

DERECHO Y MORAL*

CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

Enrique Barros**

1. Introducción

En esta conferencia nos vamos a dedicar a uno de los problemas más clásicos de la filosofía del derecho, cual es la relación existente entre el derecho y la moral. Lo hago con la reserva que formuló un profesor danés a principios de este siglo —que aún hoy estimo válida—, en el sentido de que la peor de las disciplinas que uno puede imaginar es la filosofía del derecho, porque la filosofía del derecho, en el fondo, es un cajón de sastre en donde caen los que no son ni juristas ni filósofos¹. Voy a tratar de evitar este dilema orientando el análisis hacia problemas específicos que plantea la comprensión del derecho moderno. De este modo espero evitar la tentación de partir de problemas estrictamente filosóficos y no jurídicos.

Una segunda observación previa atiende al enfoque empleado. Ustedes han asistido a la clase del profesor Marco A. González², donde se ha

* Versión corregida de la conferencia dictada en el curso de Magister en Derecho Penal, Mención en Delitos Económicos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en noviembre de 1982.

** Abogado. Profesor de Introducción al Derecho y Derecho Civil de la Universidad de Chile. Profesor Visitante, Universidad de Munich. Investigador del Centro de Estudios Públicos.

¹ Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, Einleitung.

² Marco A. González Berendique, *Nociones de Criminología*, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, 1982, y *Criminología: Material Complementario de Lectura*.

Estudios Públicos, 10 (otoño 1983).

analizado el problema de los delitos económicos desde un punto de vista criminológico.

De acuerdo con este enfoque criminológico, la persona y el individuo son analizados en la perspectiva del grupo. El punto de vista específico de esta ciencia consiste en buscar las razones que motivan el comportamiento delictual.

Para la criminología, el delincuente o bien es un enfermo o bien es el producto del medio social. En el fondo es el grupo, son las instituciones económicas y las relaciones que existen al interior de la sociedad los factores que determinan el comportamiento delictual. La aplicación básica de la sociología jurídica, de la sociología criminal y de la criminología consiste en permitir la formulación de una política jurídica que permita eliminar las causas de la criminalidad. En el fondo, para el criminólogo o el sociólogo, el delincuente es el resultado de ciertas causas o motivaciones típicas. Por tanto, cuando se logra actuar sobre las causas, se logra terminar con la criminalidad o disminuirla notablemente, y la función de la pena, de acuerdo con esta perspectiva, no puede ser la misma que de acuerdo con las concepciones jurídicas clásicas, que parten de la base de que el sujeto es responsable porque ha cometido una acción libre. Por el contrario, la criminología y la sociología buscan las razones y motivos que “llevan” a los sujetos a actuar de esta manera. La idea de responsabilidad es sustituida por otra: la idea de resocialización.

El concepto de pena que emana de las corrientes criminológicas (como de las corrientes sociológicas) del derecho es naturalmente distinto del concepto usual en la moral y en la tradición jurídica.

Tanto el derecho como la moral, en la perspectiva clásica de las disciplinas humanísticas se han basado en la idea de responsabilidad. La responsabilidad es probablemente el concepto jurídico más fundamental, tanto en materia penal como en materia civil. Es probable que quien entienda el mecanismo de la responsabilidad civil sea en definitiva quien entienda correctamente el funcionamiento del sistema civil. Hay una cantidad de materias que se pueden desconocer en derecho civil y, sin embargo, permitir, desde un punto de vista jurídico, ser un abogado o un juez avezado. No ocurre lo mismo con la responsabilidad, pues ella constituye el núcleo del derecho privado. Quien no conoce los fundamentos de la responsabilidad civil, no puede comprender el derecho civil.

Igual cosa ocurre con el derecho penal. En el centro del derecho penal está también la idea de responsabilidad. A mí siempre me ha admirado que los penalistas hayan construido una teoría tan desarrollada del delito y de la responsabilidad a partir de unas pocas normas del Código Penal, que constituyen lo que podríamos llamar la parte general del código. Han construido todo

un marco teórico y han llenado tratados para explicar conceptos básicos que en la legislación positiva no representan más que unas pocas normas. ¿Cómo se explica esto? Se explica sencillamente porque en la tradición jurídico-penal la idea de la responsabilidad ocupa un lugar absolutamente preferente. Los elementos del delito están concebidos sobre la base de que hay un sujeto que actúa libre y espontáneamente cometiendo un hecho ilícito. El derecho penal intenta definir las condiciones para hacer jurídicamente responsable a alguien de ese hecho ilícito. En otras palabras, la perspectiva clásica del derecho penal, como la perspectiva clásica del derecho civil, es exactamente la inversa de la sociología y la criminología. El derecho y la moral parten de la base de que lo usual es que las acciones sean libres y voluntarias, esto es, imputables a una persona. El enfoque sociológico o criminológico ve la conducta como el resultado algo fatal de las condiciones sociales externas o de fenómenos biológicos o psicológicos determinantes.

El derecho penal como el derecho civil parten de la base de que el sujeto que comete un hecho ilícito lo ha hecho, en general, libremente y, por lo tanto, se le puede adscribir la responsabilidad correlativa. Y el derecho penal como el derecho civil se preocupan de definir cuáles son las condiciones bajo las cuales es posible imputarles responsabilidad a estos mismos sujetos.

En la historia del pensamiento moderno, este enfoque clásico (que podríamos llamar en cierto sentido personalista) del derecho y de la moral ha tenido formidables embates. Un ejemplo de valor bastante significativo en el mundo moderno es el del marxismo. El pensamiento de Marx se basa en la idea de que la sociedad requiere de normas penales o de normas civiles para hacer valer la responsabilidad, en tanto ciertas estructuras objetivas en la sociedad capitalista motivan el comportamiento asocial. En otras palabras, el comportamiento asocial no es una posibilidad siempre latente en la personalidad humana que decide libremente, sino que es algo creado por las condiciones del ambiente. En la tradición marxista, el delincuente es un producto del orden económico. Por eso mismo no debe extrañar que en la tradición europea oriental es muy frecuente —principalmente respecto de los delitos más graves contra la seguridad del estado, de los delitos de opinión y de muchísimos delitos económicos— que sean considerados, no bajo el prisma de la responsabilidad, sino bajo el prisma de la enfermedad³.

3 E. Passhukanis, probablemente el más célebre jurista soviético de la época de la revolución, escribió: “Cuando se haya cumplido la tarea de transformar la pena en una medida de protección de la sociedad y de mejoramiento de los individuos socialmente peligrosos..., entonces los efectos del fallo judicial no serán más una simple “consecuencia jurídica” de una “acción”, sino que llegarán a ser una función social independiente de naturaleza pedagógica y medicinal (*Teoría General del Derecho y Marxismo*, cit. según ed. alemana, 1929, pág. 170).

Desaparecidas las causas que provocan la criminalidad, esto es, la infraestructura económica de tipo capitalista, nadie que esté en su sano juicio puede delinquir. Aunque esta ortodoxia ha sido madurada con el tiempo, sigue siendo un ejemplo extremo de un pensamiento que parte de la base de que todo criminal es o bien un enfermo o bien un producto del medio social.

En una perspectiva distinta, el nacionalsocialismo alemán buscó otros criterios para determinar la razón por la cual las personas podrían tener un comportamiento criminal. Por ejemplo, se llegó a la fórmula de que el comportamiento asocial estaba determinado principalmente por factores racionales. Así, entonces, la persecución de los judíos tuvo como fundamento no sólo el valor mitológico de la unidad de la raza, sino también el intento de evitar que en la sociedad conviviera gente que por su naturaleza, por su constitución natural, era proclive a la delincuencia.

Las clases del profesor González Berendique deben ilustrarnos acerca de la ingenuidad que subyace a estas teorías extremas que buscan explicar la conducta humana a partir de supuestos o causas simples. La criminología moderna es bastante más compleja que estas teorías ingenuamente sencillas. Por eso con estas observaciones no he querido plantear una objeción radical al enfoque de la sociología ni de la criminología. Simplemente he querido plantear que la criminología y la sociología —al tratar de explicar el comportamiento delictual sobre la base de la pertenencia al grupo o de las condiciones generales que priman en la sociedad— no son del todo consistentes con la tradición jurídica y moral. En nuestra tradición jurídica, como decía anteriormente, la base de las dos ramas formativas del derecho común —el derecho civil y el derecho penal— está constituida por la idea de responsabilidad. Es un problema de enfoque: del mismo modo como la criminología y la sociología asumen como supuesto que la conducta criminal puede explicarse en razón de las circunstancias del medio ambiente o de elementos psicológicos o biológicos, así también el derecho o la moral han asumido clásicamente que a las personas se las puede hacer individualmente responsables de sus actos.

2. El Derecho y la Moral en los Ordenes Primitivos

Cuando hablamos de derecho y moral, en el fondo, ¿de qué estamos hablando? Resulta que en toda sociedad existe una serie de reglas. La mayoría de estas reglas son seguidas con toda naturalidad. Por ejemplo, existen reglas acerca del uso del lenguaje. Sería absolutamente imposible

imaginar siquiera una sociedad en que cada persona siga sus propias reglas al hablar. Cuando hablamos, seguimos espontáneamente innumerables reglas y las seguimos automáticamente. Sin las reglas del lenguaje, reglas que han surgido espontáneamente y que son heredadas por la tradición, es obvio que la base de la comunicación humana sería imposible. En todo grupo social, además de las reglas del lenguaje, que son las más básicas, existen otras reglas, también de carácter espontáneo, que permiten o favorecen la vida social. La vida familiar, económica o política está regida por reglas que seguimos con toda naturalidad, sin percatarnos muchas veces de su existencia. Son reglas que han surgido espontáneamente y que, en su gran mayoría, provienen de la tradición, como en el caso de las reglas del lenguaje. Si nos preguntamos por la “fuente” de las reglas a que me refiero, uno tiende a identificarla con la costumbre.

