

LAS FUENTES DE LA PROHIBICIÓN

El Derecho Penal moderno, con las características que asumió durante la instalación del sistema estatal burgués —un fenómeno generalizado en Europa— fue el producto de una situación histórica compleja, cuyos antecedentes se encuentran en las estructuras socioeconómicas y en el sustrato jurídico que se había formado durante el desarrollo de la cultura occidental.¹

Las formas epistemológicas que se pueden determinar en el Derecho Penal moderno son, en consecuencia, el resultado de diversos factores, los más importantes de los cuales podrían ser los siguientes:

1. El cambio radical en el sistema de producción de bienes materiales.
2. La instalación definitiva de una nueva manera para el ejercicio del poder a través del aparato del Estado burgués.
3. El abandono aparente de las arcaicas teorías jurídicas del castigo, como la Teoría del Suplicio y la introducción del Principio de Racionalización del Derecho Penal.
4. La formulación de las tesis defensivas en la Teoría del Derecho y la justificación del derecho al castigo.

El Derecho Penal moderno se presenta así como una estructuración jurídica cuyo principio básico viene determinado por la racionalidad,

es decir, por el abandono aparente de la violencia y la búsqueda de un equilibrio entre el castigo y el delito. De esta manera, el Derecho Penal que se formula en el momento en que el Estado absoluto cede paso al Estado burgués, es un Derecho cuyo ideal único viene dado por el desiderátum de alcanzar la justicia y de realizar, a través de sus formulaciones, el Derecho, en cuanto concepto puro y de índole metafísica. De ahí que haya cobrado tanto auge la concepción iusnaturalista del Derecho, que planteaba toda una idealización y una divinización de las formas jurídicas, pues estando tales formas jurídicas sobre los hombres y por encima de cualquier organización social, ninguno podría ni cuestionar su fundamento ni sustraerse a su aplicación.²

Pero quizá lo más importante del desarrollo que experimenta el Derecho Penal radica, inicialmente, en la catalogación de las conductas mediante la formulación de tipos penales que establecen cuáles conductas han de entenderse prohibidas. En esta catalogación el Derecho Penal constituye una solución de continuidad respecto de la Teoría del Suplicio y la tabuación de conductas. En un segundo término, resulta también importante el sustrato de irracionalidad que se le atribuye a las acciones humanas que conducen a la comisión de delitos. Estos dos aspectos los hereda el Derecho

1. El detalle de esta compleja situación ya se ha revisado en los antecedentes de esta exposición.

2. Esta perceptuación del derecho natural estaba ya presente en la cuestión de la divinidad de los reyes, de tanto influjo en las teorías que, sobre el castigo, se impusieron durante la Edad Media. Vid. *supra*, cap. II, pp. 109 y 112-113.

Penal de la Teoría del Suplicio y constituyen un antecedente básico para comprender cómo se introduce en este Derecho la concepción de una conducta definida como drogodependiente.³

El abandono de la Teoría del Suplicio se planteó, hacia el siglo XVIII, como una cuestión en la que estaban de por medio razones de humanidad, se llega a la conclusión de que existe un **hombre** en el más abyecto de los criminales, y este humano idealizado será el objetivo de la intervención en toda la serie de la penalidad, de la criminología y de la técnica penitenciaria. Es así que el concepto de enfermedad, cuando se le aplique a determinadas conductas, como ocurre en el caso de las conductas drogodependientes, dará la justificación para el castigo que se le imponga a ciertos individuos. Pero se tratará de un castigo racionalizado, libre de violencias extrínsecas, de modo que el fin perseguido por la serie de la penalidad —Derecho Penal, criminología y técnica penitenciaria— no estará ya en el ámbito del sufrimiento del cuerpo sino en la necesidad de la curación del alma, de la psique.

Cuando se hace el elogio de los grandes reformadores del Derecho Penal, entre los cuales destacan Beccaria, Servan y Lacretelle,⁴ porque pusieron término a las formas jurídicas y de castigo que sostenía la Teoría del Suplicio, e introdujeron retribuciones que no atendían ya la lesión de los cuerpos, se olvida generalmente que sus reformas no son sino una nueva estrategia para la aplicación del castigo.

La racionalización del aparato judicial es la gran obra de la reforma penal que supera, para siempre, la Teoría del Suplicio: en la medida en que el Derecho Penal deja atrás la concepción de la justicia como venganza y se deshace de la violencia que en la Teoría del Suplicio era no sólo lícita sino también necesaria, en esa mis-

ma medida se organiza una nueva concepción, el poder de castigar que se encamina hacia la formulación de un castigo del alma.

El ámbito de aplicación del Derecho Penal no es ya la exquisitez del sufrimiento en la tortura sino la curación de la mente, la profilaxis de la conciencia. Y si el argumento es éste, ha de aceptarse el recíproco: siendo el ámbito de aplicación del Derecho Penal la psique —el alma más que el cuerpo—, lo que este Derecho condena no está ya en el mundo de los objetos materiales, sino en el alma misma y, por lo tanto, en el plano de las abstracciones.

De esta forma, la maldad no es una cuestión cuya originación sea dable atribuir al demonio, sino a la enfermedad. Este criterio es el que permite la introducción de las ideas de la técnica médica, que en adelante será una disciplina coadyuvativa del Derecho Penal, y por cuya virtud ciertas conductas serán tenidas como anómalas por definición.⁵ La locura es, en este sentido, la reina de tales conductualidades, y la culminación del proceso de castigos que se instaura con el Derecho Penal arriba hasta la conducta drogodependiente como una forma de aquélla —doblemente culpable cuanto que es consciente y autoinducida— toda vez que en ellas concluyen los criterios propios de la ciencia jurídica con los conocimientos de la disciplina médica que, en última instancia es la que presta al Derecho Penal toda la justificación de los castigos que ella misma elabora y la que permite establecer un contenido ideológico de alta coherencia y sistematicidad científicas.

