político o económico a los que sirven.

⁷ "Fundamentos del Derecho Penal", trad. Muñoz-Arroyo, 1984, p. 275-276).

alejarse de los modelos culturales aunque los considere irracionales (en concreto, los modelos de atribución de responsabilidad), y por lo mismo una Política criminal racional debe contar con los *irracionalismos* sociales. Un ejemplo sencillo: la magnificación del desprecio o del odio por el contrario en algo tan banal como son las competiciones deportivas, constantemente alentada por los directivos de entes deportivos, acaba generando tragedias de las que esos personajes nunca serán *jurídicamente* responsables, pues no les alcanzarán las estrechas figuras legales de inducción o de provocación a delinquir, y nadie abriga duda sobre la parte de enorme y determinante influencia que habrá tenido su conducta y sus declaraciones públicas.

El sentimiento de culpabilidad, la participación interna o moral de un individuo en un hecho, la conciencia de que la decisión del hombre y no el azar han guiado y decidido un suceso, la atribución de culpabilidad, son realidades de la vida humana individual y colectiva que hunden sus raíces en la historia, la cultura, la antropología en su más amplia acepción. Todo eso compone un presupuesto que el jurista no puede ni despreciar ni pretender corregir desde el derecho imponiendo dogmáticamente (en el peor sentido del dogmatismo) una idea del todo diferente.

Del mismo modo, y por fortuna, también las ideas de seguridad jurídica, certeza, proporción, evitación del exceso, renuncia racional a la represión, etc., se han ido abriendo paso en la cultura occidental, sea por convicción cultural progresiva, sea por el recuerdo de las amargas experiencias de destrucción de la democracia y el Estado de Derecho⁸.

Por ello, la alternativa no se habrá de establecer ya entre el "absoluto irracionalismo" frente al perfecto "racionalismo". No obstante, siempre, y en una medida cambiante según el tiempo, la cultura de cada sector social, los idearios de grupos y tantas otras componentes de la diferenciación interhumana, el riesgo de un divorcio entre derecho y sociedad existe⁹. La

⁸ Es fácil percibir en la vida social una tendencia a declarar culpables al margen de todo proceso racional, y del mismo modo es fácil comprobar una abrumadora mayoría de opiniones contrarias a poner en peligro las garantías procesales y la seguridad jurídica. Eso parece contradictorio, pero es comprensible que, incluso en el análisis que realizan personas de suficiente preparación intelectual, se reconozca que la red de principios que rodean y presiden el derecho puede llegar a ser el refugio de los auténticos responsables de los hechos delictivos. Por supuesto, nadie está dispuesto a romper esa red, pues paulatinamente se ha instalado en el sentir colectivo la convicción de que la democracia es, ante todo, formas y garantía. Por su parte, los defensores del garantismo dirán siempre, y es plenamente suscribible, que es menos grave la impunidad de un responsable que el castigo de un inocente. Así las cosas, la frustración que puede producir en una o en muchas personas la impunidad de quien es -o esas personas creen por su cuenta que es- responsable, ha de aceptarse como un componente sociológico consubstancial al funcionamiento de la justicia.

⁹ Hay quien entiende que ese divorcio es inevitable y *consustancial* al derecho, en la medida en que éste es una propuesta *única* de ordenación de la convivencia objetivada y ofrecida a una sociedad *necesariamente plural* por

necesidad de que el derecho abra un espacio de encuentro entre sociedad y normas, particularmente en la determinación de la responsabilidad, se transforma así en una "urgencia de humanización real" del sistema jurídico.