En una sociedad primitiva, la base del orden social está constituida casi exclusivamente por reglas de tal tipo. En una sociedad primitiva —todos los estudios antropológicos que conozco llevan al mismo resultado no— es posible siquiera imaginar un sistema legislativo como el que conocemos en nuestra sociedad moderna. En las sociedades primitivas, la función del poder no es dictar nuevas reglas. La función del poder es más bien de carácter simbólico. En una sociedad primitiva, las normas que se siguen y que rigen el comportamiento de los sujetos pertenecen aproximadamente a la clase de reglas del lenguaje: son normas que espontáneamente han surgido, que espontáneamente son seguidas por los miembros del grupo; son normas que no obedecen a un propósito o a una intención creadora deliberada. No hay alguien que en algún momento haya ordenado que los intercambios entre los sujetos, a partir del momento de la orden, se tienen que cumplir. Simplemente lo que ha ocurrido es que han surgido los trueques, y paralelamente con el surgimiento de los trueques han surgido las reglas que señalan cómo tienen que cumplirse esos contratos elementales. En otras palabras, en una sociedad primitiva las reglas surgen de una manera espontánea y no obedecen a un propósito preconcebido o deliberado de nadie que las crea. Las reglas son seguidas en tanto resuelven los problemas prácticos de convivencia; por eso su validez se basa muy directamente en la razón y en la experiencia.

La función básica de las reglas en una sociedad primitiva, como se ha demostrado en numerosos estudios etnológicos, consiste en asegurar las relaciones de reciprocidad entre los sujetos. Las reglas de conducta aseguran que nadie esté en una situación de abuso o de posición dominante injustificada. Incluso el poder al interior de una sociedad primitiva generalmente responde a relaciones de reciprocidad. Es usual que quien accede al

poder sea el mejor cazador; quien es capaz, en consecuencia, de guiar las acciones de caza tiene títulos legítimos para ser el jefe. Así, los ejemplos pueden multiplicarse. Tanto el prestigio como el poder están fundados en la idea de reciprocidad, en tanto son entendidos como retribución a servicios prestados a la comunidad. En otras palabras, el papel que desempeñan los intercambios básicos en las sociedades primitivas es mucho más claro incluso que en las sociedades modernas.

Para el estudio de este tema es especialmente ilustrativo un pequeño libro de B. Malinowsky, uno de los más destacados antropólogos de este siglo. Se llama “Crimen y Costumbre en la Sociedad Primitiva”, y muestra que son estas relaciones de reciprocidad, a la manera de los intercambios civiles, las que forman la base de la comunidad. Incluso muestra que estas relaciones de reciprocidad dominan el ámbito de la política, la familia y la amistad. En nuestro país, el profesor Julio Philippi ha mostrado algo semejante respecto de las relaciones económicas en un trabajo sobre “El Orden Social del Pueblo Yámana”.

3. Derecho Primitivo y Derecho Moderno

¿Qué diferencias básicas existen entre las reglas que sigue una persona en una sociedad moderna y las reglas que se siguen en una sociedad primitiva?

Ante todo, el derecho moderno tiene por lo menos dos características que son distintas al sistema de reglas que rigen las relaciones al interior de una sociedad primitiva. La primera característica distintiva de las reglas del derecho moderno es que ellas no son necesariamente el resultado de sentidos de conveniencia amplia y espontáneamente compartidos al interior del grupo. El derecho moderno tiene la posibilidad de que las normas sean dictadas, de modo que los contenidos de las normas jurídicas de derecho pueden ser absolutamente aleatorios. Lo que es válido hoy, puede dejar de ser válido mañana. A lo que estamos obligados hoy, puede llegar a estar prohibido mañana. En una sociedad primitiva es inconcebible esta fungibilidad de las obligaciones jurídicas. En una sociedad primitiva no existen autoridades que puedan cambiar las normas vigentes. La existencia de un Diario Oficial en que son publicadas nuevas leyes es inimaginable para el hombre primitivo. Las normas valen en tanto corresponden a nociones generalizadas de deber. En otras palabras, la noción de que haya una autoridad facultada para dictar leyes es de origen muy reciente. En una sociedad primitiva, el contenido del derecho no se diferencia sustancialmente del contenido de la moral reconocida por la comunidad.

La segunda diferencia del derecho moderno consiste en que estas normas no sólo son fungibles, vale decir, cambiables, sino que además están respaldadas por un aparato coactivo externo organizado.

Los dos caracteres distintivos del derecho moderno respecto del orden social primitivo hacen que el derecho moderno sea extremadamente más formal que el sistema de reglas que rige una sociedad primitiva. La existencia de procedimientos para generar nuevas reglas o cambiar las existentes otorga al derecho una gran plasticidad y dinamismo. Ya no es necesaria que las costumbres evolucionen para que una norma sea sustituida. Basta que el legislador la derogue y dicte una norma nueva. Un cambio de similar magnitud ocurre con las sanciones. Estas son aplicadas institucionalmente a través de tribunales y ejecutadas coactivamente por órganos estables, lo que asegura la imparcialidad y la eficacia del derecho.

Ahora bien, esto hace que los criterios de licitud e ilicitud puedan ser muy distintos en el derecho moderno y en una sociedad simple.

El criterio de ilicitud en una sociedad primitiva está necesariamente vinculado a una opinión general acerca de lo que es lícito y de lo que es ilícito. No es ese sentido inmediato de ilicitud lo que necesariamente constituye lo ilícito jurídico. Lo ilícito jurídico muchas veces está constituido simplemente por actos de autoridad. Tales actos de autoridad hacen que conductas que hasta ese momento han sido consideradas lícitas, pasen a ser consideradas ilícitas. Los contenidos del derecho son fungibles. Como dice Max Weber (probablemente el más destacado sociólogo de este siglo), la creación del derecho pasa a ser una función eminentemente burocrática. Mientras que en las sociedades primitivas son las tradiciones las que tienen fuerza obligatoria, en la sociedad moderna el derecho se burocratiza. La dictación de normas pasa a ser objeto de procedimientos especiales de elección y toma de decisión. Hay jueces burócratas; hay jueces que forman parte del Estado y que tienen la ocupación, precisamente, de cuidar que el derecho se cumpla. Ese es el núcleo de la influyente teoría de Max Weber acerca del derecho moderno⁴.

Este cambio de concepción del derecho, este cambio radical en la manera de obtener una regulación al interior de la sociedad, plantea interrogantes muy serias acerca de las relaciones entre derecho y moral. En una sociedad primitiva, es obvio que el derecho y la moral están extremadamente unidos: lo que es jurídicamente reproable de alguna manera u otra es también moralmente reproable. O al revés: se aplican sanciones públicas a

⁴ Max Weber, *Economía y Sociedad*, Cap. VII.

quienes violan cánones morales básicos. Lo jurídicamente reproable es aquello que, de acuerdo con los usos y costumbres, altera las relaciones sociales básicas, principalmente de reciprocidad.

En una sociedad moderna, por el contrario, es obvio que muchísimas de las normas que rigen las relaciones jurídicas entre los sujetos no corresponden a este sentido general de ilicitud. No vamos a estas alturas a dar extensos ejemplos, pero quisiera que nos imaginemos muchísimas de las normas que rigen la actividad económica en Chile como en cualquier país del mundo. Que haya que publicar los balances con cierta periodicidad es conocido sólo por quienes leen el Diario Oficial o incluso están informados de las circulares administrativas sobre la materia. Para quien no conoce el Diario Oficial o las circulares de la Superintendencia de Valores, por el contrario, que haya que presentar un balance en una fecha determinada es algo obviamente ignorado. En el fondo, habiéndose transformado muchas reglas del derecho en instrumentos técnicos de regulación de la conducta, se ha debilitado la íntima relación entre el derecho y la moral. La relación, que en una sociedad simple aparece como evidente, pasa a ser relativizada, porque buena parte de lo que es considerado ilícito jurídicamente es, desde el punto de vista moral, absolutamente indiferente.

El problema básico que se suscita a este respecto en el derecho moderno, se puede expresar en una antigua distinción que en la tradición penal ha sido especialmente fértil, cual es la distinción entre la *mala in se* y la *mala prohibita*. De acuerdo con la tradición, con los usos y con los cánones morales generales —para no meternos en el problema filosófico de si son esencialmente correctas o no—, hay ciertas acciones que son consideradas malas, rechazables o ilícitas. Las normas que castigan los delitos básicos contra la propiedad y que castigan la violación corresponden a sentidos básicos e imprescindibles de conveniencia, sin los cuales la vida en común sería francamente imposible. De alguna manera u otra se tendrá que convenir en que esas reglas corresponden a las bases esenciales de la convivencia social. Dichas reglas, que constituyen el núcleo central del derecho penal clásico, tienen un profundo trasfondo moral, por la sencilla razón de que corresponden aproximadamente al sentimiento o sentido general de ilicitud, por un lado, y por el otro, tienen tal importancia que es muy difícil imaginarse la vida en sociedad si no se sancionan esas conductas. Es difícil imaginarse la vida en sociedad si no se castiga el homicidio, y es bien difícil imaginarse un orden social, por lo menos el que conocemos, si no se castiga el hurto. Estas reglas corresponden a lo que podríamos llamar las condiciones básicas para que cualquier ordenamiento social sea posible. Estas reglas no corresponden, por el contrario, a lo que podríamos llamar el propósito deliberado de alguien que las haya creado. Pensar que fue el legislador penal quien “inventó” el homicidio no correspon-

de a la realidad e, incluso, tampoco corresponde seguramente a lo que ha sido la doctrina penal. En este tema me declaro incompetente, pero sospecho que la dogmática penal de estos delitos básicos también recoge lo que es el sentido común generalizado acerca de la ilicitud.

Distinto parece ser el caso tratándose de infracciones a regulaciones, especialmente económicas. Las regulaciones establecen prohibiciones o imperativos que muchas veces corresponden a objetos macroeconómicos que sólo son comprendidos por iniciados. El sujeto pasivo de la regulación sólo sabe por el Diario Oficial o a través de una mera circular administrativa que tiene que enviar una determinada información a una Superintendencia, que no puede comprar divisas, que tiene que construir su casa de conformidad a ciertas prescripciones, y así sucesivamente.