En cualquier caso, hacia fines del siglo XVIII se vislumbra ya el abandono definitivo de los contenidos derivados de la Teoría del Suplicio, se presenta una aparente relajación de la penalidad y la criminalidad de la época, en toda Europa parece perder la violencia que la caracterizaba. Se evidencia, asimismo, una disminu-

3. La irracionalidad que la Teoría del Suplicio, y con ella las principales tesis sobre el castigo, creían hallar en determinadas condiciones —la locura— es un problema cuyas implicaciones se analizaron supra, cap. II, pp. 83-91.

4. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 79.

5. Esta argumentación no hace sino señalar las profundas implicaciones que estaban esbozadas en el Principio de la Curación Médica. sobre cuya base se estructuró el Encierro. Véase supra, cap. 2, pp. 94-95.

ción importante en los "crímenes de sangre" y aumentan los delitos contra la propiedad.⁶ Por si fuera poco, el Derecho Penal moderno responde, en lo que a su articulación se refiere, a la articulación de los mecanismos de poder que se gestan con la eclosión del Estado burgués: este aparato sugiere que se está en presencia de un fenómeno que no resulta aislado y cuya comprensión sólo es posible de frente al con-

texto que forman las condiciones de producción y las condiciones conceptuales de la Teoría del Derecho. De ahí que se haga necesario determinar cuál es el influjo que las circunstancias socioeconómicas y teórico-jurídicas ejercen sobre la formación del Derecho Penal moderno. En precisando tal influjo se podrá tener claro cuáles son, por virtud de este Derecho, las fuentes de la prohibición.

SECCIÓN I

A. UN NUEVO MODO DE PRODUCCIÓN

El modo de producción de bienes materiales durante el feudalismo no resulta en absoluto complejo de frente al modo de producción que se instaura con el advenimiento del capitalismo internacional.

El modo de producción que el capitalismo introdujo estaba caracterizado por dos elementos esenciales:

a) El proceso de trabajo, cuya aplicación hizo, en el sistema capitalista, que los mecanismos de transformación de objetos asumieran un carácter masivo en la producción de mercancías. Dado que el proceso de trabajo requirió, para su aplicación, ingentes cantidades de sustancias brutas y materias primas, la ampliación de las reservas para la extracción de tales elementos condujo, concomitantemente, a la ampliación de los mercados para la colocación de las mercancías producidas. Este fenómeno produjo en Europa una unificación de tal magnitud que bien pronto la totalidad del continente quedó integrada en un sistema de economía único, donde la concepción de la propiedad

privada de los bienes empezó a definir las conductas que el Derecho Penal debería formular como prohibidas. Los delitos, a partir de entonces, se establecerían por su profundo contenido propietario privatista.

b) Las relaciones de producción, cuya importancia empezó a definirse a partir del énfasis que recayó sobre el modelo de trabajo cooperativo, es decir, sobre la mayor eficacia en la elaboración de bienes de consumo a partir del trabajo socializado que empleaba a varios humanos en la producción de un objeto, de frente al modo de producción feudal que se basaba en el trabajo individualizado. De esta manera, las relaciones de producción daban fácil entrada a una sistemática donde estas relaciones devenían en relaciones sociales de producción, por virtud de las cuales se podía distinguir entre propietarios de los medios de producción y masas de empleados que, utilizando estos medios, producían los bienes directamente. Esta división resultó de gran importancia para la concepción de la propiedad

6. Aquí es oportuno tener en cuenta que la Teoría del Suplicio no castigaba sobre la base productivo-materialista que sirvió de soporte a los castigos que el Derecho Penal empezó a imponer posteriormente, cuando los delitos se definieron a partir de fuertes contenidos económicos, según se tendrá ocasión de analizar infra cap. 3, pp. 132-133. De ahí que la praxis de los castigos en las tesis suplicio-ras se centraba en el cuerpo, el bien más accesible para un condenado, a diferencia del Derecho Penal, cuya abstracción remite el castigo a valores ideológicos como la Libertad, el Derecho, el Bienestar Social, etc.

privada como una propiedad del tipo que concebían los romanos y que englobaba conceptos tales como el de Uso, Usufructo y Goce y que, al ser una noción totalizante, encajaba a la perfección dentro de la organización de los delitos que estableció el nuevo Derecho Penal. De aquí en adelante, las conductas proscritas empezarían a presentar un elemento económico acentuadísimo, que no podía sino obedecer al sustrato económico del nuevo sistema productivo y que, posteriormente, se entremezclaría con los criterios de la medicina sobre la enfermedad y el delito.⁷

Otro aporte básico del modo de producción capitalista, en la conformación del nuevo Derecho Penal, radica en la nueva repartición del trabajo que este modo de producción estableció: la división social del trabajo, bajo el modo de producción capitalista, puso de manifiesto la complejidad de las relaciones que se estaban asentando y determinó que en algunos grupos se concentrara el ejercicio de tareas económicas, a la vez que encargó a un grupo diverso para la realización de las tareas político-ideológicas. Esta división sólo fue posible a partir de la escisión entre trabajo manual y trabajo intelectual, al cual sólo podían acceder los propietarios. La función definitoria y de aplicación de la justicia (civil y penal) quedaba, pues, reservada para un estrato social específico dentro de este modo de producción.

