

EL PENSAMIENTO JURIDICO - PENAL DE MIGUEL REALE (*)

MANOEL PEDRO PIMENTEL

1. BREVES EVOCACIONES

Guardo con el mayor cariño los apuntes que tomara en el curso de Filosofía del Derecho brindado en 1946 por el profesor Miguel Reale. Las viejas páginas conservan las lecciones que recibíáramos con la más alta atención, pues nos abrían un mundo nuevo, insospechado, explorado por el maestro: el concepto de tridimensionalidad.

Es bien cierto que en aquel entonces —como hoy quizás sigue sucediendo— los estudios de Filosofía distaban de ser el sector cultural preferido por los alumnos; sobre todo, porque no estábamos preparados para enfrentarlos. Sin embargo, la claridad de las ideas expuestas por Reale, la pasión con que las defendía, sus persuasivas argumentaciones y el rigor científico de su método, recalaban en nuestro espíritu. Es que no se trataba de la reiteración de viejas lecciones, superadas por las conquistas de la inteligencia; por el contrario, nos tocaba asistir a la aparición de ideas nuevas, que ya serían de permanente actualidad.

Esta fascinante apertura hacia flamantes mundos en la cultura jurídica nos acontecía, justamente, cuando egresábamos de la Facultad de Derecho. No había tiempo para profundizar los estudios académicos y para que maduraran

(*) Artículo aparecido en el volumen *Estudos en homenagem a Miguel Reale*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1977; págs. 345 - 372.

en los claustros las semillas sembradas. La vida práctica nos llamaba para la acción, en el difícil terreno de la abogacía en materia penal; y el ejercicio nos absorbería casi todo el tiempo.

Sin embargo, las cuartillas de Filosofía del Derecho ya estaban destinadas a cumplir su propósito secreto: retornar a su lectura. En nuestras ideas, en medio del trajinar diario, de vez en cuando volvían aquellas palabras que escuchadas antes por primera vez: “ontognoseología jurídica”, “epistemología jurídica”. Estábamos comprobando ya cómo los conceptos teóricos encajaban con las distintas realidades. Aprendíamos cotidianamente la lección verdadera: *el Derecho no es una simple creación legislativa; el Derecho es una experiencia in fieri*.

Con el pasar de los años y ya más decantadas las ideas, comprobaríamos —en la especialidad propia del Derecho penal— la gravitación de la teoría tridimensional. Palparíamos así al precepto primario de la norma, a la sanción: “aquella parte que establece las consecuencias que devienen dada la práctica —o no— de ciertos actos”; y al mismo Derecho, como “la realización de la convivencia mediante un sistema coercible de normas dictadas en pro de los valores justos”.

Y así, desfilarían muchos conceptos especialmente ajustados al Derecho penal. Ya desde ese entonces nutríamos el deseo de revistarlos con la base realiana asimilada. Y entonces esta monografía, descriptiva y no crítica, sin otra pretensión que divulgar aún más las pesquisas ya propuestas por Miguel Reale.

2. LA TEORIA TRIDIMENSIONAL APLICADA AL DERECHO PENAL

El concepto de *Derecho* propugnado por Reale conduce a la conclusión de que “la integración de los tres elementos (axiológico, sociológico y normológico) en la experiencia jurídica nos revela la precariedad de cualquier comprensión

del Derecho unilateral, sea desde el punto de vista del hecho, del valor o de la norma; también, y especialmente, el equívoco de una comprensión del mundo jurídico como *pura forma*, insusceptible de albergar las infinitas y conflictuantes posibilidades de los intereses humanos" (1).

Este enfoque, tan particular como acertado, permite elucidar las proyecciones del Derecho penal. La defensa de los bienes e intereses jurídicamente tutelados es hecha por normas penales compuestas por *precepto* y *sanción*. El precepto primario (tipo legal o sector social a reglamentar) describe un comportamiento que debe ser realizado o evitado; y ello, bajo la amenaza de una consecuencia jurídica: la sanción o pena.