La ampliación de la actividad reguladora del estado produce, de este modo, la extensión de la *mala prohibita* hasta un límite en que es muy difícil establecer una relación general, desde un punto de vista de los contenidos normativos, entre el derecho y la moral.

Con lo dicho tenemos un primer punto de apoyo para explicar las relaciones entre el derecho y la moral. Hemos visto que buena parte de las reglas de derecho moderno tienen la forma de regulaciones, cuyo sentido normativo se agota en la mera circunstancia de provenir de una autoridad dotada de la competencia suficiente para dictar la respectiva prescripción de conducta. Es mérito de autores como Max Weber, Hans Kelsen o Niklas Luhmann haber percibido esta característica del derecho moderno, que adquiere un carácter altamente formalizado, predominantemente técnico. En tal sentido, estos autores están en lo cierto al afirmar que la sociedad moderna se caracteriza por la diferenciación del derecho y la moral como sistemas de reglas independientes entre sí. El trasfondo de esta tesis consiste en la afirmación de que las consideraciones de índole moral son irrelevantes para la comprensión del derecho.

Por muy persuasivas que parezcan estas tesis, ellas merecen, sin embargo, ser relativizadas. En la siguiente parte de esta conferencia intentaré mostrar que aún en el derecho moderno se dan relaciones muy estrechas entre las normas básicas del sistema jurídico y ciertos cánones morales fundamentales.

4. La Tesis del Positivismo Jurídico

Hemos visto que en una sociedad moderna tiende a desdibujarse la relación entre el derecho y la moral. ¿Significa esto que el derecho moderno puede concebirse de una forma por completo independiente de la moral?

Algo hemos avanzado en la respuesta de esta pregunta: el derecho civil y el derecho penal emplean conceptos como responsabilidad, culpa, dolo, buena fe, buenas costumbres, que son de profunda raíz moral. La cuestión, por consiguiente, no queda contestada en forma correcta si simplemente afirmamos que el derecho y la moral son sistemas de normas por completo independientes entre sí.

La circunstancia de que la pregunta tenga rasgos equívocos ha provocado que hasta hoy permanezca una discusión entre dos grandes enfoques para analizar el derecho: uno, el *ius naturalista*, afirma que no se puede comprender el derecho si se le analiza con independencia de criterios morales; otro, *el positivista*, afirma la tesis contraria, esto es, que el derecho es un sistema de normas cuyo cumplimiento está resguardado por el Estado y cuya validez es por completo independiente de si sus normas corresponden o no con ciertos patrones morales.

Partiremos mostrando algunas de las razones de los positivistas. Ante todo, el positivista afirma que han existido sistemas jurídicos que han violado los cánones morales más elementales y que, sin embargo, no hay razones para negarles el carácter de derecho. Basado en esta evidencia, el positivismo tiende a afirmar que una cosa es el derecho que realmente rige en una sociedad, y otra muy distinta es la valoración moral que podamos hacer de ese derecho. El *ius naturalista*, de acuerdo con esta tesis, confunde los juicios relativos a lo que es efectivamente el derecho con los juicios acerca de cómo debiera ser el derecho.

La segunda observación del positivista ya ha sido formulada. El derecho moderno se compone de infinidad de reglas que varían permanentemente en el tiempo. Lo que ayer era permitido, hoy puede ser prohibido. ¿Cómo puede establecerse una vinculación entre el derecho y la moral, en circunstancias que el primero está expuesto al cambio permanente? La idea misma de moral supone la permanencia de reglas, lo que se opondría a la enorme plasticidad del derecho, cuyas reglas varían permanentemente.

La tercera razón de un positivista es aún más fuerte. El positivista tiende a afirmar que no puede ser tarea del Estado el establecimiento coactivo de un determinado sistema moral. Una sociedad pluralista se caracteriza porque tolera que las personas tengan concepciones morales diferentes entre sí. Afirmar la identidad entre el derecho y la moral es, desde esta perspectiva, un signo de totalitarismo. En efecto, lo que caracteriza el afán totalitario es envolver a toda la sociedad en torno a patrones ideológicos o valorativos comunes. Una sociedad pluralista que acepta creencias, que las distintas personas tengan convicciones, preferencias y deseos diferentes entre sí, es incompatible con una concepción unitaria del derecho y la moral. Si se

identifica al derecho, entendido como un orden apoyado por la coacción estatal, con una concepción moral definida, el papel del Estado se extiende al terreno más personal de las creencias y de las preferencias de las personas. La gran dificultad de un sistema de tal naturaleza consistiría en que, por definición, es totalitario.

Las observaciones de los juristas positivistas deben ponernos sobre aviso acerca de las dificultades que encierra la identificación ingenua del derecho con la moral. En otras palabras, si bien se tiene la inclinación a plantear que el derecho debe tener una base moral, el tema es, si se analiza con rigor, bastante más complicado de lo que parece mostrarnos la mera intuición.

5. Dos Conceptos de Moral

El dilema que plantean los positivistas es formidable. Por un lado, muestran que la identificación del derecho con la moral es una ilusión; incluso puede llegar a ser una peligrosa ilusión. Pero, por otro lado, al desprender al derecho de toda raíz social y de razón, los positivistas terminan definiéndolo en términos exclusivos de fuerza y de poder. El derecho pasa a ser un instrumento absolutamente moldeable por quien posee el poder. ¿Es cierta esta concepción del derecho?

Si se revisa la historia del derecho privado y del derecho penal, se comprueba que, llevada al extremo, la idea que subyace al positivismo jurídico es errónea. Que los contratos deban cumplirse; que se deba reparar el daño causado injustamente a terceros; que se deba responder por los hurtos o por las violaciones, no es el resultado de una voluntad imperativa y altamente aleatoria del titular del poder político, sino que responde a una tradición jurídica que se ha mostrado como correcta. Por tal motivo es equivocado pensar *todo* el derecho como el resultado de actos de voluntad del soberano orientados a dirigir la conducta de los súbditos en una cierta dirección.

Si tomamos en serio las ideas de responsabilidad, de delito, de contrato —en general las nociones básicas del derecho privado y del derecho penal— comprobamos que tras esas nociones subyacen principios y reglas cuyo contenido valorativo resalta de inmediato a la razón. ¿Es tan cierto, entonces, que el derecho y la moral son sistemas normativos independientes entre sí?

La mayor dificultad para plantear correctamente esta cuestión radica en que el concepto de moral es sumamente equívoco. En otras palabras,

cuando hablamos de las relaciones entre el derecho y la moral, a menudo no tenemos suficientemente claro el tema al cual nos estamos refiriendo.

Siguiendo a un profesor de Derecho Civil y de Filosofía del Derecho de la Universidad de Harvard, Lon Fuller⁵, vamos a distinguir entre dos conceptos de moral: la moral del deber y la moral de aspiración. Espero que la distinción resulte útil para comprender con cuál tipo de moralidad tiene que ver el derecho.

La moral de aspiración se fija como objetivo lograr que se haga realidad una sociedad ideal que provea a cada persona la felicidad y la perfección. Para conocer lo que es socialmente rechazable, de acuerdo a esta idea de la moral, tenemos que conocer lo que es absolutamente bueno. Lo que se desvía o aleja del ideal absoluto de lo bueno es imperfecto y, por consiguiente, sancionable.

La moral de aspiración se asocia siempre a un modelo final de la sociedad. El papel del derecho y del Estado, de acuerdo a esta concepción, consiste en dirigir a las personas en la consecución de ese ideal. El planteamiento de la moral de aspiración es atractivo. De lo que se trata, ni más ni menos, es de orientar la sociedad hacia un modelo de perfección. Tal fue el objetivo explícito de Platón en *La República*. Luego de obtener la noción absoluta del bien, Platón se preocupa de idear las instituciones políticas y jurídicas que permitan la obtención de ese orden social perfecto. Las normas detalladas que Platón desarrolla acerca de la educación, el deporte, la guerra, la familia, el trabajo manual, las artes y el gobierno, tienen por objetivo la obtención de una sociedad sin vicios (al menos sin los vicios que él percibía en la sociedad ateniense de su época).

La sociedad aristocrática de Platón no ha sido, desde luego, el único modelo de moral de aspiración. Otras doctrinas aspiran a la existencia de una sociedad donde reine la más completa igualdad y libertad. El ideal de Marx de una sociedad comunista responde a esa aspiración. Otras doctrinas aspiran a una sociedad que realice plenamente ciertos ideales supraindividuales, como la pureza y dominio de la nación o de la raza. Otras aspiran, bajo una apariencia puramente pragmática, a la obtención de la felicidad para todos; tal es el caso del utilitarismo.

Mientras la moral de aspiración se fija objetivos muy elevados de perfección, la otra forma de mirar la moral, la *moral del deber*, es mucho más modesta en sus objetivos. El objetivo de una moral del deber es descubrir las reglas básicas sin las cuales una sociedad orientada hacia ciertos

⁵ Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven y Londres, 2ª ed., 1969.

finés no puede funcionar. El objetivo de una moral del deber no es hacer de cada persona un héroe o un santo, sino un ciudadano cumplidor de los requerimientos básicos que plantea la vida social. Fuller encuentra que el mejor ejemplo de una moral del deber está en los diez mandamientos. Ellos nos imponen exigencias básicas de conducta, especialmente en la forma de prohibiciones. La moral del deber no nos prescribe imperativamente ser perfectos, sino más bien señala los requerimientos básicos de la vida social (Fuller, op. cit., pág. 5 ss.).

El supuesto de la moral del deber consiste en que no hay medios razonables para compeler a las personas a comportarse de acuerdo a ideales de perfección. De lo que se trata es de *excluir* el abuso y la mala fe y no de *prescribir* el altruismo y la perfección.

Si se analizan las formas jurídicas que comprenden ambos tipos de moral, se comprueba que la moral del deber actúa principalmente a través de atribuciones de facultades y de prohibiciones, en tanto la moral de aspiración actúa en la forma de imperativos.