La división social del trabajo es el factor que permite que la práctica del Derecho Penal quede reservada, en cuanto a su definición, a determinados estamentos sociales: son las relaciones de producción y la división social del trabajo los factores que permiten la existencia

de tres niveles de realidad con correspondencia epistemológica⁸ dentro de la sociedad que el capitalismo clásico delineó.

Sobre este particular, en consecuencia, interesa decir que el nivel económico es el determinante último, aunque no el único, a partir del cual se integran los niveles jurídico-político e ideológico. El Derecho Penal se ubica, entonces, en el plano jurídico-político cuando debe dar cuenta de la eficacia con que el Derecho mismo actúa sobre la realidad social para que ésta permanezca la misma en su estructuración económica. Pero se desplaza hacia el plano ideológico cuando debe justificar el contenido concreto de las figuras delictivas que el propio Derecho Penal establece y cuando precisa su concepción del delito, esto es, de las conductas que se estiman proscritas. En este sentido, el modo de producción capitalista genera una visión de la realidad que tiende a reforzar el sistema de las relaciones de producción y la división social del trabajo; esta particular visión que el modo de producción capitalista generó, bien puede denominarse *ideología*, y su importancia radica en hacer que los contenidos del Derecho Penal estén determinados por la visión de la realidad que el capitalismo procuraba sostener.⁹

La importancia de la función ideológica que el sistema de producción capitalista asignó al Derecho Penal, estaba en relación directa con la necesidad que el propio capitalismo tenía de proteger sus instituciones más básicas. De ahí que el Derecho Penal estuviese encargado de reforzar la idea que sobre la naturaleza social y la naturaleza humana propugnaba el modo de producción capitalista.¹⁰

7. Sobre estos particulares, vid. *infra*, cap. IV, pág. 193, a propósito de la Escuela de la Psicología Criminal.

8. Estos tres niveles vienen determinados por las funciones económica, de la cual este trabajo sólo puede dar cuenta muy resumida, jurídico-política e ideológica. Hasta dónde pueden separarse las dos restantes es algo que ni siquiera las mismas teorías marxista y neomarxista han logrado establecer con claridad. Vid. HANNECKER, Marta. *Los conceptos elementales del materialismo histórico*. Editorial Siglo XXI, México, 37a. reimpresión 1977, pág. 97.

9. La precisión que se hace en estas líneas indica cuál es el sentido en que debe tomarse la noción de ideología para los efectos de este trabajo.

10. Estas ideas estaban relacionadas con el origen contractual de la sociedad y con el maniqueísmo acerca del pecado y la culpabilidad, y se encuentran en las elaboraciones de las escuelas posteriores del Derecho Penal. La que más receptó estos contenidos fue la Escuela Positivista, que los elaboró bajo las formulaciones de los principios de la Ideología de la Defensa Social. Vid. sobre el particular, *infra*, cap. 4, pág. 193.

Así, en el nivel jurídico-político confluye todo un sistema de ideas-representaciones que para el Derecho Penal, concretamente, se centraba en torno a la necesidad de establecer ciertos dogmas acerca del origen fundacional de la sociedad, en cuyo sentido las tesis contractualistas eran la expresión teórico-jurídica más acabada. Por ello, no extraña encontrar la noción según la cual el Derecho Penal establece un determinado número de normas jurídicas sin cuya existencia no es posible la experiencia social. Pero también el modo de producción capitalista le establece al Derecho Penal contenidos que trascienden el plano del mito del origen contractual de la sociedad: son parte del nivel ideológico dentro del cual se desplaza este Derecho, no sólo las ideas-representaciones sino también —y quizá esto es de gran relevancia para el Derecho Penal considerado en su función de teoría aparentemente autónoma— en el plano de la ideología que corresponde a la sistemática de las actitudes-comportamientos, que, en última instancia, definen las costumbres y cumplen la función de determinar cuáles conductas se aceptan como válidas. Este aspecto es básico, pues aquí se encuentra el origen de la prohibición para las conductas desviadas, en cuanto esquema de comportamiento general, y para las conductas drogodependientes en cuanto forma específica de conducta prohibida.

La sistemática de las actitudes-comportamientos, formulada a un nivel lógico-jurídico a través del Derecho Penal, produce el efecto de establecer el conjunto de los hábitos y costumbres socialmente aceptables. De esta manera, inducen en la masa de los individuos una función de adaptación a los elementos que integran el mundo social del capitalismo. De ahí que el principio sobre la necesidad del trabajo haya tenido tanta trascendencia en el Derecho

Penal. Y no podía ser sino de esta forma, toda vez que el modo de producción capitalista requería de éste para su plena realización.

Es así que la instalación definitiva del Encierro¹¹ viene seguida del trabajo como castigo adicional. A partir de entonces, el Derecho Penal influye la técnica penitenciaria, estableciendo para ésta la institución de los trabajos forzados. En esta dirección, algunas conductas prohibidas —exteriorizadas en el ámbito de los comportamientos sociales a través de la locura, la sustracción ilícita de bienes o la drogodependencia— atentan contra el modo de producción capitalista en la medida en que, al permanecer indiferentes frente al hecho social del trabajo, lo niegan como posibilidad necesaria para el desarrollo de las funciones de ese sistema.

En cualquier caso, el modo de producción capitalista impone una estructura objetiva de la realidad y tiende a fortalecerla, a fin de garantizar el suave funcionamiento del sistema mismo.