Para evitar ese divorcio entre sentimiento social y realidad legal el *derecho ha dado muchos pasos, que es justo reconocer*, construyendo categorías de responsabilidad y fórmulas técnico-jurídicas que permitan llegar a los auténticos responsables de un hecho. Desde esa óptica pueden ser valoradas e interpretarse, sin perjuicio de otras lecturas, conceptos que no sin grandes dificultades se han ido abriendo paso en los sistemas legales y en las decisiones de los Tribunales, como el de omisión impropia, la responsabilidad por la actuación en nombre de otros o por delitos cometidos en la actividad de personas jurídicas o de medios de comunicación -me refiero a la responsabilidad del que domina la línea de opinión-, o imputación objetiva del resultado en delitos culposos y dolosos, el dominio del hecho en la atribución de la autoría, pues -a pesar de que su significado sea en principio inaccesible para el profano- todas esas ideas han nacido con el *designio de buscar al auténtico responsable*, sin mengua de garantías, superando formalismos técnicos que por su angostura conducen a una insoportable distribución de la responsabilidad.

Pero eso, en el mejor de los casos, es solamente una parte del problema y una muestra de importantes intentos por superarlo. Subsiste siempre la posibilidad de que los tenidos por "culpables" o "no culpables" sociales o morales no tengan esa misma consideración para el derecho. Por si eso fuera poco, dentro de las propias calificaciones jurídicas puede suceder además que la condición de culpable (persona que es condenada en una sentencia) en el sentido jurídico-penal no tenga una correspondencia plena no ya con lo que sobre la culpabilidad espera la sociedad, sino *ni siquiera con lo que postula y promete el mismo derecho* -o acaso quien promete es tan solo una *voluntarista* ciencia penal- cuando a la postre el de "culpable" es un concepto frío y formalizado y cerrado a todo lo que no sea una específica declaración que se deriva de la aplicación de ciertos preceptos legales.

Las cuestiones apuntadas, y otras más, merecerían lógicamente un análisis detenido que no podemos hacer ahora, pero baste con indicarlo. Hacer comprender a la sociedad el porqué una persona que ha propiciado una situación, o no la ha impedido pudiendo hacerlo, será responsable moral pero no jurídico si su comportamiento no tiene encaje en las condiciones que impone el principio de legalidad, o saber hasta que punto erramos al suponer lo que es un "culpable" o la razón sobre porqué se llega a merecer ese título, puede parecer una cuestión de interés relativo y quizás solo atractiva para los

lo que unos sectores sociales se sentirán más identificados que otros con ese marco ofrecido por el sistema jurídico.

muy versados en temas penales, pero no es así, ni es bueno que la ciudadanía crea que eso es un resultado de un análisis llevado con secretos métodos imposibles de comprender.

Tan grande es la cantidad de proclamas de que el sistema jurídico, y en particular el penal, es justo en la medida en que *individualiza* sus reacciones -y la primera individualización es precisamente la que *separa a los culpables de los que no lo son*- que cuando menos conviene indagar sobre la manera en que ese sistema establece esa categoría, que, insisto, no satisface ni a los propios juristas, y confrontarla con los criterios con los que, fuera del sistema, se usa frecuentemente esa calificación, lo cual, como vengo intentando demostrar, no significa que haya más honestidad y justicia¹⁰ fuera del sistema que dentro de sus "muros".

También es bueno añadir otra dimensión del problema, palpable en medios de los "profesionales" del derecho (jueces, fiscales, abogados) y que es mejor reconocer, pues acaso tiene causas y culpas que se deben asumir: todo lo que rodea a la culpabilidad tiene siempre el aroma de pertenecer a eso que algunos llaman el "*derecho de los profesores*" en contraposición no ya al sentimiento de justicia popular, sino al "*derecho de los jueces*", único en verdad importante para el "práctico", como es lógico. Lo que se desprende de esa idea es aun más grave: un derecho penal, el de los profesores, sería, "voluntarista e intelectual" frente al derecho penal que "permite el principio de legalidad", que sería el de los jueces, garantes de ese principio y, según algunos de ellos, custodios de la justicia y protectores del Estado y de la sociedad¹¹, pues eso no es cierto. El a veces justamente criticado derecho penal de profesores puede parecer oscuro o complejo, pero no tiene porque dejar de ser fruto de la elaboración dogmática, y ésta a su vez es un edificio que se construye sobre el derecho positivo para conocerlo mejor y hacer que atienda con más eficacia y justicia a las expectativas de la sociedad.