Karl Popper, el conocido filósofo austríaco, ha planteado desde otra perspectiva la distinción a que nos estamos refiriendo. Ha señalado que el problema del Estado y del derecho no consiste en obtener el reino de la felicidad, sino en corregir los errores y los males. Cada vez que el objetivo consiste en obtener que todos se comporten de acuerdo a patrones de excelencia, los medios apropiados para ese fin son necesariamente totalitarios⁶. A la mentalidad totalitaria no le basta que las personas cumplan con sus deberes básicos de convivencia; se exige, además, un compromiso moral absoluto con los ideales que se propugnan.

El fracaso de las órdenes totalitarias radica en que no existen medios (ni aún el terror) para compeler a las personas para que se comporten de acuerdo a ideales de perfección (aún prescindiendo de la grave dificultad que plantea la pregunta acerca de cuáles son esos ideales). El derecho es capaz de excluir las formas más graves y obvias de abuso y de irracionalidad, pero no es el instrumento adecuado para compeler a las personas a actuar racionalmente. En otras palabras, el derecho fija el marco para que las personas puedan convivir y establecer relaciones recíprocas. En tal sentido, históricamente el derecho puede ser asociado más bien a la moral del deber que a una moral de aspiración. La conexión del derecho con una moral del deber tiene una larga tradición en Occidente. Dos ejemplos pueden ilustrarnos al respecto.

⁶ Karl Popper, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, T. I., Cap. VI.

Ante todo, Santo Tomás de Aquino, para quien el objeto de la ley humana no consiste en prohibir “todos los vicios de los que se abstiene un hombre virtuoso, sino que sólo prohíbe los más graves, de los cuales es más posible abstenerse a la mayor parte de los hombres; especialmente prohíbe aquellas cosas que son para el perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad no se podría conservar, como son los homicidios, hurtos y otros vicios semejantes”⁷.

Un segundo ejemplo notable lo constituye un pensador ubicado en una línea distinta como es Kant⁸. Para Kant, la función del derecho no consiste en obligarnos a actuar de modo que seamos perfectos, sino en fijar el marco que permita que la actividad libre y espontánea de unos no entre en colisión con la actividad libre y espontánea de los otros. El problema de la teoría del derecho de Kant no consiste, por consiguiente, en definir objetivos sociales últimos referidos a una sociedad perfecta, sino, mucho más modestamente, en definir las condiciones bajo las cuales la vida social es posible.

6. Los Dos Conceptos de Moral y el Derecho Moderno

Las referencias iniciales acerca del derecho primitivo y el derecho moderno pueden ayudarnos a comprender desde una nueva perspectiva el problema de las relaciones entre el derecho y la moral.

En las sociedades primitivas rige básicamente una moral del deber que se expresa en reglas que aseguran la reciprocidad entre las personas y entre los clanes familiares. A los pueblos primitivos les es ajena la idea de un orden orientado a obtener un estado final de las cosas en que reinen la felicidad y la abundancia. El objetivo del orden social es más modesto: se reduce a promover que cada cual cumpla con su deber. En la base del orden social se encuentra un sistema de expectativas recíprocas de comportamiento.

El desarrollo del derecho civil y del derecho penal moderno es del todo coincidente con este enfoque. Estas ramas clásicas del derecho han perseguido desarrollar las reglas que posibilitan y favorecen la convivencia social sobre la base de relaciones de reciprocidad. Ni el derecho penal ni el derecho civil han tenido como objetivo construir un mundo de perfección, sino que se han limitado a fijar los deberes recíprocos de las personas.

7 Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica I-II*, c. 96, art. 2).

8 I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Principios metafísicos de la doctrina del derecho*.

Desde un punto de vista económico, el derecho penal y el derecho civil clásicos constituyen la base normativa de una economía de intercambio en que las reglas no señalan imperativamente a las personas lo que deben hacer, sino que señalan el marco dentro del cual pueden actuar con libertad⁹.

Distinto es el enfoque que subyace al plan utilitarista que ve como función básica del derecho y del Estado la maximización del bienestar general. Este enfoque suele implicar que la conducta de las personas sea dirigida imperativamente de modo de alcanzar el objetivo final, que es aumentar el bienestar social. El tipo de moral que subyace a la planificación económica así inspirada es típicamente una moral de aspiración¹⁰. De lo que se trata es de obtener la mayor cantidad de felicidad (en la forma de bienestar) sobre la base de la aplicación de los instrumentos técnicos apropiados para ello. El derecho es, en esta perspectiva, un instrumento racional de planificación.

La sociedad moderna puede estar ordenada preferentemente: o bien de conformidad a la tradición del derecho civil y del derecho penal —que se insertan en una moral del deber, que asegura que las personas cumplan con las reglas básicas de reciprocidad—, o bien sobre la base del derecho público, cuya forma de actuación es predominantemente imperativa.

El desarrollo de un poder imperativo del Estado y el manejo de ciertas variables económicas claves a través de la política monetaria, fiscal, tributaria o cambiarla hacen que, en una sociedad moderna, se yuxtapongan la tradición del derecho civil y el derecho penal, por un lado, y los instrumentos jurídicos de intervención estatal, por el otro.

Lo anterior tiene gran importancia para comprender el llamado “derecho económico”. La forma clásica del derecho económico es el derecho privado (civil y comercial) y el derecho penal. Se garantiza la eficacia de las promesas (contratos), se hace responsable a las personas por los daños causados injustamente a terceros y se sancionan penalmente las violaciones más importantes de las reglas básicas de convivencia (por ejemplo, hurtos, robos, estafas y abusos). Estas reglas constituyen el contenido de criterios muy generalizados de justicia, que nuestras sociedades modernas comparten en lo sustancial con los pueblos primitivos.

Distinto es el caso de la legislación que implementa las diversas políticas económicas del Estado. Los contenidos de estas reglas no corresponden a pautas morales generalizadas. Son de hecho “mala prohibita”, y

⁹ A este respecto y lo que sigue, véase F. v. Hayek: *Derecho, Legislación y Libertad*, T. I. (Normas y Orden), Cap. V y VI.

¹⁰ Lon Fuller, op. cit., pág. 15 ss.

las nociones básicas de la responsabilidad jurídica, tales como ilicitud, culpa y sanción, presentan a su respecto diferencias importantes, por ejemplo, con la responsabilidad civil emanada del incumplimiento de un contrato o con la responsabilidad penal derivada de una estafa. El límite de lo lícito y de lo ilícito en estas reglas está dado por una decisión del legislador, o incluso de un funcionario, que por ejemplo, determinan niveles de precios, establecen obligaciones de publicidad, fijan incentivos de producción o prohíben comprar moneda extranjera.

La preferencia por uno u otro modelo de ordenación está determinada por el orden constitucional económico que rijan en la respectiva sociedad. En la tradición constitucional occidental, la existencia de derechos y garantías económicas implica que la actividad planificadora del Estado tiene su límite en esas inviolabilidades constitucionales. El valor relativo del derecho privado es, en tales órdenes, muy alto. Distinto es el caso en una economía planificada, en que los derechos y garantías de las personas están subordinadas a la aspiración de obtener un resultado global por vía de la planificación. Aquí tiende a entenderse el orden público económico como el conjunto de reglas o normas que *imponen* una determinada manera de actuar¹¹.

Como toda distinción demasiada general, la distinción entre orden de libertades y régimen imperativo, entre economía de mercado y economía planificada, sólo marca tendencias. En efecto, también en un régimen constitucional, que favorece que las decisiones económicas se adopten descentralizadamente por las empresas y las personas, se requiere que el Estado maneje ciertas variables macroeconómicas claves: se requieren políticas monetarias, fiscales, tributarias, etc.

La ejecución de estas políticas se realiza necesariamente a través de instrumentos jurídicos. Es lo que un economista ha llamado recientemente “institucionalidad macroeconómica”¹². Estos instrumentos pueden otorgar amplias facultades discrecionales a los funcionarios de la administración económica del estado (como es la tendencia keynesiana) o fijar reglas generales, precisas y claras (como es la tendencia más consistente con la tradición del estado de derecho). Pero sea cual fuere la forma específica de estas regulaciones económicas, no cabe duda que su fundamento es exclusivamente técnico. Su razón de existir se encuentra en la circunstancia de ser instrumentos apropiados para la obtención de ciertos fines de política macroeconómica (estabilidad, confianza,

¹¹ Así, Eduardo Novoa, *La Legislación Penal en Materia Económica*, Conferencia Universidad Católica 1962, pág. 11 ss.

¹² Juan Andrés Fontaine, *Rol Macroeconómico del Estado*, en *Estudios Públicos* N° 9, Verano 1983.

crecimiento, empleo, etc.). Estas reglas tienen usualmente una forma imperativa, respecto de los funcionarios que las deben aplicar y/o de las personas privadas, y pertenecen típicamente al derecho público.

Las observaciones anteriores nos muestran que no es posible una formulación unívoca de la relación entre derecho y moral. Si bien el derecho penal y el derecho privado responden a imperativos muy básicos de una moral del deber, el derecho moderno comprende, además, reglas dictadas por la autoridad y cuyo contenido normativo está inspirado en razones exclusivamente técnicas. Respecto de tales reglas no puede afirmarse que su sentido, alcance y validez tengan algo que ver con criterios morales. Su sentido se agota, en efecto, en las razones técnicas que las inspiran.

El positivismo jurídico, al poner su atención sólo en estas reglas, ha podido afirmar que el derecho y la moral son órdenes por completo diferentes entre sí.

Con todo, si se pone la atención en el derecho civil y el derecho penal, es posible comprobar que no se justifica una distinción radical entre el derecho y la moral, entendida ésta como moral del deber. Ambas ramas básicas del derecho se apoyan en la idea de reciprocidad y acogen sentidos muy inmediatos de convivencia social.