Esta estructura objetiva es la que conforma y completa la noción de ideología,¹² por cuya virtud se establece como verdad una específica noción de naturaleza jurídico-política o simplemente sociológica. Y el Derecho Penal sirve a esta función determinando cuáles son las conductas que deben proscribirse en razón de su oposición al modo de producción y a las instituciones básicas que lo sostienen. En tal dirección, puede afirmarse que el Derecho Penal, al asentarse en las estructuras del modo de producción capitalista,

a) es un producto de las relaciones de producción y de la división social del trabajo que este modo de producción establece;

b) se ubica en el sector de realidad que establecen la ideología y la estructura político-jurídica;

11. El Encierro se generó a partir del advenimiento del modo de producción capitalista y en el momento de más intensa crisis para el feudalismo. Vid. supra, cap. 2, pág. 93. La institución del trabajo forzado es posterior al establecimiento del Encierro, pero sin esta técnica de castigo la aparición del trabajo habría de explicarse bajo otros supuestos teóricos.

12. FOUCAULT, M. *Un diálogo sobre el poder*. Editorial Alianza, 1 edición 1984, pág. 5. Textualmente dice: "Hay que ver históricamente cómo se producen en el interior de discursos, que no son ni verdaderos ni falsos, efectos de verdad".

c) toma sus contenidos de los niveles de representación, de la ideología y de las costumbres. Estas características, ínsitas en la producción de contenidos propios del Derecho Penal, establecen la imposibilidad de sostener la autonomía del derecho penal y, sobre todo, la objetividad y la supraposicionalidad del concepto de Justicia Penal.¹³

Pero también el modo de producción capitalista procura vehicular, a través del Derecho Penal, determinado número de efectos, a saber:

a) Conformar una visión ideológica específica, y lograr un efecto de verdad eficaz, que defina determinadas conductas como aceptables y otras como prohibidas.

b) Establecer un mínimo de normas jurídicas para que definan los fundamentos de la convivencia social. Sin esa juridicidad, la sociedad como un todo organizado es imposible.¹⁴

c) El trabajo es el patrón básico para darle coherencia y sistematicidad a la ideología del capitalismo. De esta suerte, las conductas que se opongan o permanezcan indiferentes frente a este hecho han de proscribirse. Así, la conducta drogodependiente, como otras formas de conducta prohibida, no resulta funcional dentro del modo de producción capitalista, pues contribuye a oponerse al Principio del Trabajo. De ahí procede la necesidad de su proscripción.

El capitalismo presenta, además, un aspecto muy particular, pues no sólo afecta la producción de bienes materiales y produce con ello una determinada ordenación de las formas jurídicas, dentro de las cuales ha de incluirse el Derecho Penal, sino también recoge la herencia del mundo occidental para reforzar el contenido y la vigencia de sus instituciones. Es así

que en el capitalismo cobran plena vigencia toda una serie de estructuras ideológicas de fundamental importancia para comprender la prohibición de las conductas drogodependientes:

§1. El judeocristianismo continuó proyectando su influjo aún bajo el modo de producción capitalista, pues su contenido reforzaba las relaciones de producción del capitalismo, al tiempo que contribuía a sostener la idea de la necesidad del trabajo. Su formulación sobre la pareja conceptual culpabilidad-castigo incidió de modo esencial en la formación de los preceptos prohibitivos del Derecho Penal y en la formulación del trabajo como un imperativo de la naturaleza humana y, por lo tanto, como una ley superior. El contenido de la doctrina judeocristiana prestó, asimismo, vital apoyo a la ideología que se formaba bajo el capitalismo en la medida en que sus conceptos respaldaban el cuadro total de las ideas-representaciones, dotándolas de efectos de verdad a través de la formulación del Derecho Penal que proclamaba la moralidad, las buenas costumbres, y regía el comportamiento conductual para que éste se dirigiese a proteger una de las instituciones básicas del capitalismo, a saber la propiedad privada.¹⁵

Este factor (el efecto verdad) llegó a convertirse, en muy poco tiempo, en el determinante básico de la mayoría de las conductas prohibidas que aparecieron después bajo la forma de delitos en la mayoría de los códigos penales europeos.¹⁶

Asimismo el judeocristianismo, alentado por el modo de producción capitalista, introdujo en el Derecho Penal el par conceptual culpa-castigo, reforzó la creencia en una ley de orden

13. El efecto verdad que el Derecho Penal persigue, produce una aceptación de la idea de justicia como desligada del sistema de las relaciones de producción. De ahí que un análisis puro, en Teoría del Derecho, determine la imposibilidad de una creencia en la justicia, pero establezca, al mismo tiempo, la necesidad de elaborar una creencia sobre el concepto de justicia.

14. Este mito, el positivismo penal lo incorpora a las tesis que constituyen la Ideología de la Defensa Social, concretamente bajo el Principio del Interés Social y del Delito Natural. Vid. infra, cap. IV, pág. 193.

15. Nótese cómo los elementos que corresponden a la cuestión de la moralidad y las buenas costumbres se habían formulado ya bajo la vigencia del Encierro, a partir de cuya concepción se derivó la institución de la Policía. Al efecto, vid. supra, cap. 2, pág. 93.

16. En Inglaterra, sobre todo, las primeras conductas que se proscribieron a través de la legislación estaban relacionadas con el hurto, el robo, las estafas y las defraudaciones. Ha de recordarse, en este sentido, que el capitalismo mostraba un gran avance en Inglaterra, respecto de los demás países del continente.

superior y, por lo tanto, ineluctable en su vigencia y en su aplicación y, de esta suerte, pasó a formar parte del sustrato de este Derecho. De ahí que pueda sostenerse que el modo de producción capitalista hizo del judeocristianismo la Teoría Moral del Derecho Penal y del derecho de las prohibiciones en general.

