

PROF. MAURO RONCO

AVVOCATO

3, P.ZZA SOLFERINO

10121 TORINO - P.I. 08562150014

TEL.: 011 5611484 - FAX: 011 535938

E-MAIL: roncomau@tin.it

PEC: mauroronco@pec.ordineavvocatitorino.it

EL DELITO COMO OFENSA AL BIEN COMÚN

1. **El objeto del delito.** - La doctrina del bien jurídico, individual o colectivo, como objeto del delito, que ha gobernado el derecho penal de la edad moderna, ya sea en la versión individualista o en la colectivista, ha caído en una profunda crisis. La crisis es consecuencia de la radical incertidumbre sobre qué es el delito, en qué consiste esencialmente, cuál es su esencia metafísica, más allá de los aspectos puramente criminológicos, sociológicos o psicológicos que constituyen su sustrato material.

La cuestión metafísica, sin embargo, no carece de relevancia en el plano práctico. La solución, explícita o implícita, que se le dé, influye decisivamente en las respuestas que los legisladores deben dar, de buena o mala gana, respecto a la determinación de los tipos penales, a su objeto, a su extensión, a la calidad y cantidad de las sanciones, así como a cualquier otro aspecto relativo a la disciplina concreta de la juridicidad penal.

En varios escritos míos, especialmente en el trabajo dedicado al problema de la pena¹, he sostenido que el delito es esencialmente una ofensa contra el bien común político, considerado sobre todo al nivel del orden ético-jurídico, que constituye el núcleo del contenido del bien común temporal²,

¹ M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 185.

² F. A. LAMAS, *El bien común político*, in *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid-

del cual forman parte la primacía de la ley (= el valor de la legalidad); la promoción de un mínimo de vida virtuosa en los ciudadanos, que les permita o al menos no les impida perfeccionar su vida; en fin, un orden de instituciones firmemente arraigadas que garantice la paz social³.

Discutiendo el nexo retributivo entre delito y pena, observaba que, mientras que en el ilícito civil "[...] lo que está en juego es sólo el empobrecimiento de una de las partes, en relación al bien finito que constituye el objeto de las prestaciones correlativas, lo que está en juego en el delito es el empobrecimiento del patrimonio complejo del bien común, entendido no en un sentido exclusivamente material, sino espiritual, ya que se niega no tanto el bien finito que es objeto de la prestación determinada, sino el bien mismo que funda la relación social"⁴.

En efecto, a diferencia del incumplimiento contractual, que daña el bien del otro en cuanto bien de esa persona en particular, el delito ofende el bien del otro en cuanto bien de la comunidad política. Esto no significa que el bien del individuo sea absorbido por el bien de la comunidad, sino que en el delito el mismo bien del otro subsiste (y es ofendido) en una dimensión diversa y más elevada que el modo en que ese mismo bien subsiste en la dimensión meramente individual.

La doctrina iuspenalista italiana de la primera mitad del siglo pasado había vislumbrado el problema, sin llegar, sin embargo, influenciada por un trasfondo filosófico liberal (aunque de impronta autoritaria), a soluciones adecuadas. Baste recordar, al respecto, que Vincenzo Manzini, siguiendo a Arturo Rocco, cabeza de la escuela técnico-jurídica, había enseñado, en su famoso *Tratado*, que el objeto jurídico del delito "[...] es siempre un bien-interés público, incluso cuando el sujeto pasivo particular de la lesión o del peligro es un privado"⁵, añadiendo que los "intereses individuales"⁶ pueden ser protegidos o bien como "condiciones favorables que el ordenamiento

Barcelona, 2006, 318.

³ *Ibidem*, 319.