La distinción anterior es muy importante para la adecuada comprensión del derecho. La tendencia formalista en la comprensión e interpretación de las normas es coherente con la dimensión estrictamente técnica del derecho. Entendido el derecho como instrumento de planificación, el contenido de las normas jurídicas es reconducible a meros criterios de utilidad práctica para la obtención de ciertos fines, especialmente de la política económica. Las normas jurídicas, desde esta perspectiva, tienen como único fundamento de validez la circunstancia de haber sido dictadas en conformidad al procedimiento apropiado¹³. Las reglas que rigen las operaciones de cambios internacionales, por ejemplo, valen porque han sido dictadas por una autoridad competente y su significado es estrictamente técnico. Una buena política legislativa consiste, por consiguiente, en que estas reglas sean claras, generales y precisas, de modo que su aplicación sea altamente formal e impersonalizada.

Distintos son los efectos del formalismo en el ámbito del derecho privado y del derecho penal. Uno y otro no corresponden a una razón planificadora, propia del derecho público. Por el contrario, entender el derecho privado desde la perspectiva de la moral del deber ha sido muy fértil también durante este siglo. Baste reconocer lo que ha ocurrido con la

¹³ Así la tesis central de N. Luhmann en su libro *Legitimation durch Verfahren* (Legitimación mediante Procedimientos), 1969.

responsabilidad civil en el derecho comparado. El derecho privado ha estado sujeto a lo largo de la historia al desafío de adaptarse a las condiciones sociales y económicas existentes. Los principios básicos de respeto recíproco se han mantenido inalterados por muchos siglos, pero las reglas particulares han ido cambiando, especialmente por vía jurisprudencial. Una breve descripción de esta evolución se planteará en el párrafo siguiente.

7. El Ejemplo del Desarrollo Jurisprudencial del Derecho Privado.

Un fundamento importante del derecho privado consiste en que la justicia de las relaciones entre las personas está garantizada por el hecho de que cada cual defina libremente sus intereses celebrando los contratos que estime convenientes. El derecho de los contratos favorece una justa ordenación de las relaciones económicas, porque el contrato supone “una relación entre dos o más personas que no se determina según la voluntad de una sola de ellas o de una autoridad, sino conjuntamente por los contratantes de acuerdo con una voluntad común, de modo que el contrato no sólo está determinado autónomamente, sino, además, heterónomamente”¹⁴.

El problema jurídico básico de una sociedad que reconoce a las personas la libertad para desarrollar las actividades y los intercambios que deseen, consiste en encontrar el marco de reglas para que ello sea posible. Si se desea que sea el contrato y no la intervención autoritaria de la administración estatal la forma de definir las relaciones privadas, se requiere que el contrato sea una forma justa de celebrar intercambios. Dicho en el lenguaje empleado hasta ahora: se requiere que las reglas de los contratos expresen los requerimientos básicos de reciprocidad que envuelve una moral del deber.

Expresado en las palabras de Raiser, uno de los más connotados civilistas alemanes contemporáneos: “Contrato, libertad contractual y libre competencia deben ser comprendidos como instituciones jurídicas funcionalmente conexas con una economía de mercado, con la consecuencia de que las partes que abusen de los principios básicos del orden de libertades no pueden aspirar a la protección jurídica: es así como el abuso de la libertad contractual es un fundamento para la declaración de nulidad del acto respectivo”¹⁵.

¹⁴ W. Schmidt-Rimpler, “Zum Vertragsproblem” (Acerca del Problema del Contrato) en: *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*, Tübingen, 1974, pág. 20.

¹⁵ Ludwig Raiser, “Vertragsfunktion und Vertrags-freiheit” (Función del Contrato y Libertad Contractual), en *100 Jahre Deutsches Rechtsleben*, 1960, pág. 133.

La cita de Raiser es un síntoma de cómo el derecho continental europeo ha abandonado una percepción excesivamente formalista del derecho civil, promoviendo el desarrollo de las instituciones clásicas del derecho privado, de modo de hacerlas compatibles con las formas contemporáneas del tráfico económico. Esta evolución ha estado acompañada de un rescate de los fundamentos morales del derecho privado¹⁶.

Sin una conexión con los problemas del tráfico, el derecho privado tiende a disminuir su ámbito de influencia y pasa a ser reemplazado por “soluciones transitorias y por brutales improvisaciones” legislativas o administrativas¹⁷.

El contrato libremente asentido tiene ciertamente una presunción de justicia. Por tal razón, el contrato y la responsabilidad civil se siguen apoyando en la idea de libertad. El problema consiste en encontrar las reglas más apropiadas para que los contratos y la responsabilidad se apoyen efectiva y no ficticiamente en tal supuesto.

Sin modificar el principio básico de que el consentimiento constituye una presunción muy poderosa de que la relación contractual es justa y debe cumplirse, la jurisprudencia comparada ha desarrollado correctivos que evitan las consecuencias negativas de una interpretación excesivamente formalista de dicho principio (expresado en nuestro orden civil en el artículo 1545 del Código Civil, que prescribe que “todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes”).

El supuesto de los contratantes racionales debidamente informados que discuten las condiciones de sus contratos impregna la tradición jurídica de la codificación. Tal supuesto ha tenido, de hecho, modificaciones importantes en el último siglo. El enorme crecimiento y diversificación de los mercados cuyo funcionamiento, en muchos casos, sólo es conocido por los especialistas; la formación de sociedades de capital, que posibilita el crecimiento de las empresas y la participación de accionistas privados (en Francia autorizaron, poco después de la codificación civil y comercial, entre 1826 y 1837, 157 sociedades anónimas; entre 1920 y 1936 se autorizaron 12.000)¹⁸; el creciente anonimato de los contratos, que hace que los contratos de libre discusión sean ampliamente sustituidos por contratos de adhe-

¹⁶ Sobre este tema, el clásico trabajo de G. Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles* (3ª ed. 1935).

¹⁷ Franz Wieacker, “Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher (El modelo social de los Códigos Civiles clásicos) en: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, p. 33.

¹⁸ Tomado de G. Ripert, *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, 1950, pág. 59 y ss.

sión; las situaciones de dominio de mercados y las actividades monopólicas: todo lo anterior es un síntoma de una diferencia muy radical entre el orden económico real que sirvió de base a la dictación de los códigos de derecho privado en el siglo pasado y las características de la economía moderna.

La asepsia formalista del derecho privado, especialmente en la tradición continental, impidió hasta avanzado este siglo que, a partir de los principios clásicos de reciprocidad en las relaciones interpersonales, se desarrollaran reglas que dieran cuenta de las nuevas situaciones. Ello contribuyó a que las formas de intervención típicas del derecho público entraran a llenar el creciente vacío dejado por el derecho privado.

Con el correr de este siglo, la tradición jurídica continental europea comenzó a hacerse cargo de esta situación y dejó de observar con perplejidad el crecimiento de la intervención oportunista de la administración estatal. Este es un cambio de perspectiva que en nuestro sistema legal aún no se produce. Entre nosotros persiste, en lo sustantivo, una percepción altamente formalista del derecho privado, que se ve acentuada por la forma de enseñanza del derecho en nuestras universidades. Así, se ha impedido que, a partir de los principios que ya contiene nuestra legislación civil, se vayan desarrollando reglas que, siendo consistentes con la tradición civil, den cuenta de los nuevos problemas que plantea el tráfico económico moderno.

En el derecho moderno, un concepto estrictamente formal de la libertad contractual es indefendible. Por eso, el fundamento moral de la libertad contractual y de los requisitos funcionales del mercado impregna buena parte de la evolución contemporánea del derecho privado. También, desde la perspectiva de la economía, el enfoque decimonónico del contrato ha sido objeto de severas críticas. Milton Friedman, por ejemplo, ha criticado al derecho continental-europeo que se haya aferrado largamente a un concepto formal de libertad contractual, despreocupándose de los monopolios y de otras formas de intervención en el libre tráfico económico¹⁹.

Con todo, la imputación de Friedman se ve en gran medida desmentida por la evolución del derecho privado comparado de los últimos 30 años.

Ante todo resalta el creciente valor atribuido a la idea de *confianza*. De acuerdo al pensamiento de la ilustración francesa, los contratos deben ser interpretados según la voluntad real de las partes. Así surge, eventualmente, un conflicto de expectativas con la contraparte que confía en que la voluntad expresada es también la efectiva. El derecho privado comparado muestra una evolución en el sentido de que debe tenerse en cuenta la confianza como

¹⁹ Milton Friedman, *Capitalismo y Libertad*, pág. 44.

elemento básico de las relaciones contractuales. El desarrollo jurisprudencia en la materia es muy coincidente con los requerimientos prácticos de una economía moderna, marcada por la creciente impersonalidad de las relaciones jurídicas. La interpretación de los contratos, de acuerdo con patrones preferentemente objetivos, es un reconocimiento de esta realidad²⁰.

Vinculado a la idea de confianza está el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de *buena fe*. Este principio está tan íntimamente ligado a la idea de reciprocidad, que es innecesario remarcar la importancia que tiene como un moderador del formalismo en materia de contratos. Un ejemplo destacado en este sentido lo da la jurisprudencia civil alemana en torno al artículo 242 del Código Civil (BGB)²¹. El análisis de esa jurisprudencia ocupa una parte muy importante del curso de derecho de los contratos en todas las universidades alemanas y es la base para la determinación de las obligaciones de las partes.

El principio de buena fe ha sido empleado, entre muchos otros campos, para paliar los efectos de la desvalorización monetaria; para limitar el ejercicio abusivo de los derechos personales; para permitir que se rescinda (o resuelva) un contrato cuando han desaparecido las razones que evidentemente tuvieron en vista las partes para celebrarlo; para revisar jurisprudencialmente las cláusulas modificatorias de la responsabilidad; para determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente; en general para revisar, de acuerdo a pautas de buen sentido y equidad, las condiciones generales de contratación (contratos de adhesión).

Una evolución semejante en torno a la idea de buena fe se observa en los Estados Unidos y en todos los países del Occidente de Europa. La tendencia jurisprudencial española de los últimos 15 años es especialmente ilustrativa. En Francia la evolución ha sido más tímida, lo mismo que en Inglaterra, lo que muestra, por lo demás, que el desarrollo descrito es independiente de la distinción clásica entre el derecho romano-germánico y el anglosajón. En efecto, algunos órdenes jurídicos de raíz romano-germánica, como el alemán o el italiano, se han mostrado mucho más flexibles al desarrollo jurisprudencial que el derecho inglés, cuyos precedentes han sido aplicados durante este siglo con un alto grado de formalismo²².