El llamado derecho penal *judicial*, con frecuencia, se aferra a sus propias interpretaciones jurisprudenciales siendo la letra de la ley la que es forzada en ocasiones en aras de preservar la "tradicón" interpretativa. En el campo de la culpabilidad es del todo evidente que el desarrollo y elaboración de la institución ha sido netamente académico, pero eso no significa, *o al menos no debe significar que sea arbitrario, injusto un laberinto en el que incierto lograr lo justo, o que sus frutos no*

¹⁰ Entrar en el significado de la palabra "justicia" requeriría una atención imposible de sustituir por definiciones simples, pues es uno de los temas centrales de la filosofía del derecho y del Estado. En el texto se alude solo a una idea elemental inspirada en las de igualdad, equidad, humanidad y proporción, sin ignorar que éstas, a su vez, serían a su vez fuentes de complejos análisis y debates.

¹¹ No es este el lugar para entrar en el análisis de las causas estructurales o sociológicas que permiten la existencia de jueces "redentoristas", pero tampoco quisiera dejar de recordar su existencia.

necesiten del sostén del derecho positivo, si es que de verdad han de ser útiles para algo.

2. RESPONSABLES O CULPABLES EN EL INSTINTO HUMANO O EN EL SENTIMIENTO SOCIAL

Se ha dicho con razón que los seres humanos tienden por naturaleza a la búsqueda de los responsables de los hechos buenos y malos. La atribución instintiva de responsabilidad es por ello consubstancial a nuestra condición, y es, además un proceso mental que, al margen de que pueda ser influido o condicionado por la cultura o por las presiones sociales o políticas, se realiza al margen de cuál sea la verdad válida para el derecho y el proceso.

Otro tanto, en cuanto a ser condición de la naturaleza humana, puede decirse del sentimiento de culpa, al menos en la cultura occidental. En virtud de esa propiedad los seres humanos pueden atribuirse íntimamente la responsabilidad por hechos o situaciones, incluso en casos en los que ningún parecer u observador externo establecería esa responsabilidad a cargo de la persona que la siente.

Evidentemente nada se descubre al afirmar que tanto el sentimiento de la propia culpabilidad como la atribución, sea coherente o sea instintiva o incluso irracional, de culpabilidad a los demás por lo que han hecho o por lo que se cree que han hecho, forma parte de la condición humana. Las simplificaciones en las acusaciones, tan típicas de linchamiento, o si se quiere, de manifestaciones objetivamente calumniosas que se lanzan sin excesivos miramientos, no han de confundirse con esa idea, pues pertenecen a otra clase, dramática, de vicios de la conducta humana. La jurisprudencia constitucional sobre los límites de la libertad de expresión ha tenido que precisar severamente las condiciones bajo las cuales puede invadirse el ámbito reservado y protegido de la libertad, la dignidad y el honor de los demás.

Otro aspecto de grave transcendencia es la necesidad de castigar y culpar que el ser humano en particular y la sociedad como grupo tienen, como si en ello les fuera el sentirse seguros. En la búsqueda de culpables y en su castigo, aunque ese castigo sea simplemente el desprecio o la marginación social, el ser humano, tal vez condicionado por su propia cultura, ha llegado a la obsesión, cual si se tratara de la única vía posible para recuperar la paz pública y la paz interior de cada uno. Cuando se cuentan viejas historias sobre procesos y castigos a animales en el fondo se reconoce y denuncia que hubo en tiempo en el que ni siquiera se respetó que solo el hombre puede ser bueno o malo, virtuoso o pecador, justo o criminal, culpable o inocente. Otra interpretación, más próxima a la moral puritana norteamericana, cree realmente que la aplica-

ción de castigos forma parte de los deberes que los buenos tienen para con Dios, y que a su vez de esa manera ofrecen la ocasión al pecador para reconciliarse con Él¹².