⁴ RONCO, *op. e l.*, cit.

jurídico debe garantizar y proteger objetivamente, respecto de todos y cada uno, para la conservación de la normalidad en la convivencia social, independientemente de la consideración de las personas singulares"⁷, o bien como "intereses que tienen su centro exclusivo en una determinada persona, y que deben ser garantizados y protegidos en consideración de esa persona, y no de todos"⁸. El primer tipo de protección es función del derecho penal; el segundo, del derecho privado. De allí que, según concluye el destacado Autor, "[...] el objeto jurídico del delito es siempre y necesariamente un interés público, porque, incluso cuando la tutela penal se dirige a intereses individuales, estos son protegidos como intereses de todos y por lo tanto asumidos como propios por el Estado"⁹.

En esta línea de pensamiento, por lo tanto, el objeto específico de la tutela penal en el delito de homicidio es "[...] el interés del Estado por la seguridad de la persona física, en cuanto respecta jurídicamente al bien jurídico de la *vida humana*, considerada en las relaciones entre los hombres"¹⁰, así como en los delitos de hurto, el objeto específico de la protección penal es "el interés público por la inviolabilidad de los bienes patrimoniales, y precisamente el interés relativo a la seguridad de la posesión (en sentido lato) de los bienes muebles...."¹¹.

A Manzini, como a Arturo Rocco, le era ajena la noción de bien común. Su respectiva formación cultural, de impronta fundamentalmente liberal, había recibido la influencia del nacionalismo jurídico de Alfredo Rocco que, en reacción al individualismo liberal, había intentado, oscilando hacia el totalitarismo, absorber en el Estado, considerado como todo, los intereses y

⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, aggiornato da P. NUVOLONE e G.D. PISAPIA, Torino, 1981, I, 625.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Trattato*, cit., volume ottavo, 8.

¹¹ *Trattato*, cit., volume nono, 7

derechos de los individuos¹². No es difícil captar la oscilación entre los postulados del liberalismo y el totalitarismo en las palabras de Manzini. El objeto jurídico, en el penal, sería siempre un bien-interés público – dice el autor – incluso si la víctima de la agresión es un privado. Esto no corresponde a la verdad, porque, también en el penal, el bien individual no pierde su identidad. Sí es verdad, sin embargo, que, en el penal, el bien individual no es considerado bajo la sola formalidad de interés individual, sino bajo la formalidad de interés de toda la comunidad política. La consideración bajo el punto de vista del interés de la comunidad no envilece el bien, no le quita su naturaleza íntima, sino que, por el contrario, lo valoriza según una dimensión ulterior, que es la del bien en relación a su nexo inseparable de bien individual con el bien de todos.

Ni tampoco se convierten los intereses individuales en intereses dignos de protección penal por su utilidad general, "independientemente de la consideración de las personas singulares"¹³. Estos, por el contrario, son intereses individuales que no valen en cuanto meramente individuales o en cuanto extrínsecamente útiles a los intereses de otros, padeciendo así un envilecimiento de su intrínseca subsistencia; valen, en cambio, como bienes comunes, a cuya participación están llamados todos los componentes de la comunidad política. Si los bienes fueran considerados como meramente individuales, no se justificaría la pena por su violación por parte de terceros; si, por el contrario, fueran considerados sólo por su utilidad a favor de los demás, se podría renunciar a su protección cuando, según un juicio empírico, hubieran perdido utilidad para los demás.

2. El bien común. - El pensamiento penalista de la modernidad no ha sabido evitar adecuadamente la alternativa entre el bien del individuo, en cuanto individual, y el bien público, en cuanto bien de la comunidad política

¹² Mi permetto rinviare a M. RONCO, *Il nazionalismo giuridico di Alfredo Rocco legislatore penale*, Torino, 1970, *passim*, inedito.