§2. La Teoría del Derecho moderno cuya elaboración hacia los inicios del capitalismo industrial se hace derivar de la Filosofía Idealista y Positivista. En el sentido apuntado se puede sostener que la Filosofía y la Filosofía del Derecho representaban, para la Teoría del Derecho, una forma superior de ideología.¹⁷

Es decir, la concepción de la filosofía idealista, fundamento de la Teoría del Derecho que se desarrolló durante el capitalismo, constituía la elaboración más sistemática y racional de la ideología que impuso este modo de producción: el derecho natural clásico con la necesidad de darle validez intrínseca a las postulaciones semijurídicas que prevalecieron durante la Edad Media y, con ello, afianzar el poder del soberano absoluto.¹⁸ Pensadores como Grocio, Hobbes, Locke y Rousseau sostenían el origen contractual de la sociedad y el Estado.¹⁹ Empero, con esta corriente del pensamiento filosófico-jurídico rompen el idealismo y el positivismo. Y no podía ser de otra manera, toda vez que las condiciones materiales que se crearon bajo el capitalismo forjaron una ideología que se esforzaba por explicar racionalmente el entorno social. En esta dirección, idealismo y positivismo son tendencias ideológicas distintas pero concurrentes.

Sentadas las discrepancias con el pensamiento iusnaturalista, el positivismo jurídico establecía validez jurídica sólo al derecho que emanaba de los aparatos legislativos formales. Esto explica por qué la concepción del castigo en el Derecho Penal moderno estaba revestida

de un propósito único, hacer del castigo un instrumento que produzca eficacia en el mundo de los objetos reales. De esta manera, el objeto del castigo girará en torno a la idea del trabajo y de los productos que se puedan lograr con él. Aquí hay, sin duda alguna, un reforzamiento de los preceptos que sobre el trabajo alentaba la ideología del capitalismo, y que ya se han repasado aquí.

Por otra parte, ha de verse en el idealismo un doble efecto, doctrinario por una parte e ideológico por otra:

1. **Doctrinario:** el idealismo, en mucho, es un intenso esfuerzo por separar el ámbito de vigencia del derecho del ámbito de vigencia de la moral. Esta separación se elabora a nivel conceptual en la Teoría del Derecho moderno, pero no surtió resultados positivos en la doctrina del Derecho Penal, cuyo fundamento estaba, precisamente, en toda una serie de contenidos de naturaleza ético-moral. A pesar de ello, la doctrina penal que nace de la Teoría del Derecho intenta fundamentarse a partir de un supuesto criterio objetivo —en esto coincide con el positivismo— que alcance un concepto autónomo de justicia, desligado de todo influjo moral. En todo caso, a partir de este criterio toda la doctrina penal, vista históricamente, se afianza en la pretensión de autonomizar el derecho de los castigos.

2. **Ideológico:** el idealismo culmina, como filosofía y como sustrato del Derecho Penal, con la afirmación según la cual todo lo racional es real y todo lo real es racional. En este sentido, toda la filosofía hegeliana presenta una afirmación y justificación del Estado y de su poder, y en lo que aquí interesa es, sobre todo, una exaltación del aparato del Estado, el cual emergía con el modo de producción capitalista. Pero al mismo tiempo, esta exaltación cumplía una función ideologizante de gran importancia

17. HANNECKER, M. *op. cit.* pág. 101.

18. *Supra*, cap. 2, pág. 120.

19. No obstante lo anteriormente dicho, Rousseau cuestionaba los fundamentos de la experiencia social en el *Emilio*, donde hizo todo un elogio del individualismo y un ataque contra los procesos formativo-sociales implícitos en el proceso que lleva a cabo la educación.

dentro del sistema que ese modo de producción imponía, pues enmarcaba el fenómeno del surgimiento del Estado, al mismo tiempo que el Derecho, como parte del proceso de eclosión del espíritu objetivo; en esta medida, Estado y Derecho se comportaban como productos históricos ineluctables.²⁰

Planteada así la cuestión sobre el origen del Estado y del Derecho, al Derecho Penal le correspondía una naturaleza congruente con una pretendida naturaleza humana que podía

lesionarse o resentirse frente a comportamientos conductuales contrarios a tal naturaleza, y frente a los cuales el Derecho Penal habría de responder inmediatamente para la defensa de dicha naturaleza humana. Visto de esta manera, el Derecho Penal es producto de un orden superior, el de la historia, y su advenimiento y aplicación no son sino el cumplimiento de las leyes que rigen la historia misma, la cual culmina en una etapa que contiene y supera a todas las demás, a saber, el capitalismo.

B. EL ESTADO CAPITALISTA Y LA NUEVA ESTRATEGIA DEL PODER

El aparato del Estado burgués se anunciaba en el Estado absolutista, cuyas formaciones no solo contienen ya las futuras estructuras de la organización estatal moderna, sino que también ayudaban a completar el concepto de Estado y darle coherencia a la profunda variante histórica que su aparición produjo en el ámbito del ejercicio del poder, sobre todo por la aparición del derecho de las prohibiciones que el Estado moderno generó.

Hablando con precisión, no puede sostenerse que el Estado moderno se haya originado en una etapa histórica que trascienda el Renacimiento y gran parte de la Alta Edad Media: el Estado es una formación reciente y sus orígenes no pueden rastrearse hasta la Polis griega, por ejemplo.