Tal vez un antropólogo pueda decir que esa característica del ser humano y de la sociedad, por la cual se reconoce una tendencia a la búsqueda del culpable, a la atribución de responsabilidad e, incluso, la gradación de esa responsabilidad, es propia únicamente del llamado mundo occidental, y tal vez sea cierto que nuestras sociedades necesitan identificar culpables para que los demás puedan sentirse *inocentes y buenos*, y que con cierta facilidad olvidan los procesos de marginación que generan la delincuencia. Nada se descubre diciendo todo eso, pero lo cierto es que ese instinto culpabilizador existe, y no por eso hay que considerarlo exclusivamente irracional, y menos aun caer en la alabanza de otras culturas en las que sea más difícil el reconocimiento y valoración de la responsabilidad y la personalidad del individuo aislado. El mundo occidental, aun aceptando esas dosis de irracionalidad, cree en la individualización de la responsabilidad porque si no fuera así tampoco podría creer en algo aun más importante: que el individuo es depositario de derechos y libertades fundamentales, que son *suyos* y no de un grupo que le permite ejercerlos.

Aceptado, pues, que la *culpabilización* sea hacia otros o sea *hacia uno mismo* es una tendencia natural en las personas, aunque sea en el reducido ámbito en que rige nuestro modelo de sociedad¹³.

La religión contribuye a su vez a la identificación entre delito y pecado, entre culpable, sin diferenciar entre real y moral, y pecador, y entre pena y penitencia¹⁴. Partiendo de esa realidad es fácil apreciar en importantes penalistas -por ejemplo, la mayor parte de los representantes de la Escuela Clásica tanto en Italia como en España- la influencia de la religión en su pensamiento, y, en concreto, de la formulación de las ideas centrales de libertad (desde el reconocimiento de la existencia del libre albedrío como presupuesto irrenunciable) y de responsabilidad personal. No es ahora importante decidir si la ideología religiosa es anterior o simultánea a las ideas penales

del clasicismo. Lo realmente importante es comprender que unos juristas en un tiempo y lugar dado explicaban las instituciones penales en consonancia con su propia cultura, la que dominaba en su sociedad. Si esa era la católica su impregnación era consciente y querida, convencidos de que el derecho penal tenía que estar en consonancia con los principios en los que por razones religiosas creía aquella sociedad. Por eso cuando hoy se alude a que el derecho penal no puede ser ajeno a la sensibilidad o a las características culturales de la sociedad a la que se destina, en materia de culpabilización, no se dice nada que, preciosamente en esa materia, no tenga ya precedentes conocidos en cuanto a la relación entre religión y derecho.

La cuestión se tendrá que plantear de otro modo, respondiendo a las preguntas centrales: hasta dónde condiciona al legislador la cultura religiosa presente en una sociedad en mayor o menor medida, y hasta que punto ha de atender a los sentimientos irracionales palpables en esa sociedad. No es admisible un despotismo ilustrado, pero sí puede admitirse que aun cuando la percepción de los sentimientos sociales condiciona la libertad del legislador -lo cual por otra parte es obligado en un Estado democrático si el legislador, identificado en personas concreta¹⁵, aspira a seguir siéndolo- un Estado aconfesional debe y puede exigir un derecho penal *laico*, especialmente en lo que concierne a la formulación de la ida de responsabilidad.

El interrogante anterior encierra mayores dificultades de las que en un principio se pueda sospechar. Se ha sostenido por algunos criminalistas y filósofos del derecho que el derecho penal ha de contar con la realidad humana que le precede *sin intentar ni cambiarla ni despreciarla*. Ese sometimiento a la naturaleza de las cosas puede ser extremo -así en el pensamiento neo-iusnaturalista propio de Welzel y sus seguidores- o reducido, reducción que se impone en primer término porque así como es tal vez sencillo comprender la naturaleza de las cosas que tienen explicación científica, no es tan simple establecer esa misma naturaleza respecto de hechos o actitudes sociales que se intuyen culturalmente pero que no son susceptibles de demostración rotunda y concreta.