¹³ Così, invece, MANZINI, *Trattato*, cit., I, 625.

o, en palabras modernas, del Estado. Por consiguiente, la esencia del delito debe consistir en la ofensa al bien jurídico de un individuo particular o bien al de un individuo colectivizado. De este modo, se corre el riesgo de deslizarse hacia el utilitarismo, de matriz individualista o colectivista, y se pierde toda justificación no utilitarista de la pena, extraviando por completo la esencia del delito. Esto porque, habiendo eliminado el bien común, se quita la causa final en virtud de la cual el poder político tiene título para prever la inflicción de la pena y, a través del poder judicial, para infligirla a aquellos que han ofendido el bien común. El bien común político es la causa final de la juridicidad penal, como, en general, de todo el derecho. La causa final mueve a la causa eficiente. La causa eficiente de la justicia penal es la autoridad política legítima que aprueba y da eficacia a la ley que tutela y promueve el bien común. Si esto es ignorado o descuidado, la causa eficiente se mueve ciegamente, promoviendo y protegiendo a veces los intereses de los individuos y después los del Estado de modo desordenado y confuso.

Es necesario, entonces, profundizar en las razones por las que la ofensa contra el bien común constituye la esencia del delito.

Esto se puede comprender aclarando, por un lado, el concepto de bien común y, por otro, tomando contacto con la experiencia del delito. El bien común, en primer lugar, no es el bien de un ente colectivo, como si la colectividad fuera una entidad autónoma y separada de sus componentes. Así piensan los colectivistas, que contraponen al bien individual al bien colectivo y aplastan el primero a favor del segundo. Tampoco es la suma de los bienes individuales, como sostienen los individualistas, que yuxtaponen al bien de uno el bien del otro, y ponen el bien común en la coexistencia pacífica de los bienes individuales como suma material de estos. De este modo, el bien del uno se aproxima extrínsecamente al bien del otro, pero nadie participa intrínsecamente en el bien del otro, de modo que cada uno permanece ajeno a los demás.

El bien común, en esta perspectiva individualista, prescinde del fin por el que cada uno actúa, es decir, del bien al que cada uno tiende, para limitarse a considerar la forma de las relaciones entre las acciones de los sujetos. Kant expresó la esencia del derecho en general, y también del derecho penal, dentro de esta perspectiva, dictando la fórmula decisiva para la ideología del derecho en general y, en particular, del derecho penal, que caracterizó a la modernidad.

La ley consistiría en un conjunto de normas que, teniendo en cuenta únicamente el aspecto exterior de las acciones y prescindiendo totalmente de sus fines, tiene por objetivo garantizar la coexistencia de los "arbitrios" individuales, impidiendo que los efectos de esos "arbitrios" individuales interfieran con la esfera exterior de los "arbitrios" de otros. En la *Metafísica de las Costumbres* dice: "[...] en esta recíproca relación de arbitrios no se considera en absoluto la materia del arbitrio, es decir, el fin que uno se propone con el objeto que quiere... sino que lo que está en cuestión es solo la forma en las relaciones de los dos arbitrios, en cuanto estos son considerados absolutamente como libres, y es necesario investigar únicamente si la acción de uno de los dos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal"¹⁴.

La premisa es la negación del bien de la comunidad política como causa última del derecho, con la sustitución de la libertad de los individuos. Bien y felicidad ya no constituyen la regla de la voluntad y de la razón práctica. En su lugar se pone la libertad en virtud de la cual cada persona puede ser considerada fin en sí misma. El problema del derecho y, sobre todo, del derecho penal, es hacer coexistir las libertades anómicas de cada uno. La "verdad" del derecho penal viene a ser la fuerza, bajo forma de pena, que constriñe en el perímetro determinado por la ley a los innumerables y discordantes "arbitrios" individuales.

¹⁴ I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Einleitung, par. B; tr. it. *La Metafisica dei Costumi*, 34.

Los efectos de los "arbitrios" de los hombres tocan a los "arbitrios" de los otros. La chispa del delito se enciende cuando el "arbitrio" de uno interfiere con el "arbitrio" del otro, poniendo en peligro o causando un daño al bien jurídico individual.

Esta idea está en la base del derecho penal liberal. El bien jurídico tomado en consideración por este derecho es, en efecto, el bien de un individuo, de un grupo de individuos o de un ente colectivo, pero no es el bien común, que no puede prescindir del universo de los bienes que constituyen los fines de cada componente de la sociedad, y que se comunican a los demás a través de la participación de cada uno en el bien de los demás.