²⁰ Sobre el tema, Jorge López S. M., *Sistemas de Interpretación de los Contratos*, 1971, pág. 110.

²¹ El artículo 242 del BGB prescribe: "El deudor está obligado a cumplir con prestación de buena fe, con consideración de las costumbres del tráfico". La analogía con el artículo 1546 de nuestro Código es evidente.

²² Para una comparación entre el desarrollo del derecho privado en diversos sistemas, J. Esser, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, 1961.

Otro principio que ha sido punto de partida para el desarrollo jurisprudencial del derecho de los contratos ha sido la noción de *buenas costumbres*. En todos los ordenamientos civiles se declaran nulos o ineficaces los actos que atentan contra las buenas costumbres. En el derecho civil de la codificación, la noción de buenas costumbres era aplicable casi con exclusividad en un sentido extraeconómico, vinculado a la moral sexual y familiar. La jurisprudencia comparada muestra también a este respecto una notable evolución. El control jurisprudencial de la validez de los contratos mediante el recurso al concepto de buenas costumbres se asocia también a la idea de economía de mercado. De este modo, los actos que atentan contra los supuestos de la libertad de contratación, entendida ésta como contratación en un mercado abierto, son considerados contrarios a las buenas costumbres. Por ejemplo, se considera que atenta contra las buenas costumbres el abuso de una posición dominante en el mercado o el abuso de una posición de información, conocimiento o experiencia superior a la de la contraparte.

El derecho privado es la forma más clásica y constituye aún hoy el núcleo del derecho económico. La tradición civilista nos previene en orden de proteger al contrato del arbitrio de la administración estatal. Pero ello debe tener como contrapartida que se renueve la actitud frente a los contratos, de modo que la libertad y la autonomía privada no sean fórmulas alejadas de la realidad y queden despojadas del contenido de justicia que les otorga legitimidad. La experiencia muestra, en mi opinión, que el derecho privado basado en las ideas de autonomía y reciprocidad contiene el germen para ir desarrollando por vía jurisprudencial un sistema de reglas que proteja contra los abusos y los engaños. El derecho comparado muestra que en materias tan decisivas como la protección de los accionistas minoristas, el abuso de posición dominante o monopólica, la cautela de los derechos del consumidor o la revisión de las condiciones generales de contratación, el motor para el desarrollo de nuevas reglas ha sido la jurisprudencia desarrollada a partir de los principios del derecho privado. Las leyes sociales sobre la materia se han formulado, a menudo con posterioridad, una vez recogida la experiencia concreta que arroja la solución jurisprudencial de los conflictos.

En otras palabras, la tarea del derecho privado es adecuar los principios de reciprocidad, que rigen las relaciones económicas desde los pueblos más primitivos, a los requerimientos de justicia que plantea el funcionamiento de una economía moderna.

8. Intento de Establecer una Analogía con el Derecho Penal

Hemos visto muy esquemáticamente cómo la evolución del derecho privado comparado ha permitido que sus reglas se vayan adaptando a las

exigencias de justicia que plantea el tráfico económico moderno. La evolución se ha producido sin abandonar los principios básicos del orden privado: reconocimiento de la propiedad, de la autonomía privada, de la responsabilidad basada en la idea de culpa y así sucesivamente.

Al igual que en materia civil, el derecho penal ha cautelado tradicionalmente dos bienes jurídico-económicos fundamentales: la propiedad y el contrato²³.

Aunque el Código Penal engloba ambas clases de delitos en un solo título, denominado delitos contra la propiedad, se trata de figuras que tienen un sentido bien diferente²⁴. Ejemplo típico del delito contra la propiedad es el hurto; ejemplo típico del delito contra el orden de los contratos es el engaño, especialmente la estafa.

En lo sucesivo me reduciré al análisis de los engaños, pues creo que esas figuras son el centro del derecho penal económico, al menos en una economía basada preferentemente en los intercambios voluntarios.

La penalización del engaño corresponde, en el derecho penal, a la protección de la buena fe en el derecho civil, de modo que las conductas dolosas, especialmente las graves de un contratante, son sancionadas penalmente, además de las indemnizaciones civiles que procedan.

Las figuras penales del engaño suponen, desde luego, que se cumplan todos los requisitos generales de la responsabilidad penal: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Además se exige que no se cumplan ciertas exigencias específicas del fraude por engaño. El profesor Alfredo Etcheberry señala que estas condiciones son: simulación, esto es, la creación de apariencias externas que induzcan a una persona a formarse una representación equivocada de la realidad; error, esto es, que la persona engañada tenga efectivamente una representación falsa de la realidad; disposición patrimonial y perjuicio, esto es, una acción u omisión del sujeto pasivo que provoque una disminución de su patrimonio; y, por último, relación de causalidad, esto es, que sea la simulación la que provoca el error que motiva la disposición patrimonial, y la disposición patrimonial la que motiva el perjuicio. Además, cabe destacar que se exige, a propósito de la culpabilidad, que el dolo cubra todos los elementos antes designados.

²³ Dejo fuera del análisis los delitos contra el orden público económico, tales como los referidos a la libre competencia (sobre cuya penalización tengo serias dudas) y los delitos tributarios. Con todo, pienso que las razones que se exponen en adelante valen en lo sustantivo para tales infracciones.

²⁴ Acerca de los tipos de delitos contra la propiedad, A. Etcheberry, *Derecho Penal*, 1976, T. III, pág. 219 y ss.

No voy a detenerme en las sutilezas de la dogmática de estos delitos, cuidadosa y sólidamente desarrollada por el propio profesor Etcheberry”²⁵.

Lo que sí quisiera anotar es que me parece que en un orden basado en intercambios libres y espontáneos, el engaño es la figura central del derecho penal económico. Si no se quiere echar por la borda la tradición jurídica penal, especialmente la asentada en la doctrina general del delito, un elemento constitutivo de los delitos penales está dado por el dolo. Y el dolo, a su vez, supone que la acción respectiva pueda ser considerada por el propio autor como ilícita. En palabras de Hart: “El pensamiento fundamental que subyace a la sanción penal es que dentro de un sistema de penas debe existir una relación entre las acciones, que según la conciencia general son ordenadas en una escala de acuerdo a su gravedad, y las penas correspondientes”²⁶. En los delitos de fraude por engaño, lo característico reside en que se violan dolosamente los supuestos de buena fe y de reciprocidad que constituyen, de conformidad a la conciencia general, la base de los intercambios justos²⁷.

Aquí entra a jugar, en mi opinión, una tendencia muy peligrosa en materia de delitos económicos. Al crecer enormemente las reglas de organización de la economía provenientes de la administración económica del Estado, se produce simultáneamente una extensión de las figuras de *mala prohibita*, muy alejadas de las figuras clásicas del derecho penal económico. Así, por ejemplo, se prescriben obligaciones positivas de información a los consumidores, inversionistas o ahorrantes y, además, respecto de los propios órganos de la administración económica del Estado (superintendencias); se prohíbe la realización de diversos actos, atendiendo a objetivos macroeconómicos determinados (prohibición de negociar moneda extranjera, obligaciones para las compañías de invertir en instrumentos de cierto tipo y otras). Pero lo importante es que mientras las reglas clásicas del derecho penal económico son plenamente consistentes con una moral del deber, que garantiza el cumplimiento de patrones básicos de convivencia, buena parte de las regulaciones económicas contemporáneas son claramente instrumentos técnicos para lograr objetivos de política económica determinados.

La pregunta que se plantea de inmediato tiene que ver con la relevancia de la distinción reseñada. Mi tendencia es a pensar que la

²⁵ A. Etcheberry, op. cit., pág. 307 y ss.

²⁶ H. L. A. Hart, *Derecho y Moral*, cit. según edición alemana, *Recht und Moral*, 1971, pág. 84.

²⁷ En este principio se apoyan también los delitos provenientes de insolvencia culpable o fraudulenta. Sobre este punto, Miguel Bajo, *Derecho Penal Económico*, 1978, pág. 153 y ss.

criminalización de las conductas, esto es, su sanción de conformidad con el derecho penal y no con el derecho administrativo, debe estar íntimamente vinculada a graves violaciones de pautas básicas de convivencia. En tal sentido, me parece que lo que corresponde es partir de las figuras clásicas del abuso y del engaño y ampliarlas a las condiciones de la economía moderna. Partir, por el contrario, de un concepto por completo nuevo del “delito económico”, tiene el riesgo de construir un poco a ciegas una rama especial del derecho criminal que eche por la borda elementos básicos de la responsabilidad penal, como la antijuridicidad y la culpabilidad. Hay que prevenir contra el desconocimiento de una valiosa herencia de nuestra tradición jurídica.

Lo anterior supone distinguir entre delitos penales y meras infracciones o contravenciones a normas administrativas. Una consecuencia primera y evidente de esta distinción consiste en que las penas corporales de privación de libertad (que usualmente van acompañadas de la infamia pública) sólo se reserven para actos fraudulentos que violen las reglas básicas de los intercambios recíprocos y no alcancen a actos que infrinjan meras regulaciones económicas. Todo esto supone, naturalmente, tener una gran claridad acerca de las funciones y, muy especialmente, acerca de la justificación de las sanciones propiamente penales.

A modo de advertencia acerca de la peligrosa tendencia a confundir el ámbito del derecho administrativo con el derecho común, quisiera citar dos ejemplos legislativos recientes, tomados de la legislación chilena sobre sociedades anónimas y sobre mercado de valores.

El artículo 134 de la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas prescribe que serán sancionados con pena de presidio o relegación y multa “los peritos, contadores o auditores externos que con sus informes, declaraciones o certificaciones falsas o dolosas, indujeran a error a los accionistas o a los terceros que hayan contratado con la sociedad, fundados en dichas informaciones o declaraciones falsas o dolosas”. La redacción de la norma es inequívoca en el sentido de que la conducta sancionada es entregar o bien informaciones falsas o bien informaciones dolosas. En otras palabras, la norma olvida por completo los presupuestos de la responsabilidad penal, pues de su contexto debe entenderse que el legislador quiso sancionar con penas de presidio o relegación y multa el simple hecho de entregar informaciones falsas, prescindiendo del juicio de culpabilidad y de antijuridicidad.