Heller ya había advertido la inutilidad de remitirse a los "predecesores remotos" del Estado, señalando que el Estado mismo era una formación peculiarísima producida por una época específica que aquí se ha ubicado entre finales de la Edad Media e inicios del Renacimiento.²¹

Esta peculiaridad en el origen y en la formación del Estado moderno permiten comprender hasta qué punto el Estado absoluto y el Estado capitalista resultan ser fenómenos sucesivos y consecuentes. Asimismo, la inutilidad de remontarse a ejemplos históricos propios del mundo clásico, para comprender el origen y la naturaleza del Estado, permite analizar más de cerca la generación del Derecho Penal como un producto histórico también reciente, que surge con la finalidad de reforzar el poder del aparato estatal a través de la búsqueda de un pretendido equilibrio en la aplicación de la justicia. En este sentido, el derecho penal está en extremo cerca de otras disciplinas jurídicas cuya formación ha de hallarse en las mismas circunstancias históricas que produjeron el derecho de las prohibiciones, como ocurre en el caso de algunas formaciones jurídicas para la regulación del trabajo o de las conductas mercantiles.²²

Admitir que el Estado se origina en la época moderna ayuda, también, a entender cuáles son las funciones que el Estado capitalista

20. Muller y Heller señalan los límites con que tope el idealismo en punto a las cuestiones históricas y las insuficiencias de que adolece. De ahí que su concepción no pueda ser tomada sino como epifenómeno de una realidad más que como realidad objetiva; en cuanto epifenómeno, el idealismo procura garantizar la visión del capitalismo. MULLER y HALLER. *Diccionario de filosofía*. Editorial Herder, España, 1ª edición 1976, pág. 231.

21. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 6ª reimpresión, 1971.

22. Sobre este aspecto, para detalles de información véase infra, pág. 170.

reúne en su funcionalidad: el poder que la Edad Media no conoció sino a través de una dispersión increíble²³ se encuentra ya casi plenamente concentrado en el Estado absoluto.

De ahí que pueda afirmarse que la diferencia entre el Estado absoluto y el Estado capitalista viene dada por una diferencia en la técnica administrativa, toda vez que por virtud de la división social del trabajo, plena y concomitantemente asentada cuando entran en vigencia las formas estatales capitalistas, resulta posible organizar el Estado de conformidad con criterios que ordenan la mayor parte de las necesidades sociales hacia un fin único: el plusvalor.

Con la división social del trabajo se instaura toda una jerarquía para la administración. De esta manera, el Derecho Penal ingresa dentro de una estructura de conocimiento que se caracteriza por una actitud clasificatoria y casuística. La idea del orden y de la organización domina la actividad que el Estado organiza, y el Derecho Penal no escapa a esta nueva estrategia. Así, se encuentra la técnica administrativa en todo sitio: en el Derecho Penal, clasificando hasta la extenuación conductas que se estiman prohibidas por ser su descripción contraria al régimen de producción de bienes materiales y generando los procedimientos penales como administración del Derecho Penal. La conjunción de estos dos aspectos no es sino anverso y reverso de una sola situación histórica. El Derecho Penal se dirige hacia la protección de bienes materiales y procura su óptimo desarrollo eliminando las conductas que se opongan a él. No extraña, pues, el énfasis que el Derecho Penal empezará a prestarle a las conductas que se manifestaban contra la propiedad. De cualquier modo, esta protección resultaba también beneficiosa para el Estado, cuyo régimen impositivo se basaba en las estructuras propietarias.²⁴

El poder unificado que el Estado capitalista hereda del Estado absoluto se ve, en consecuencia, reforzado por la técnica de administración recién introducida en aquél, al tiempo que dicha técnica de administración se introduce también en la concepción jurídica que el mercantilismo empezaba a delinear. De esta suerte, el poder que el Estado adquirió resultaba mucho más organizado que el poder que ostentó el Estado absoluto. Asimismo, la organización del nuevo derecho de los castigos que protegía, sobre todo, la propiedad, se instrumentaba en consonancia con todo el aparato de la producción para acelerar la transición del modo de producción feudal, algunos de cuyos elementos sobrevivían aún, y eliminar los factores retardatarios que presentaba todavía el Estado capitalista.²⁵

Empero, la plena instauración del Estado capitalista llevaba aparejada la gestación de un espacio de poder importante que, en definitiva, constituiría la parte medular de la nueva estrategia en la organización del poder mismo y del derecho del castigo. Con la unificación territorial que el Estado capitalista logró configurar, haciéndola uno de sus elementos constitutivos,²⁶ se posibilitó la creación de un sólo régimen de Derecho, con validez y aplicación generales para todo el territorio unificado. El sistema de Derecho así creado, no sólo era unitario sino también coherente, pues cualquier regla tomada aisladamente remitía, para su comprensión y para su interpretación, al todo jurídico-político que el Estado Capitalista estaba creando.

En este sentido se evidencia una superioridad mayor del Estado capitalista de frente al Estado absolutista, en el cual el máximo logro alcanzado consistió en la formación de la burocracia jurídica. El Estado capitalista contaba con esa burocracia y, al mismo tiempo, con una

23. HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 157, señala como depositarios de poder a la Iglesia, los propietarios nobles y los burgos.

24. Para la concordancia de esta hipótesis, vid. *supra*, cap. 3, pp. 132-133. Asimismo véase *supra*, cap. 3, pág. 130, nota 2.