El bien común es ante todo un bien. Pero hay diversidad entre los bienes. Existe el bien propio del hombre como persona individual; pero existe también el bien del hombre en cuanto parte de una comunidad superior a él. El bien de la familia es el bien del hombre en cuanto miembro de la familia; el bien de la comunidad política es el bien del hombre en cuanto ciudadano; el bien divino es el bien de cada uno, "en la medida en que cada uno puede participar en la beatitud"¹⁵.

El bien objeto del derecho penal es el bien de la comunidad política, por lo tanto, el bien común más elevado que conviene al hombre en el plano de la vida social; bien más elevado no porque el individuo posea este bien como un todo o porque el individuo sea el objeto principal de su fin, sino porque, como enseña santo Tomás, este bien pertenece a cada uno "...inquantum est pars alicujus totius, sicut ad militem, inquantum est pars exercitus, et ad civem, inquantum est pars civitatis..."¹⁶. El bien de todo es accesible a cada uno gracias a la universalidad misma del conocimiento del hombre¹⁷.

¹⁵ Q. D. de Carit, a.4, ad. 2 „[...] et hoc modo caritas respicit sicut principale objectum, bonum divinum, quod pertinet ad unumquemque, secundum quod esse potest particeps beatitudinis“.

¹⁶ *Ibidem*, 207.

¹⁷ C. DE KONINCK, *Œuvres*, T. II, 2. *La primauté du bien commun*, Québec, 2010, 126.

A quien respondiese que la razón de parte no conviene al hombre considerado en su relación con el fin último, que es Dios, de lo cual se sigue que el bien común debe estar subordinado al bien sobrenatural del individuo, habría que darle la misma respuesta que da santo Tomás en la citada cuestión *de Caritate*, donde dice que el bien divino es el bien de cada persona, en la medida en que cada uno pueden participar de la beatitud de Dios: "[...] *et hoc modo caritas respicit sicut principale objectum, bonum divinum, quod pertinet ad unumquemque, secundum quod esse potest particeps beatitudinis*"¹⁸. Si, entonces, es en calidad de parte de un todo que estamos ordenados al más grande de todos los bienes, puesto que ese bien no puede ser nuestro si no en la comunicabilidad a otros¹⁹, es igualmente cierto que somos ordenados como parte al bien común de la comunidad política, puesto que ese bien no puede ser nuestro si no en la comunicabilidad a otros.

Por otra parte, así como no puede darse bien común si no en la participación en el bien de los demás, así tampoco puede darse bien individual que se sustraiga al fin del bien común. Enseña siempre Santo Tomás que: "La bondad de una parte cualquiera sólo puede concebirse en relación con el todo, por lo que también Agustín escribió que "es deforme la parte que no armoniza con el todo". Siendo pues todo hombre parte del Estado, "es imposible que el hombre sea bueno si no contribuye al bien común; y, por otra parte, el todo no puede estar compuesto sino de partes proporcionadas entre sí"²⁰.

Que el bien individual es intrínsecamente inherente al bien común, de modo que quien busca el bien común realiza también su propio bien, lo explica magistralmente Santo Tomás respondiendo a la objeción según la cual no serían prudentes aquellos que buscan el bien común. A causa de esto, de hecho, correrían el riesgo de descuidar su propio bien. Quien busca el bien

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ C. DE KONINCK, cit., 126.

²⁰ Ia IIae, q. 92, a.1, ad 3.

común de una comunidad, en cambio, "[...] busca indirectamente su propio bien; y esto por dos razones. Primero, porque el bien propio no puede subsistir sin el bien común de la familia, de la ciudad o del reino. Por lo que incluso los antiguos Romanos, como refiere Valerio Máximo, "preferían ser pobres en un imperio rico, que ricos en un imperio pobre". En segundo lugar, porque el hombre, siendo parte de la familia y del Estado, al evaluar su propio bien con prudencia debe hacerlo en base al bien de la colectividad: de hecho, la buena disposición de la parte resulta de su relación con el todo; ya que, como dice san Agustín, "una parte que no armoniza con el todo es deforme"²¹.