Los legisladores, por lo tanto, deberán ser conscientes de una idea mínima: la sociedad sí cree en la diferencia entre culpables e inocentes, o, si se prefiere decido de otro modo, el

¹² Los sistemas penitenciarios norteamericanos de aislamiento y silencio (sistema filadélfico) no pueden entenderse fuera de esa perspectiva moral.

¹³ De las miserias del mundo "civilizado" no hace falta ciertamente hablar. Pero eso no puede empañar la calidad de la idea de culpabilidad o responsabilidad personal en cuanto concepto trabajosamente edificado por el derecho. Conviene recordar que en la mayor parte del planeta el problema se sitúa en la necesidad de alcanzar un mínimo respeto, al menos formal, hacia los derechos humanos y el estado de derecho.

¹⁴ Desde la certeza del sentimiento de culpa las diferentes religiones han construido sus correspondientes dogmas y ritos sobre la expiación personal y la expiación pública de los pecados. El conjunto de ideas vertidas a lo largo de la historia sobre la contricción, atricción, arrepentimiento, reprobación, penitencia, absolución, presupone una específica clase de cultura y de sociedad.

¹⁵ Es curiosa la manera en los juristas se refieren al "legislador" como si se tratara de una potestad oculta y sin rostro, escondida en los entresijos superiores y misteriosos del Estado, cuando todos sabemos que el legislador es el conjunto de personas que componen o dominan por mayoría las cámaras legislativas. Todo lo que se dice, por lo tanto, sobre la "voluntad" del legislador o el fin que persigue con las normas que dicta una cámara que tanto legisla sobre organización agraria como sobre responsabilidad civil o penal no deja de ser un recurso de lenguaje que necesita el jurista por razones de método y que el ciudadano siente como razón para la aprobación o la censura política al partido o partidos mayoritarios.

instinto social se orienta a la atribución de una responsabilidad subjetiva, incluso desligándose si es preciso de los límites garantistas de la legalidad.

A partir de ahí se planteará para el jurista observador de esa realidad cultural una disyuntiva entre construir un concepto de responsabilidad subjetiva propio, en cuanto que no tendrá pretensión de validez moral sino solo jurídica, lógico-objetivo, *racionalista*, o bien abrir un espacio en el derecho y en el proceso en el que se puedan verter los sentimientos sociales relacionados con la atribución de esa responsabilidad, lo cual sería peligroso, por razones apoyadas en la experiencia, y que se resumen en lo que tantas veces se ha dicho: La lucha por el Estado de Derecho y por la democracia es la lucha por la consecución de un sistema de garantías sólidas que protegen al individuo frente al desigual poder del Estado.

Si el proceso de atribución de responsabilidad -en concreto, el proceso penal- se construyera de tal modo que cupiera decidir la culpabilidad prescindiendo de un riguroso fundamento probatorio supondría que en aras de la irracionalidad y del sentimiento habría sido pulverizado todo lo que se cobija bajo ese nombre de *garantías*, que por lo tanto se considerarían de importancia menor. Es tan insoportable esa imagen que por sí sola se hace rechazable.

Tampoco es social y políticamente tolerable una imagen "gélida" del derecho, como sistema incomprensible para las personas. En ningún caso sería admisible un sistema penal positivo que se estructurara despreciando todos los modos de atribución de responsabilidad que se registran en la vida en sociedad¹⁶, pero igualmente cierto es que *esa misma sociedad que cree en la responsabilidad subjetiva también cree en que la forma del Estado de Derecho es un tesoro inapreciable* que debe ser preservado.