El artículo 133 de la misma ley declara como penalmente responsables de los actos de las personas jurídicas a quienes sean sus administradores y representantes legales, “a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción”. La redacción de la

norma permite inferir que el legislador quiso establecer una presunción de culpabilidad penal que sólo puede destruirse mediante las pruebas indicadas. La confusión latente entre lo penal y lo administrativo se muestra en que, por un lado, la norma habla de responsabilidad civil, penal y administrativa y, por otro, sólo se refiere a “infracciones” y no a delitos.

Una confusión semejante se encuentra en el artículo 59 de la Ley N° 18.045 sobre mercado de valores. Allí se prescriben penas de presidio en el número primero para quienes proporcionen maliciosamente antecedentes falsos y certifiquen hechos falsos a la superintendencia o a las bolsas de valores. Hasta allí hay sólo aplicación de las reglas generales. En los numerandos siguientes, sin embargo, se establecen las mismas penas para otras conductas que consisten en la mera certificación o dictamen falso, sin referencia al dolo o malicia. ¿Cuál es el sentido de exigir en un caso una conducta maliciosa y en otros sólo una certificación o dictamen falso? Pareciera que la única razón hay que encontrarla en que el legislador estimó que la malicia o dolo era antecedente de la sanción penal sólo en un caso y no en los otros. En otras palabras, parece prescribirse para estos últimos casos una sanción penal objetiva, independiente del juicio de reproche.

Los ejemplos pueden multiplicarse en nuestro ordenamiento jurídico-económico. La carencia de una línea divisoria entre el derecho penal y el contravencional es un defecto muy grave que lleva a ampliar de un modo insólito el terreno de lo penal. Lo anterior es especialmente grave si se atiende al escaso desarrollo de nuestro derecho administrativo económico, que permite en muchos casos que la actividad interventora y sancionadora del Estado no esté sujeta a otros límites que los que establece el recurso de protección. Esto es, para defenderse de actos arbitrarios hay de mostrar que la violación es de tal índole, que se ha vulnerado una garantía constitucional.

Por último, quisiera hacer una observación relativa a las sanciones por infracciones o contravenciones a las reglas de la administración económica. Poco se avanzaría si se transformaran en meras infracciones administrativas hechos que hoy son considerados delitos y no se alterara muy fundamentalmente la atribución de competencias a los órganos de la administración económica. En efecto, uno de los postulados básicos del estado de derecho es que también las sanciones administrativas sean aplicadas o al menos sean revisables por tribunales ordinarios de justicia. Aún en el caso de las contravenciones, la discrecionalidad administrativa es incompatible con un estado de derecho en forma. Aquí cabe poner atención en la vigorosa advertencia del conocido administrativista español E. García de Entería: “Sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionatorio

es un derecho represivo prebeccariano”, en tanto olvida el desarrollo de las instituciones jurídicas desde el siglo XVIII²⁸.

9. Naturaleza y Justificación de la Pena

El problema de la naturaleza y justificación de la pena está íntimamente relacionado con lo expuesto en los párrafos precedentes.

La cuestión central de todo sistema de sanciones radica en saber cuáles son las exigencias mínimas que deben tener dichas sanciones para ser consideradas justas.

Actualmente hay tres teorías que se disputan haber encontrado la respuesta correcta: la teoría de la retribución, la teoría de la prevención y la teoría de la resocialización. La diferencia entre ellas la ve N. Hoerster en que la teoría de la retribución se orienta al pasado: trata de la pena como una reacción justa contra acciones ya realizadas. Las teorías de la prevención y de la resocialización se orientan hacia el futuro y ven la función de la pena en evitar que en lo sucesivo se cometan hechos ilícitos²⁹.

En esta ocasión sólo se analizarán los aspectos centrales de las teorías de la retribución y de la prevención, de la mano de algunos de sus representantes más connotados, teniendo presente el tema central de estas conferencias: el de la relación entre derecho y moral.

a) Una formulación económica de la teoría de la prevención

La teoría de la prevención, si estoy bien informado, tiene su origen en los primeros pensadores utilitaristas.

Jeremías Bentham, el filósofo y jurista inglés (1748-1832), dedicó buena parte de su influyente libro *Introducción a los Principios de la Moral y la Legislación* al problema de la pena. De conformidad con sus postulados utilitaristas, Bentham no se preocupa tanto de la justificación de la pena a partir de criterios generales de justicia, como de su explicación atendiendo a sus funciones. Y Bentham concluye que un sistema de sanciones penales se justifica cuando los beneficios sociales que se obtienen con su aplicación exceden los costos que implica la aplicación de dichas sanciones.

²⁸ E. García de Entería, “El Problema Jurídico de las Sanciones Administrativas”, en *Civitas* 10, 1976, pág. 409.

²⁹ N. Hoerster, *Recht und Moral*, 1977, pág. 180

Bauer, un partidario de la teoría de la prevención, ha expresado rudamente el fundamento de esta teoría de la pena: “El derecho se parece mucho más a la lucha contra las epidemias o la organización de suministro de agua o de gas que aquello que generalmente es llamado ética o moral”³⁰.

Un enfoque utilitarista que tiende a medir los costos y beneficios de diversas opciones de conducta social es del todo coincidente con el enfoque de la economía. Esta disciplina es, desde el punto de vista teórico, éticamente neutral. Paul Samuelson, en la introducción a su conocido libro sobre teoría económica, dice que la economía es una disciplina que tiene que ver con medios. Si se extrapola este enfoque al comportamiento jurídico, es obvio que el aporte del enfoque económico consiste en entregar un marco para definir los medios más eficaces para obtener un comportamiento legal.

Tal es, por lo demás, el enfoque de la teoría de la prevención desde Bentham y Anselm von Feuerbach. La ventaja del enfoque económico radica, en mi opinión, en su rigor analítico y claridad, aunque en el fondo no consiste, sino en una reformulación de una teoría que ya tiene casi tres siglos³¹.

La teoría económica define la pena como el costo que se impone a quien trasgrede las normas legales. En otras palabras, se extiende el principio de la elección racional al campo del derecho sancionatorio. La persona va a tener una mayor propensión a infringir las reglas cuanto menor sea el costo que tiene la transgresión.

El costo que significa la pena, a su vez, es función de dos variables: la intensidad de la pena y la probabilidad de que sea aplicada. De este modo, si P_o es la pena óptima, f la cuantía o intensidad de la pena y p la probabilidad de que se aplique la sanción, se lee:

$$P_o = f \times p$$

Siguiendo el modelo propuesto por Bentham —en orden a que el sistema de sanciones penales se justifica cuando los beneficios sociales que se obtienen con la aplicación de dichas penas son mayores que los costos que supone la aplicación de las sanciones— el siguiente problema que plantea la teoría de la pena es la medición del costo social de las penas.

³⁰ *Das Verbrechen und die Gesellschaft* (El Delito y la Sociedad), 1957.

³¹ Las breves explicaciones que siguen se basan: Gary S. Becker, “Crime and Punishment: an Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, U. of Chicago, march/april 1968, págs. 169-217; Gary S. Becker, George H. Stigler, “Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers”, *The Journal of Legal Studies*, The U. of Chicago Law School, 1974, págs. 1 y ss., y R. Posner, *The Economic Analysis of Law*, 1974.

El problema del costo social incide en las dos variables independientes antes señaladas: la probabilidad y la naturaleza de la pena.

Aumentar la probabilidad de la sanción tiene un costo medible en el aparato policial para descubrir a los infractores, los costos de información y, finalmente, el costo que significa el aparato judicial para la aplicación de las sanciones.

La naturaleza de la pena tampoco es indiferente desde el punto de vista del costo social. Una pena de privación de libertad tiene los costos mensurables de la mantención de un sistema penitenciario y de inhabilitación del sancionado para un trabajo propiamente productivo. Las penas pecuniarias, por el contrario, tienen un costo social igual a 0, pues sólo implican una transferencia de recursos desde el sancionado hacia el Estado.

El esquema analítico brevemente reseñado tiene la ventaja, en mi opinión, de presentar la teoría de la prevención en términos manejables.

Una demostración de este aserto lo constituyen las investigaciones empíricas que se han realizado para medir las diferentes variables. Así, por ejemplo, Gary Becker ha llegado a mostrar que un aumento en la probabilidad de la sanción es más eficaz para obtener el comportamiento deseado que el monto o intensidad de la sanción.

Las limitaciones del enfoque resaltan a la vista. La teoría del delito, en todos los sistemas civilizados, reconoce los juicios de antijuridicidad y de culpabilidad como condiciones necesarias para la aplicación de sanciones penales. Las causales eximentes de responsabilidad penal se basan en una concepción moral del delito y de la pena, difícilmente compatible con el enfoque utilitarista que subyace a la teoría económica de la pena.

Además, desde un punto de vista más general, la función de la pena no sólo puede medirse como un cálculo racional de un sujeto para el cual es indiferente delinquir o no. El análisis de la pena, en términos de costos y beneficios, ignora que en una sociedad relativamente bien estructurada la gente no practica usualmente ese cálculo para seguir una conducta conforme a derecho.

La función de las sanciones y de una justicia institucional tiene que ver con la confianza recíproca de que nadie abusará de las ventajas de cooperación social. La eficacia de las sanciones va mucho más allá de su uso efectivo. John Rawls ha expresado espléndidamente esta idea: “El papel de una interpretación pública de las leyes basada en sanciones colectivas está dirigido... a vencer (la) inestabilidad. Imponiendo un sistema público de sanciones, el gobierno excluye las bases para pensar que los demás no cumplen las normas. Únicamente por esta razón un soberano coercitivo es

siempre necesario, a pesar de que en una sociedad bien ordenada las sanciones no sean severas y no necesiten imponerse”³².