3. La falacia del derecho penal liberal. - El error especulativo respecto a la verdadera naturaleza del bien común ha permeado el derecho penal de la época liberal, que está sometido a la hipoteca kantiana según la cual el propósito de la ley sería la pura coexistencia pacífica de bienes individuales, como si el objeto del derecho penal fuera garantizar los derechos individuales en cuanto tales, considerados en su valor para los sujetos tomados en su simple instancia de libertad negativa, de autonomía respecto al conjunto de la ciudad política. La obra de Anselm Feuerbach, seguidor de Kant, ha implantado firmemente, desde principios del siglo XIX, en el perímetro del derecho penal la idea kantiana de la primacía del derecho individual, tomado como derecho del individuo en cuanto tal, al que el Estado proporciona tutela mediante la amenaza de castigo que infunde en los consociados temor en caso de violación de la norma.

Esta posición, a la que se opusieron durante algunos decenios en Italia el iusnaturalismo de Francesco Carrara y en Alemania, hasta mediados del siglo XIX, la concepción ética estatista de los denominados post-hegelianos, para los que los derechos individuales son absorbidos por la eticidad del Estado, devino hegemónica en toda la Europa continental desde mediados

²¹ Ia IIae, q. 47, a.10, ad 2.

del siglo XIX, dando lugar al así llamado "*altes gutes liberales Strafrecht*", del que hablaba Winfred Hassemer en un escrito de principios de los años 90, hoy convertido en clásico²².

Sin embargo, ignorar especulativamente el bien común, considerándolo como un "*bonum alienum*", opuesto al "*bonum suum*" de cada uno, implica insertar en el derecho penal una contradicción. Sin la ordenación del "*bonum suum*" al "*bonum commune*", el primero viene limitado al bien singular de la persona singular. El orden de la primera a la segunda es sustituido por la oposición entre bien privado y bien público. De este modo, por un lado, el individuo queda excluido de la participación en el bien colectivo y, por otro, el bien colectivo viene a ser considerado como enemigo del bien del individuo. El bien del individuo y el bien de la colectividad se vuelven ajenos el uno al otro, poniéndose en contradicción lógica el uno respecto al otro.

En el primer sentido, la persona singular se ve privada de su capacidad de participar en un bien mayor que su bien personal; en el otro, la colectividad viene a desempeñar un papel que termina siendo prevaricador en detrimento del individuo.

La fundamentación racional de la pena se vuelve imposible. Puesto que el bien de la comunidad ya no es un bien común a todos, sino un bien del Estado, la autoridad que castiga ya no lo hace en vista de un bien común a todos, incluso a quien que es castigado, sino en vista del bien de una parte colectivizada. Esto genera una contradicción entre la parte y el todo, como si a través del castigo el todo se alineara contra la parte, violando, en definitiva, sus derechos de libertad y de propiedad.

Poner el fundamento del derecho penal en la protección de los derechos individuales significa abrir el camino al nihilismo penal, porque la contraposición del todo a la parte es contraria a la verdad intrínseca del derecho penal, que no es una lucha del todo contra la parte, sino la

²² W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, 383

reconducción de la parte al bien del todo, de la que ella misma participa y en cuyos beneficios comunica, ese mismo bien que la parte ha negado por la comisión del delito.

El error especulativo que se ha descrito brevemente fomenta conceptualmente la misma tendencia inherente a cada hombre a sustraerse a la ley del bien común.