La norma, por tanto, refiere un hecho. Hacerlo o no es tema dispuesto por la estimativa, la axiología, la valoración. Y esa valoración, por fin, no resulta arbitrariamente establecida por el legislador; por el contrario, resulta derivada de una *realidad fáctica* asumida por la comunidad y ligada al bien social o común; que será, en las lecciones de Reale, "la medida histórica de la justicia, o la justicia en plena concreción histórico - social" (2).

La coacción —representada por la pena—, así, tendrá el valor ético de hacer recomponer normativamente el valor violado. La pena, entonces, para Reale tendrá un sentido *retributivo* (3).

La irretroactividad de la ley penal, por su lado, será un principio que también se impone a la luz de la tridimensionalidad. Es que si el hecho descrito en la norma como reprobable no resulta conocido previamente, el juicio de valor de la comunidad se tiene como no pronunciado respecto al caso concreto. Por eso afirma Reale que "la predeterminación de la figura criminal es absolutamente indispensable" (4).

(1) REALE, M., *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, San Pablo, 1953; vol. I, tomo II, pág. 599.

(2) *Op. cit.*, pág. 606.

(3) *Op. cit.*, pág. 607.

(4) *Op. cit.*, pág. 609.

La triple división del delito considerado como hecho humano típico, antijurídico y culpable coincide con la estructura tridimensional hecho, valor y norma. En el hecho está contenida la exigencia de la tipicidad; la norma caracteriza al elemento de la antijurisdicción, y el valor atañe al concepto de reprochabilidad. Sin embargo, bien sabemos que estas distinciones no siempre son absolutas.

Y opino ahora que en ninguna otra materia jurídica como en el Derecho penal se evidencia tanto la tridimensionalidad; ello así, dada la exigencia de la tipicidad, la definición previa de los modelos y la descripción fáctica en la ley, con las imprescindibles connotaciones respecto al valor. Bajo nuestro enfoque, entonces, el delito se dibuja con meridiana claridad, facilitando la comprensión de sus elementos. De allí la definitiva influencia de Miguel Reale en el campo del Derecho Penal.

3. LA PERSPECTIVA AXIOLOGICA Y LA EXPERIENCIA JURIDICA

El hombre común siempre obra finalísticamente. El fin, buscado a través de conductas, según la concepción tomista es causa del comportamiento y se halla con antelación en la inteligencia. Empero, no es posible un fin sin referencias a un valor. No es posible concebir una acción humana consciente que sea neutra o acromática en relación a una valoración.

Cada hombre es regido por una diferente escala de valores, y se conduce de acuerdo con sus motivaciones inspiradas en fines que procura. Esa tabla de valores, sabemos, no siempre coincide con los cánones de la comunidad. Y así, los bienes e intereses que deben ser tutelados por las normas penales son determinados por el legislador no arbitrariamente sino en atención a la realidad social según sus valores establecidos como estimables en la propia cultura. Y claro está que todo conflicto entre los valores personales y los colectivos debe resolverse, en nuestra materia, con prevalencia de la idea de *comunidad*.

De esa manera, cuando el legislador penal crea las normas no debe operar sólo como un sociólogo, apenas estableciendo conexiones entre los hechos. Propondrá, en cambio, una norma originada en un proceso “al mismo tiempo axiológico y teleológico”; formalmente, será “un esquema general de conducta reconocida como valioso y preservada como tal, o bien de valor negativo y por tanto vedada”. Y proseguirá Reale: “Debemos imaginar al legislador ante una situación de hecho que él debe atender con providencias normativas; su acto implica una conciencia especial de los problemas, una elección de la cual resultará la tutela de un campo de intereses que reputará legítimos” (5).

Ello comportará un momento culminante de la experiencia axiológica dado que “el hecho que condiciona la aparición de una norma jurídica en particular nunca es un suceso aislado sino más bien un conjunto de circunstancias, que suelen provocar en el hombre fenómenos de acción y reacción” (6).