En tal sentido, la sanción no sólo es explicable desde un punto de vista moral, sino también desde un punto de vista funcional, como una garantía de reciprocidad que actúa por presencia.

Por último, quisiera retomar la distinción entre aquellas reglas que corresponden a sentidos inmediatos de convivencia, como las del derecho privado y derecho penal clásicos, y aquellas que representan instrumentos técnicos de una política económica determinada.

Reorientar las primeras reglas a una fundamentación utilitarista que tome en consideración costos y beneficios sociales es siempre posible, pero artificioso. La reconstrucción racional de estas reglas tiene su límite en la circunstancia histórica que su eficacia ha sido probada por la experiencia y que corresponde a principios básicos de reciprocidad. La mayoría de estas reglas ha surgido espontáneamente y el derecho positivo sólo las ha formalizado. Las reglas sobre engaños y abusos, por ejemplo, no corresponden a una razón planificadora del legislador o de la administración económica.

Distinto es el caso de las reglas de la “institucionalidad macroeconómica”, para volver a emplear un concepto ya utilizado. Su fundamento es eminentemente técnico, aunque su jerarquía normativa en el sistema jurídico sea muy alta. Incluso normas constitucionales relativas al manejo de la política monetaria, como las que se han propuesto reiteradamente por algunos economistas, tienen el carácter descrito. Con mayor razón tienen un carácter estrictamente técnico las normas más particulares, que muchas veces no tienen siquiera un rango legislativo, sino que provienen de funcionarios de la administración económica. Todas estas reglas tienen su fundamento inmediato en la intención de organizar racionalmente la actividad económica. De lo que se trata es de obtener una determinada conducta de las personas, sea creando incentivos positivos o incentivos negativos, en la forma de sanciones.

Mirado el asunto desde esta perspectiva, el enfoque económico de la pena corresponde a una de las formas típicas de actuación del derecho: la planificación. El planificador crea incentivos para que las personas sigan sus directivas. Entre los incentivos negativos está imponer costos para la conducta no deseada. La pena es analizada, en consecuencia, desde una perspectiva estrictamente utilitarista, tanto para el sujeto cuya conducta se dirige como para la sociedad completa. Desde el punto de vista del sujeto, el

³² John Rawls, *Teoría de la Justicia*, 1979, pág. 276.

cálculo utilitarista se traduce en medir el costo personal de la conducta ilegal. Desde el punto de vista de la sociedad, el cálculo consiste en comparar el costo social que significa la aplicación de las sanciones con los beneficios que se obtienen cuando los sujetos se comportan de acuerdo con las reglas.

Si bien es cierto que el enfoque descrito es coherente, bien vale retornar la discusión de la justificación de la pena desde otra perspectiva que adopte ciertas precauciones adicionales para evitar que el derecho se traduzca en un mero instrumento de manipulación de las conductas.

b) La pena como retribución

“El principio de la culpa, esto es, la exigencia de que la pena tiene que corresponder a la culpa y que la culpa debe ser sancionada, es un principio básico del mundo moral” escribe Arthur Kaufmann, uno de los más destacados penalistas contemporáneos³³. Otro gran jurista, maestro de aquél, Gustav Radbruch, escribió, a su vez: “¡No! No se trata de que lo que sirva al pueblo es derecho, sino al revés: sólo lo que es derecho sirve al pueblo”³⁴.

Estas dos proposiciones expresan el núcleo central de la teoría de la retribución. La primera señala que el único fundamento posible de la pena es el hecho culpable. La segunda previene contra el utilitarismo como forma de comprender los derechos de las personas, en tanto rechaza la idea de que el derecho sea subordinado a criterios u objetivos de utilidad general. La experiencia de los totalitarismos del S. XX influyó, ciertamente, en que un socialista democrático como Radbruch haya hecho suya la tradición de que el derecho no puede ser concebido como instrumento coactivo que carece de valor autónomo.

De acuerdo con la teoría de la retribución, la pena no se justifica por los efectos que se persiguen por su intermedio; la justificación hay que encontrarla en sus razones o fundamentos.

La idea de retribución es análoga al concepto que frecuentemente hemos empleado de reciprocidad. Una de las explicaciones más lúcidas de la teoría de la retribución en términos de reciprocidad se encuentra en Kant, para quien “la pena jurídica no puede aplicarse como un simple medio de

³³ Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961.

³⁴ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed. pág. 335.

procurar otro bien, ni aun en beneficio de la sociedad, sino que debe serlo siempre contra el culpable y por la sola razón de que ha delinquido”³⁵.

El problema básico de la teoría de la pena basada en la idea de retribución es que el sancionado debe ser digno de la sanción que se le aplica. Las ideas de culpabilidad, de antijuridicidad y de tipicidad son precisamente las condiciones que la doctrina penal ha determinado para que una persona pueda ser considerada digna de ser sancionada.

La tradición jurídica católica comparte en lo esencial postulados desarrollados por la doctrina penal secular. Ante el Sexto Congreso Internacional de Derecho Penal, en 1953, Pío XII expresó que “sólo se puede hablar de pena en sentido jurídico cuando existe culpa... La creación del derecho penal debe asentarse en el hombre como ser responsable... Un presupuesto de la justicia penal es el momento de la culpa... El núcleo de la culpa está en la infracción libre de la norma reconocida como vinculante, en la lesión consciente y voluntaria del orden justo...”³⁶.

Al reconocer el principio de culpa como antecedente de la responsabilidad penal se establece una fuerte restricción al principio utilitarista que inspira la teoría de la prevención. En efecto, de conformidad a esta teoría, es perfectamente imaginable una especie de responsabilidad penal objetiva que prescinda de todo juicio de culpabilidad e, incluso, de antijuridicidad. Ya Kant había prevenido contra lo que él llamó el proverbio farisaico: “Más vale la suerte de un solo hombre que la pérdida de todo un pueblo”, porque “cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra”³⁷. No hay, por consiguiente, un bien social global, por grande que sea, que autorice aplicar sanciones con independencia de los presupuestos generales de la responsabilidad penal. Tal es, en síntesis, la limitación que la teoría de la retribución establece para que proceda la aplicación de sanciones.

Desde una perspectiva individualista, Robert Nozick ha desarrollado incisivamente el mencionado principio: “Las limitaciones laterales expresan la inviolabilidad de (las) personas. Pero, ¿por qué no se puede dañar a una persona para obtener un bien social mayor? Individualmente, cada uno de nosotros elige a veces soportar una pena o sacrificio para obtener un beneficio o para evitar un mal mayor: vamos al dentista para evitar posteriores sufrimientos de mayor intensidad, hacemos trabajos

³⁵ Y. Kant, *Principios Metafísicos del Derecho*, 2ª parte, secc. 1ª.

³⁶ Pío XII, Comunicación ante el VI Congreso de Derecho Penal, Roma, 1953; tomado de A. Kaufmann, op. cit., p. 209.

³⁷ I. Kant, op. y loc. cit.

ingratos atendiendo a los resultados... En cada caso asumimos un costo para la obtención del mayor bien. ¿Por qué no sostener, similarmente, que algunas personas deben soportar algunos costos que benefician a otras personas en mayor grado para la obtención de un bien social total? Pero no hay una tal entidad social que se beneficie con el sacrificio personal. Sólo hay personas individuales... con sus vidas individuales. Si se utiliza una de estas personas en beneficio de otras, se la utiliza a ella y se beneficia a otra. Nada más... Usar a alguien en el sentido indicado no respeta ni toma en cuenta suficientemente el hecho de que es una persona independiente, cuya vida es la única que ella posee”³⁸.

La aplicación sin reservas de la teoría de la prevención choca, como se ve, con cuestiones morales y de principios muy fundamentales. La reducción del derecho a una técnica de orientación de la conducta que opera con un sistema de premios y castigos, se aviene mucho con la moderna mentalidad tecnocrática y con la tendencia a mirar la sociedad en términos globales. La doctrina jurídico-penal, fundada en la tradición humanista, establece límites a esa manera de mirar las cosas. Aunque se entienda que la *función* de la pena es prevenir que ocurran hechos delictivos, el derecho fija las *condiciones* para que se puedan aplicar sanciones. Los intentos contemporáneos de producir una compatibilización de la teoría de la prevención con la de la retribución apuntan en tal sentido³⁹. Dicho en otros términos: aunque se piense que la finalidad de las instituciones sancionatorias es evitar que se cometan hechos ilícitos, la aplicación de sanciones a casos concretos supone que el acto respectivo haya sido antijurídico y culpable.

Lo anterior debe ayudarnos, por último, a replantear el problema de la frontera entre el delito y la contravención, entre el derecho penal y el administrativo. Una de las características del derecho penal es que sus sanciones tienen un carácter infamante. Por tanto, a su respecto valen con especial razón las prevenciones formuladas por la teoría de la retribución. El riesgo, sin embargo, no consiste solamente en que las contravenciones a las reglas de la administración económica sean transformadas en delitos penales, sino también en que se produzca un crecimiento sin control de las facultades sancionatorias administrativas. Lo anterior es especialmente grave si se atiende a que en nuestro orden jurídico es usual que un mismo

³⁸ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, pp. 32 y ss.

³⁹ Muchos de los juristas contemporáneos se orientan hacia esa compatibilización. Así, por ejemplo, Klaus Roxin en Alemania (Sentido y límites de la pena estatal, en: *Problemas Básicos del Derecho Penal*, 1976, pp. 9 y ss.), y H.L.A. Hart en Inglaterra (*Punishment and Responsibility* 1968). En Latinoamérica, Carlos Santiago Nino (*Los Límites de la Responsabilidad Penal*, 1980).

órgano administrativo dicte la regulación, controle su cumplimiento y sancione su infracción. El problema de las infracciones a las normas económicas —concepto más amplio que el de delito económico— supone, por consiguiente, dos importantes tareas: ante todo, revisar la tradición penal y adecuarla a las características de la economía moderna y, además, revisar el sistema de sanciones administrativas, de modo que sean consistentes material y procedimentalmente con la tradición del Estado de Derecho. □