La experiencia de la penalidad, sobre todo cuando se la ha vivido en la concreción de su aplicación en las aulas de justicia, y no, en cambio, en las aulas de congresos o debates abstractos, ajenos a la experiencia, enseña que la conducta delictiva, marcada por el estigma de la culpabilidad, no es tanto un comportamiento que perjudica el bien particular en cuanto particular, sino uno que niega el concepto categorial del bien, "pretendiendo erigir en norma válida por sí misma el punto de vista que niega y rechaza la ley de la equivalencia en las relaciones intersubjetivas, asociada a la radicalidad con la que se trunca el nexo de relacionalidad que vincula a las personas en la vida social"²³.

En el homicidio o en el robo o en la violencia sexual o en el delito ambiental o en cualquier otro delito, se perfila con precisión en el autor el rechazo categorial del principio de equivalencia, es decir, de la justicia, en sus tres formas, que rige la entera constelación de relaciones de obligatoriedad intersubjetiva. Aunque también en el ilícito civil se verifica la infracción de la medida justa que define en concreto a lo equivalente, sin embargo, en esta forma de antijuridicidad aquel que incumple no excluye esencialmente el principio de correlatividad. La ontología del delito implica no tanto y no solo el empobrecimiento de una de las partes en relación con el bien finito que constituye el objeto de las prestaciones correlativas, sino más bien el empobrecimiento del patrimonio del bien común, entendido en sentido no solo material, sino espiritual, ya que con el delito "[...] se niega no tanto el bien finito que es objeto de la prestación determinada, sino el bien mismo

²³ RONCO, *Il problema della pena*, cit., 185.

que fundamenta la relación social, es decir el principio de equivalencia entre el tomar y el dar"²⁴.

Por este motivo el delito exige la pena. No es suficiente, en efecto, como en el caso del ilícito civil, con emparejar la diferencia entre el valor de las prestaciones mediante la restauración del daño económico. El delito, en efecto, no implica solamente la lesión del bien individual, sino del bien común, que no puede ser restaurado sino a través de aquel *quid pluris* espiritual, en cuanto no valorable en términos puramente económicos, que es la pena personal.

Establecer el límite entre la mera infracción civilística y el delito no es cosa fácil en la práctica. Corresponde a la prudencia del legislador, a la luz de la condición ética y económica en la que se encuentra una determinada sociedad en un momento histórico determinado, el determinar la frontera entre el delito y los demás tipos de ilícitos.

Un ejemplo puede ser útil. Se piense en el castigo de la usura. ¿Es suficiente con restablecer la justicia reequilibrando las razones de intercambio, o es necesario contemplar la pena para el usurero? En la usura hay dos dimensiones: el desequilibrio de las razones de intercambio y la explotación de la condición de debilidad en la que eventualmente se encuentra uno de los contrayentes. Cuanto más sobresalga este segundo aspecto respecto del primero en la relación concreta, más necesario será sancionar la usura mediante la pena. En este caso, en efecto, la conducta deja de ser una simple violación del bien individual y deviene una ofensa al bien común, como bien que no pertenece solo al individuo, sino a toda la sociedad, incluido el sujeto que ha actuado mediante usura.

En la época actual, caracterizada por la ignorancia especulativa respecto a la verdadera noción de bien común, creo que es prudente evitar al máximo posible la dilatación de las incriminaciones penales, para que resurja de modo evidente la especificidad ético-metafísica inherente al delito, que

²⁴ *Ibidem*.

consiste, precisamente, en que el delito es ofensa esencialmente contra el bien común, especificidad que corre el riesgo de ser aún más incomprendida cuando el ordenamiento incorpora un número excesivo y poco homogéneo de delitos. El delito, en efecto, no es la mera violación de un derecho subjetivo de otro, sino que es aquella violación en la que se pone en evidencia, por lo radical e irremediable de la ofensa contra los bienes fundamentales, individuales y sociales, el rechazo del mismo vínculo social que hace posible la pacífica fruición de parte de todos de cada bien particular.