Ese es, por consiguiente, un reto que tienen ante sí los legisladores: lograr que el sistema punitivo no aparezca como una entequeia alejada de todos los sentimientos sociales y de la percepción de la responsabilidad que se pueda observar en la ciudadanía. La firmeza de las convicciones en torno a lo que significa y fundamenta el derecho público estatal no ha de llegar hasta el alejamiento entre éste y sus destinatarios. *La búsqueda de un espacio de encuentro entre derecho y ciudadanía será seguramente la misión más importante de la teoría de la culpabilidad*, y para que eso sea algo más que una petición de principios es necesario, en primer lugar, que el derecho positivo abra suficientemente las puertas a una valoración material de la culpabilidad recuperando sus componentes y fundamentos teóricos, ya que en la realidad legal ha quedado

reducida a la constatación de que *no concurren* causas de exclusión de la culpabilidad. En segundo lugar será tal vez preciso revisar los límites de la participación en el delito (límites de la inducción y de la coautoría y complicidad) por si se han transformado en valladares protectores de responsables ocultos de los hechos delictivos.

3. LA RESPONSABILIDAD MORAL O POLÍTICA

Si buscamos alguna situación que se haya transformado en paradigmática de la tensión entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral es la llamada responsabilidad política, concepto que en nuestro país ha sido acuñado básicamente por los políticos y por la prensa, y es el que con más fuerza intenta llevar a la opinión pública esa idea de divorcio entre derecho y justicia, entre razón y sentimiento. No hay que esforzar la memoria para recordar con cuanta frecuencia y reiteración en la vida pública española se hace mención a la relación y diferencia entre la responsabilidad penal y la responsabilidad moral o política. Ultimamente, al analizar las actuaciones de los políticos, se ha extendido el hábito de diferenciar entre una y otra. La responsabilidad penal se establece cuando alguien es declarado autor, coautor, inductor, cómplice o encubridor de un delito, y, por naturaleza, solamente pueden declararla los jueces. La responsabilidad política, en cambio, se deriva de la torpeza, negligencia o incuria en la gestión de los negocios públicos, por culpa de las cuales otras personas, se supone que diferentes del destinado a ser responsable político, han podido, incluso, cometer delitos¹⁷. La responsabilidad política derivará así, en el fondo, del mal gobierno mostrado en la elección de personas para determinadas funciones o en la incapacidad para saber y controlar lo que se supone de una importancia tal que no podía quedar fuera del conocimiento del superior. Esa manera de razonar ha servido incluso a algún juez, y desde luego a mucha prensa, para condenar a alguien al grito de "no puede haber sucedido eso sin que él lo supiera" o, más templado, "tuvo que

¹⁷ Consecuentemente con esas distinciones se sientan algunas ideas que se repiten constantemente: se puede ser responsable político y no penal, o viceversa, y, en coherencia con su significado, ni los parlamentarios y partidos políticos son quienes para sentar o negar responsabilidades penales, ni los jueces son quienes para formular responsabilidades políticas. Razonablemente, los jueces, en sus resoluciones y manifestaciones, no pueden en ningún caso incluir alusiones, valoraciones o descalificaciones de carácter político ni en relación con el sujeto al que condenan o acusan, ni tampoco respecto del que absuelven o simplemente mencionan. Con la misma coherencia, los políticos no deben, en principio, cuando polemizan, dedicarse al análisis del derecho penal aplicable en cada caso, y no porque no tengan derecho a echar mano de argumentos extraídos del ordenamiento jurídico, que como conjunto de principios es patrimonio de todos, sino porque la real aplicabilidad de una u otra norma no depende simplemente de la aislada lectura de un artículo, como creen los no juristas, sino del tránsito del problema por la totalidad del sistema procesal y penal.

¹⁶ En este sentido, Hassemer, op.cit., p. 275, quien parte de las aportaciones de Piaget y Kohlberg sobre la profunda presencia del "juicio moral" en nuestra cultura desde la misma infancia.

preocuparse por saberlo todo". Esa responsabilidad, por las reglas de la democracia, se debería pagar mediante la expresión de reproche que supone la pérdida de votos, pero entre tanto se ahonda en el concepto denunciando tácitamente la "torpeza" del derecho para llegar a la verdad.