25. La precisión de esta tesis, que ya había sido enunciada por Marx, tiene una importancia radical para la comprensión de los fenómenos del Estado y del Derecho Penal. De ahí que Heller encontrara acertada esta observación. Vid. al efecto HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 312.

26. HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 150.

sistemática jurídica que operaba sobre tal aparato administrativo. Es necesario, sin embargo, aclarar, en aras de la precisión, que la unidad jurídica y de poder sobre la que obró el Estado capitalista fue obra de la monarquía absoluta.²⁷

La razón conceptual por cuya virtud se generó toda esta concentración del poder jurídico en la persona del Estado tiene una razón de naturaleza política: la nueva organización administrativo-jurídica y socioeconómica ponía de manifiesto la necesidad de una nueva conceptualización jurídico-política. La concepción jurídica del Medioevo no conoció la célebre distinción entre Derecho público y Derecho privado, y para todos los efectos se utilizaba la figura del contrato, heredada del Derecho romano. Así, esta figura vehiculaba toda transmisión de derechos y obligaciones relacionados con el ejercicio de la autoridad y el poder.

Con el advenimiento del Estado absoluto y del Estado capitalista, surge la concepción según la cual es necesario asumir formas jurídicas para regular las actividades que emanan del Estado mismo en cuanto sujeto actuante. De esta manera, surge una unidad de autoridad jurídica que pretende someterse al Derecho, esto es, el Estado crea el Derecho al cual él mismo se pretende someter.

El absolutismo integró una política mercantilista que hizo del Estado el sujeto económico más fuerte, al tiempo que convirtió los medios de dominación político-jurídica en un monopolio del Estado mismo. Estos mecanismos de dominio político sirvieron para fomentar el poder económico burgués bajo el modo de capital móvil financiero, el cual tendría, durante el Estado capitalista, absoluta libertad de acción. Así se explica que la creciente fuerza del capital dominara simultáneamente los instrumentos de autoridad política y jurídica, y que estas condiciones establecieran para el Derecho Penal la necesidad de proscribir las conductas que atentarán contra la organización político-económica a través del establecimiento de normas heterónomas. En esta dirección, puede afirmarse que el Derecho Penal, desde sus orígenes,

se funcionalizó como el canon que determinaba cuáles conductas se reputaban como aceptables y hasta qué punto tales conductas debían dirigirse hacia un reforzamiento de las instituciones que el Estado establecía en defensa del capital.

De cualquier manera, interesa dejar establecido con claridad que en la formación del Derecho Penal moderno, a lo interno del cual se halla también el origen de las prohibiciones, interviene como factor determinante la estructuración económica y política del Estado capitalista. Esta afirmación pone en evidencia la estrecha dependencia que el Derecho Penal mantiene con el fenómeno político-económico que delineaba el Estado capitalista y sus más importantes instituciones político-jurídicas de control de la existencia social.

Por otra parte, el Estado capitalista estableció, asimismo, una particular relación entre el desarrollo de sus posibilidades económicas y políticas, y el orden del Derecho. Esta relación permitió que el orden del Derecho, en especial el sector que correspondía al Derecho Penal, se viera permeabilizado por la naturaleza político-económica que el desarrollo de aquellas posibilidades experimentaba. Es así que el Derecho Penal presenta el desenvolvimiento de sus principales tesis a la luz de las condiciones que le impusieron las instituciones burguesas del Estado capitalista. De ahí que no extraña encontrarse con que los contenidos del derecho de las prohibiciones están profundamente penetrados de los fenómenos de la infraestructura que el capitalismo requería para su puesta en vigencia.

Esta particular relación entre el Derecho Penal y las condiciones político-económicas del Estado capitalista pone también de manifiesto que el Derecho Penal no es un orden de reglas cuyo establecimiento constituye el *minum sociológico* que garantiza la existencia societaria, según se sostendría posteriormente a través de las postulaciones jurídicas del Estado capitalista.²⁸

27. Véase *infra*, cap. 3, pp. 150-151.

28. Una ampliación sobre este punto se puede ver *infra*, cap. IV, pág. 193.

Durante la formación del Estado absoluto, y por arrastre durante la instalación del Estado capitalista, se había considerado al Derecho Penal como un ordenamiento para garantizar la posibilidad de que los núcleos humanos pudieran mantenerse bajo una determinada forma de organización social. En este sentido, el Derecho Penal se presentaba como una ordenación natural inherente a una determinada forma de organización social. Este criterio es el que ha permitido considerar que las conductas prohibidas, y las drogodependencias como formas de aquéllas, en cuanto proscritas y contrarias al sistema de relaciones de producción violan un conjunto de ordenaciones naturales que son las que garantizan la existencia social, de donde resulta necesario aplicarles el derecho de las prohibiciones, a fin de hacerlas cesar o suspenderlas, y devolver la estabilidad al cuerpo social. Lo cierto es, empero, que el Derecho Penal no puede considerarse sino como un corpus de reglas que pertenecen al conjunto de las ordenaciones sociales, y en modo alguno es un producto natural apriorístico respecto de la organización social.

Dicho de otra manera, el derecho de las prohibiciones se genera a lo interno de un conglomerado social y no resulta impuesto desde fuera; es el conglomerado social y sus instituciones de organización (en el caso del capitalismo el Estado, un Derecho Penal específico, un sistema económico de libre oferta y demanda, etc.) los que establecen los mecanismos de control social.