La selección de los delitos según el principio de la *extrema ratio* encuentra su justificación profunda en el concepto de delito como lesión al bien común temporal, donde se revela objetivamente la intencionalidad del delincuente de negar el valor mismo del vínculo de la relación social. Para reparar la violación del derecho individual, basta con el reconocimiento de la culpa, acompañado de una reprobación social, o bien la reparación del daño, o bien la prestación de actividades voluntarias a favor de la comunidad. La pena propiamente tal debe ser reservada a aquellas ofensas que van más allá de la violación del derecho individual.

El *fomes* del delito – su verdadera causa final – es la equivocación voluntaria del concepto de bien.

El bien al que cada uno debe tender en la vida social es el bien común, es decir, el bien de la sociedad en la que vive, bien en el que está incluido el bien personal. Por amor desordenado a sí mismo se rechaza prácticamente el bien común como si fuera un bien ajeno y contrapuesto a uno mismo, incompatible con la dignidad de nuestra condición personal. Como dice De Koninck: “*De este modo, se sustrae al orden y se refugia en sí mismo como en un universo para sí, universo arraigado en un acto libre muy personal:*

se renuncia libremente a la propia dignidad de criatura razonable para establecerse como todo radicalmente independiente"²⁵.

El orden de los fines se invierte. El bien solo para sí pasa a ser egoístamente el bien más elevado bajo el aspecto de la libertad, en el desprecio explícito o en la indiferencia hacia el bien común. Santo Tomás expresó icásticamente el concepto con estas palabras: "[...] la misma rebelión contra Dios tiene carácter de fin, en cuanto es buscada bajo el aspecto de la libertad, como se dice en Jeremías 2[20]: desde hace tiempo habéis roto el yugo, habéis roto las ataduras y habéis dicho: no os serviré"²⁶. En el delito, precisamente, el fin singular viene a ser considerado como verdadero bien de la persona, con la atribución de la primacía a la libertad de autodeterminación y no ya al bien común.

El énfasis en la libertad del individuo descuadra, a nivel especulativo, la ordenación de cada uno a los demás según la jerarquía de bienes a cuya realización está llamado cada uno. La coexistencia pacífica de la libertad de los "arbitrios" individuales, sin la fijación de algún orden de los fines que cada uno se propone con el objeto que su "arbitrio" quiere, según la lectura kantiana del universo del derecho, es un velo demasiado tenue para resistir el impacto de libertades que se yerguen vigorosas e independientes las unas frente a las otras. Si especulativamente el bien del individuo no se ordena al bien de todo, ¿por qué motivo entonces el "arbitrio" del individuo debería coexistir pacíficamente con el "arbitrio" de los demás?

4. La racionalidad de la pena. - En el derecho liberal, la racionalidad de la pena se pierde. La pena se convierte inmediatamente, como sucede en Feuerbach, en una amenaza que, atemorizando al *homo empiricus*, lo querría

²⁵ DE KONINCK, cit., 129: "*On se soustrait ainsi à l'ordre et on se réfugie en soi-même comme dans un univers pour soi, univers enraciné dans un acte libre très personnel: on abdique librement sa dignité de créature raisonnable pour s'établir comme tout radicalement indépendant*".

²⁶ III, a.7, ad 2

disuadir, en vista de su propio interés, de invadir la frontera más allá de la cual se ha constituido el derecho de los demás.

La pena, como mera amenaza de un mal en sede de previsión y como realización de ese mal exterior en sede comminativa y ejecutiva, no se dirige a la razón del sujeto para convencerlo de que reconduzca su bien al bien común, sino, de manera inmediata, a sus facultades sensibles, induciendo en su alma el temor necesario para impedirle la invasión de la esfera de libertad de los demás. Se pierde así la correspondencia lógica y ontológica entre el delito y la pena. Obsérvese: si el delito es ofensa contra el bien singular del otro o contra el bien colectivo de la sociedad, la pena solo podrá consistir en la amenaza de un mal y en la ejecución de este mal para impedir la invasión de la esfera de libertad del otro sujeto o del Estado considerado como sujeto singular. En este contexto, la lógica de la pena es solo de contraposición entre el individuo y el todo, que castiga en defensa de otro individuo o de la sociedad como todo. El sujeto castigado es exclusivamente el destinatario del mal que le proviene del todo.