También puede haber, como es fácil de entender, responsabilidad política sin necesidad de que nadie en concreto haya cometido una infracción, y hasta incluso una responsabilidad política "positiva", que es la que se deriva de los aciertos de gestión y de las decisiones correctas, y así se hablará de los responsables políticos como personas que se pueden hacer merecedoras del respeto y apoyo de sus conciudadanos. Pero lo normal es que la palabra "responsabilidad" se interprete, por el influjo semántico de su significado en el derecho, en el sentido esencialmente negativo antes indicado.

Se dice que la responsabilidad política no puede eludirse o postergarse invocando la presunción de inocencia y la aun no producida decisión judicial, pues siendo diferente esa responsabilidad de la estrictamente penal, su contracción nace de otras causas que los jueces ni pueden ni deben apreciar en sus fallos. Por lo tanto, quien sea responsable político de algo lo será en todo caso, sea cual sea el criterio de los Tribunales. Y quien haya de ser responsable penal lo será solamente cuando así lo disponga una sentencia.

Hasta aquí todo parece lineal, simple y comprensible. Pero naturalmente todo es bastante más complicado. Nuestro país sufre un grado de judicialización de la vida pública altísimo. Ningún partido más o menos implantado se ha librado de ver desfilar ante los jueces a sus dirigentes o funcionarios. En segundo lugar hay que analizar el proceso de génesis de los conflictos políticos. Es evidente, y no voy a repetir la causa, que las responsabilidades penales y políticas son diferentes. Pero también es comprobable que muchos de esos conflictos arrancan con la directa acusación de haber cometido un delito, y la discusión política versa precisamente, desde el primer momento y casi exclusivamente, sobre ese contundente y terrible hecho que, de ser cierto, lógicamente ha de significar

el fin de la actividad pública del personaje afectado. Se echa mano de leyes y, basta con prestar atención a lo que se dice en el parlamento y en los medios de comunicación, se realiza no ya un juicio "paralelo", que ese sería el que solo pretendiera establecer la responsabilidad política, sino un juicio "penal" no judicial, *en busca de los auténticos responsables*, y, por eso mismo, aportando una alta dosis de irracionalidad al siempre difícil campo de la atribución popular de la responsabilidad.

Mas puede resultar, y sobran ejemplos, que los jueces no opinen lo mismo, y es entonces cuando se producen reacciones de supuestos demócratas geremíacos, que lamentan que sus denuncias no tengan el efecto judicial que merecen, aunque no sea entendido, en nombre de argumentos garantistas "antipopulares", por el Poder Judicial. Es entonces cuando aparece la invocación de la responsabilidad política como "subsidiaria" de la penal. Frecuentemente se puede observar que se ha hablado de responsabilidad penal casi de modo único, y por eso los partidos se personan en los Tribunales para acusar a los otros en las causas en las que estén implicados, sin perjuicio de que, mientras tanto, y sin aguardar a que ese Tribunal se pronuncie, se va ya anticipando la sentencia lógica y necesaria que ha de recaer. Si esa sentencia sea absolutoria, y es entonces cuando se dice que tal absolución no empaña la responsabilidad política efectivamente contraída, de la que la absolución no va a librar al afectado.

Y esa a la postre es la última y más peligrosa contribución al desprecio al derecho como sistema de garantías, invocando el instinto como algo más sólido y respetable que la razón. La mezcla entre moral (la de cada cual, además) y derecho alcanza su expresión más plena.

Es precisa sin duda una renovación de las instituciones jurídicas, especialmente las que atañen a responsabilidad y culpabilidad, a fin de que su declaración sea *fruto de un auténtico encuentro entre derecho y sociedad*. Pero entre tanto, en ese lento proceso, hay que estar permanentemente en alerta frente a los siempre reiterados ataques del irracionalismo.