En un esfuerzo por dilucidar hasta sus últimas consecuencias, la consideración que tiene al Derecho Penal como una ordenación meramente social, ha de estimarse que el derecho de las prohibiciones pierde toda su fuerza y toda su epistemología si le traslada fuera del contexto de las relaciones sociales que lo han generado y que le conceden vigencia. Que el Derecho Penal procede del exterior y constitu-

ye un minum sociológico, es un argumento tomado del Derecho natural por la ideología del Estado capitalista, de manera que no resulta aventurado considerar que el establecimiento de las reglas del Derecho Penal no sólo es convencional sino que debe su origen y vigencia a un acto de voluntad que emerge de los órganos del Estado capitalista.²⁹ Estos órganos reúnen en sí mismos todos los instrumentos para hacer del derecho de las prohibiciones un derecho eficaz y superpositivo, lo cual explica el monopolio en el ejercicio de las coacciones físicas y psicológicas que el Estado instrumentaliza a través de sus órganos especiales.

Por otra parte, ha de considerarse la función propiamente jurídica que el Derecho Penal ejerce sobre la totalidad del Estado capitalista. Sostener que el Estado capitalista, mediante sus instrumentos formales para la creación del Derecho, es el que define el Derecho Penal positivo, resulta preciso. Empero, debe entenderse también que el derecho de las prohibiciones, una vez que se ha definido, acaba influyendo sobre el entero aparato que lo generó. De ahí que el Derecho Penal se constituya en un instrumento en el cual confluyen, prácticamente, todas las tendencias represivas que se dinamizan a lo interno del conglomerado social. Por ello, el derecho punitivo es no sólo un derecho de las prohibiciones sino también un derecho en el que se ponen de manifiesto principios cuya naturaleza no es propiamente jurídica. La función educadora del Estado y su papel interventor en la vida moral de las sociedades que lo componen provienen de esta tendencia que experimenta el Derecho Penal, y que se resuelve finalmente en una actitud éticamente necesaria por parte del Estado. Heller ya había intuido esta dialéctica entre el aparato del Estado y el Derecho, cuando afirmaba que al carácter formador del poder del derecho corresponde el carácter formador del derecho al poder.³⁰

29. Las tesis sobre el minum sociológico que el Derecho Penal proporciona para hacer posible la convivencia social se formulan técnicamente bajo el Principio del Interés Social, formulado por la Ideología de la Defensa Social. Vid. *infra*, cap. IV, página 193.

30. HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 215.

En un plano mucho más concreto la articulación del Estado capitalista permite, prácticamente, un más coordinado y compacto ejercicio del poder, en la obtención de resultados específicos (la prisión, en todas sus formas extensivas de libertad vigilada, los procedimientos médico-jurídicos de control y evaluación de los inadaptados, un poder judicial como entidad burocrático-política, etc.), que aquellos que podían obtener otras formas de organización del poder como el Estado absoluto o la Poliarquía medieval. Bajo el Estado capitalista, el ejercicio del poder no se enuncia sólo a nivel abstracto mediante afirmaciones de principios constitucionales y legislativos. Se enuncia también a través de mensajes físicos de gran potencia social, pues en ellos se manifiesta una cuestión de importancia superlativa, como lo es la dinámica entre el ejercicio político del poder

y el poder físico propiamente dicho. El análisis de las estructuras de poder del Estado capitalista revela que el poder en ejercicio parte de una vertiente política para resolverse en un ejercicio físico del poder político.

El poder físico³¹ es la base que sustenta las afirmaciones teóricas y abstractas que se contienen en los textos constitucionales y legislativos, de modo que debe aceptarse que es el poder físico la *última ratio* sobre la cual se asienta el poder político-jurídico. Así, detrás de las enunciaciones legislativas, detrás de todo el aparato de la ley formal y del Derecho positivo, subyace un poder técnico cuyo ejercicio asegura y garantiza la existencia del poder político y jurídico. En este sentido, el poder físico es una amenaza obscuramente dibujada en el texto de los códigos penales y en las leyes conexas con esta materia.³²

SECCIÓN II

A. LA SUPERACIÓN DEL ARCAÍSMO TEÓRICO-JURÍDICO EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO: LOS EPISTEMES DEL PENALISMO MODERNO

En realidad, el Derecho Penal moderno no se conforma, inicialmente, sólo por el impulso que a su formulación hayan podido dar una o varias corrientes teóricas específicas. La concreción de los principios esenciales del Derecho Penal es el resultado de un largo proceso histórico y socioeconómico, cuyas características se han visto ya, en primer término, a

propósito del cambio que experimentó el modo de producción de bienes materiales, y en segundo lugar en relación con la nueva estructuración para el ejercicio del poder, que culminó con la consolidación del Estado capitalista.

De ahí que la superación del arcaísmo teórico-jurídico para la fundamentación del castigo no haya ocurrido en un "instante histó-

31. El poder físico se manifiesta de múltiples modos en las estructuras del Estado capitalista, y hasta puede afirmarse que toda su organización está permeada por muestras de este tipo de coacción. Son un ejemplo de lo anterior, la "guardia civil", el ejército, los órganos policíacos y parapoliciacos, las brigadas antiguerrillas, las escuadras antidrogas, etc.

32. Por lo que hace al papel de la Iglesia, ha de advertirse que el poder eclesiástico, en franca decadencia, ha prestado históricamente una ideología eficaz a las estructuras de poder del Estado. Además, la estrecha relación entre la Iglesia y el Estado ha permitido que el derecho de las prohibiciones tome sustento para algunos de sus contenidos en los criterios religiosos que esta organización social ha elaborado. El problema de las teocracias militares no es nuevo, tanto que Heller ya lo señalaba en su Teoría del Estado. Vid. HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 228.