La lógica de tal derecho penal corresponde al tejido de una sociedad constituida por mónadas separadas las unas de las otras, que ejercen su libertad con total autonomía, sin ninguna jerarquización de fines respecto a los bienes a los que tienden, mónadas desconfiadas las unas respecto a las otras, a las cuales resulta ajeno el vínculo social que las dirige hacia el bien común. Postulada la anomia al interior del cuerpo social, la pena es el instrumento que el todo – el Estado – proporciona como precio para la supervivencia y la seguridad colectiva. El securitarismo (propuesto por largo tiempo y todavía hoy bajo la forma de las funciones de la prevención general) se convierte en la regla de la pena. A este securitarismo se sumarán, con el tiempo, los finalismos rehabilitadores y reeducativos, pero siempre como accidentes extrínsecos respecto a la finalidad de realizar a través de la amenaza la prevención general, la seguridad social. La contraposición entre el bien del individuo y el bien del conjunto queda especulativamente

confirmada. En la experiencia histórica del derecho liberal, ha sido notable la oscilación entre el énfasis dado a las exigencias del todo y las exigencias de libertad de los individuos.

Pero si la esencia metafísica del delito es, como dijimos al principio, la ofensa contra el bien común, y si esta ofensa se realiza con la equivocación de parte del individuo del bien para sí mismo como bien exclusivo, entonces la pena es, en el plano especulativo, la vía para restaurar la primacía del bien común.

La aporía de la pena en el derecho penal liberal, que conduce o bien a la exasperación prevencionista, cuando se da prevalencia a la instancia securitaria de la colectividad vista como todo, o bien, por el contrario, al abolicionismo penal, cuando el derecho se abre a la instancia libertaria, que ve en la pena el inútil y vano sacrificio del individuo en beneficio del todo, debe ser resuelta especulativamente a través de la concepción de una pena que reafirme la primacía del bien común y, por lo tanto, restaure eficaz y positivamente el bien espiritual que el delito pretendía aniquilar.

Insisto aquí en lo que he escrito en el pasado: "Lo equivalente, negado en el bien finito, revive en la pena como valor de carácter espiritual. De este modo, la voluntad que delinque queda intrínsecamente derrotada: el bien, negado categorialmente en cuanto bien (quiero tomar sin dar, validando para mí una norma opuesta a aquella que funda la obligatoria relación de intersubjetividad), se reafirma bajo forma de pena, restaurando así la vigencia de esa ley de equivalencia, que alimenta como inclinación... la posibilidad misma del vivir del hombre en sociedad"²⁷.

Si el delito, como ofensa contra el bien común, se inscribe en el horizonte intencional de la separación de los demás y de la soledad anómica, la pena constituye un signo concreto de la realidad efectiva de la culpa. El orden jurídico, que se realiza en la conservación y promoción del bien común, no puede tolerar, bajo pena de su aniquilación, el comportamiento que se

²⁷ RONCO, *Il problema della pena*, cit., 186.

presenta deliberadamente en términos de negación del nexo de relacionalidad, en el cual radica el bien común a todos.

Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que el bien de aquel que ha cometido el delito pertenece al bien común, que se busca restaurar mediante la cominación y ejecución de la pena. Si se quiere efectivamente restaurar el nexo de relacionalidad, negado por el delincuente en el momento del delito, la pena debe poseer un efectivo contenido intrínseco de bien para aquel que padece la pena. Este contenido ha sido magistralmente reconducido por Santo Tomás de Aquino al concepto de pena entendida como medicinal. El fármaco que es la pena debe ser suministrada al delincuente para su reintegración, en cuanto voluntariamente aceptada, en el orden del bien común a todos, eliminando así, incluso de parte del delincuente, la ofensa realizada.

Mauro Ronco
Profesor emérito de Derecho Penal
en la Universidad de Padova