La experiencia a que alude Reale es la *experiencia jurídica*, “distinta de la natural, condicionada por presupuestos lógico - trascendentales. Se trata de una experiencia cultural subordinada a presupuestos axiológicos, por lo cual se podría llamar, también, *experiencia axiológica*; permite afirmar que el Derecho no es sino una expresión de la experiencia social e histórica, uno de los productos espirituales de base, cuya dramaticidad bien refleja los aspectos esenciales de la imagen total del hombre” (7).

Vista entonces desde una perspectiva dikelógica, la experiencia jurídica resulta riquísima en el ámbito del Derecho penal; allí, sobre todo, se la estudia “como ordenamiento racional y objetivo en el cual y por el cual se tratan, como

(5) *Op. cit.*, págs. 486 - 7.

(6) *Ibidem.*

(7) REALE, M., *O Direito como experiencia*, Ed. Saraiva, San Pablo, 1968; págs. 112 y 117.

afirmaciones del ser del hombre, las proyecciones históricas de sus intencionalidades" (°).

De allí la justa crítica de Reale a la corriente "técnico-jurídica", que preconizaba una jurisprudencia alejada de todo tipo de axiología comprometedora de su autonomía o neutralidad científica, actitud que llevó a "una extremada y rígida actitud metodológica, ciega al mundo de los valores y rigurosamente lógico - racional".

Recuerda entonces Reale que en el sector iuspenalista se advierten "las exageraciones neutralistas de autores como Arturo Rocco, Manzini y Massari, según los cuales sí pueden aceptarse enfoques causales, sociológicos, en la materia. Sin embargo, tales observaciones escapan, *stricto sensu*, a la ciencia jurídica como tal, y abarcarían especialidades paralelas como la Sociología, la Criminología, la Política. Agrega esta postura que los juristas deben permanecer adscriptos a su específica tarea, representada por el estudio sistemático y objetivo del Derecho vigente: norma jurídica, y no otra cosa" (°).

Y así, esta corriente deja al margen del Derecho penal contenidos sustanciales; propulsa un dogmatismo formalista prisionero de invariables esquemas. Es el gran defecto de la *Begriffs-jurisprudenz*, señalado sagazmente por Stampa Braun cuando observara que el pecado capital del formalismo fue no advertir que el carácter teleológico y valorativo es más destacado en el Derecho penal que en cualquier otra materia. "En la ciencia del Derecho penal, este immoderado afán de abstracción y generalización produciría, entre otros resultados, la atomización del concepto de delito, absurdos intentos de extender al Derecho penal categorías iusprivatistas, amén de un buen número de cuestiones bizantinas" (1°).

(°) Idem, pág. 121.

(°) Idem, págs. 95 - 7.

(1°) STAMPA BRAUN, José María, *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Ed. Minón S. A., Valladolid, 1953; pág. 79.

tulados: “El hábito de pensar al delito como extraño a la experiencia jurídica olvida un aspecto esencial: el hecho lesivo reclama una sanción en los límites de la libertad, presupuesto lógico y ético de la punición misma” (21).

Reafirmando entonces la entera aplicabilidad de la teoría tridimensional al campo del delito, señala también Reale que “El delito, en suma, como todo elemento de la experiencia jurídica, presenta una estructura tridimensional; ello, pues sólo se configura cuando se correlaciona un hecho con un disvalor, en la medida tipificada por una regla de Derecho. Así, se demuestra que la contextura tripartita del delito (tipicidad fáctica, antijurisdicción y culpabilidad) encuentra su razón de ser en la esencial estructura tridimensional (fáctica, axiológica y normativa) del delito mismo” (22).

Con anterioridad, tratando lo relativo al *nexo fáctico-axiológico* y al *hecho y el Derecho*, también dejó Reale bien claro que “El significado del modelo en sí y su adecuación lógica al hecho-tipo invocado como mediación lógica entre el modelo y el hecho concreto, representan los dos problemas que, opinamos, compendian una *cuestión de Derecho*; la cuestión de hecho recalca, en cambio, a nivel de la verificación de los elementos que concretamente permiten —o no— considerar al hecho adecuado al troquel configurado en un modelo jurídico” (23). Por ello se justifica siempre la conclusión de que el hecho, inserto en la tipicidad, tendrá una connotación de valor y no simplemente una comprensión naturalista.

Es decir que “en realidad el hecho, que está en la base del delito, nace, por así decirlo, impregnado de valoraciones correspondientes al sistema cultural vigente; lo cual no significa que esa dimensión axiológica se reduzca al sentido finalista de la acción” (24).

(21) *Op. y loc. cit.*

(22) *Idem*, ed. del 26 de febrero de 1969, pág. 2.

(23) *O Direito...* cit., págs. 208-9.

(24) *Tribuna da Justiça*, ed. del 5 de marzo de 1969, pág. 2.

ra la formación de los juristas. Ello conduciría, paralelamente, a un predominio legislativo por parte de los economistas y de los sociólogos, improvisados legisladores que a menudo no satisfacen las exigencias de la pura técnica. Todo ello sería señalado por las enseñanzas de Miguel Reale, bajo la perspectiva axiológica y de la experiencia jurídica.

4. LOS MODELOS JURIDICOS Y LA TEORIA DE LA TIPICIDAD

Principio insoslayable en los pueblos democráticos es el de la reserva legal, previsto en el artículo 1º de nuestro Código Penal: “No hay delito sin ley anterior que lo sancione. No hay pena sin previa disposición legal”. La parte especial del Código Penal, sabido es, describe los comportamientos vedados o conductas prohibidas bajo amenaza de sanción, según un criterio valorativo y finalista; la doctrina denomina *tipicidad* a tales descripciones. Tal concepto ha sido de desarrollo gradual. Inicialmente se identifica con el sustantivo *Tatbestand* (Ernest von Beling), contenido en el párrafo 59 del Código Penal alemán. Escribía Beling que “Del dominio común de la ilicitud culpable fueron extraídos determinados tipos delictivos: homicidio, hurto, etc. Para cada uno de esos tipos se previó una pena concreta; consecuentemente, restaban como no punibles ciertos obrares antijurídicos, por no encajar con ninguno de esos tipos legales taxativos. Y así operaría la tipicidad, axiológicamente escalonada” (14).

Esta noción material y excluyente sería más tarde revista incluso por el propio Beling reconociendo críticas por ejemplo de Binding y de von Hippel. Max Ernest Mayer, por su lado, elaboraría un nuevo concepto de “tipo”, aludiendo a términos normativos a los cuales adicionaba el elemento *antijuridicidad*. Posterior formulación de Beling incluiría la consideración del *Leitbild* junto al *Tatbestand*,

(14) VON BELING, Ernest, *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Ed. Depalma, Bs. As., 1944; trad. de Sebastián Soler; págs. 36 - 37.

tal como “un cuadro dominante o esquema regente (*Leitbid*), distinto a la figura delictiva” (15).

Cupo empero a Edmund Mezger la introducción del “injusto típico”, según el cual la tipicidad indicaría la anti-jurisdicción siempre que no existiese una causal de inimputabilidad; lo cual conduciría, respecto a esa anti-jurisdicción, más allá de una *ratio cognoscendi*: a una verdadera *ratio essendi*.

Para Reale, sin embargo, la tipicidad penal debe ser entendida con mayores amplitudes: “El principio de que no hay crimen sin tipicidad en el fondo no es otra cosa que exigir una rigurosa correspondencia entre el comportamiento examinado y el tipo legal. Sin dudas que la tipicidad fáctica es uno de los elementos esenciales en la estructura del delito; pero no es pensable sin una correlación con la anti-jurisdicción y la culpabilidad que integran al modelo normativo: la comprensión concreta de la conducta delictuosa resulta de su subordinación a la totalidad del modelo penal” (16).

Y aparece aquí la expresión *modelo normativo*, nueva comprensión en materia de tipicidad penal; ya el tipo no es considerado una abstracción: por lo contrario, algo bien concreto. Y ello así, pues como señala Reale, “en el ámbito de la Ciencia del Derecho, al hablarse de *modelo*, no se debe nunca pensar en una norma pura o en una estática abstracción intelectual, de tipo lógico-formal. A la inversa, en una proyección de los comportamientos intersubjetivos referibles a una prefiguración legal-positiva; por lo demás, urgirá la necesaria correlación entre norma y situación normada, entre sentido y efectividad del sentido: todo ello por cierto realzará las connotaciones éticas” (17).

(15) DE QUEIROZ FILHO, Antonio, *Lições de Direito Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1965; pág. 164.

(16) REALE, M., *O direito como experiéncia* cit., págs. 184 - 5.

(17) Idem, págs. 177 - 8.

Para los estudiosos del Derecho penal se abre, así, un largo camino para recorrer; conduce, a la luz de los modelos jurídicos, hacia un rico filón de especulaciones en torno al concepto de tipicidad.

5. LA ESTRUCTURA DEL DELITO CONCEBIDA POR MIGUEL REALE

En una nota publicada por *Tribuna da Justiça* (18), nuestro autor trató, y largamente, el tema de la estructura del delito. El propio título de la doctrina —*Preliminares al estudio de la estructura del delito*— apunta el sentido de la misma, de introducción a una materia de ingente desenvolvimiento.

El delito, en la noción realiana, es un acto jurídico. Esta afirmativa deviene de su noción de actos jurídicos: “Pueden ser tutelados por la norma en su ejecución, y ser, por tanto, *licitos*; o vedados, es decir *ilícitos*. La diferencia estribará en los fines perseguidos por el agente...”

Ya en nuestra disertación en el concurso para optar por la libre docencia en la cátedra de Derecho penal hicimos referencia a la opinión de Petrocelli en el sentido de que “el crimen, como manifestación de la voluntad humana, es un acto jurídico” (19). No faltó quien contestase tal hipótesis, acotando que los actos jurídicos sólo pueden integrarse con la categoría de actos lícitos.

En defensa de la posición de Petrocelli argumentamos en base a las lecciones que habíamos ya recibido de Miguel Reale. Tiempo después Reale reafirmaría con rigor su concepto: “la experiencia jurídica se compone tanto de actos lícitos como de ilícitos; ambos, son especies del género *actos*

(18) *Tribuna da Justiça*, ediciones de los días 19 y 26 de febrero y 5 de marzo de 1969. Ver su transcripción en esta *Addenda* (artículo siguiente).

(19) PIMENTEL, M. P., *Crimes de Mera Conduta*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1968; pág. 17.

jurídicos. La identificación entre acto jurídico y acto lícito es un mero artificio de la abstracción conceptual, que olvida la polaridad inherente a la vida del Derecho: legitimidad y entuerto" (20).

Y agrega nuestro autor: "No es indispensable aceptar el monismo normativista kelseniano para admitir que el Derecho, cual nuevo rey Midas, convierte en jurídico todo aquello que toca. Desde el enfoque de una comprensión culturalista del Derecho, a cuya luz no hay experiencia jurídica que no contenga un problema de valoración, la infracción penal se constituye con la misma forma de la estructura del acto lícito; sin embargo, claro, una diferencia esencial los distingue: la axiología; es que un acto niega al valor jurídico mientras que el otro lo realiza".

A partir de esa posición, basada en la teoría de los modelos jurídicos, no es ya de extrañar que Reale añada, por ejemplo, que el delito es un "ente jurídico". Así, explica: "Cuando digo que el delito es un *ente jurídico* me sitúo, por ende, en función de una comprensión fenomenológica de la experiencia jurídica concreta; de esta manera, más allá, sin dudas, del plano meramente conceptual de la Escuela Clásica, que también considera al delito como ente jurídico pero sólo en términos normativos, en cuanto violación de una ley *a priori* concebida. Si a ese entendimiento formal los positivistas contrapusieran la visión del delito como *hecho natural*, escaparíamos a la unilateralidad del racionalismo normativista abstracto, por cierto que ajeno a la concreta experiencia histórico-social".

Esta problemática del concepto de delito aparece aún más escarpada cuando se comparan los intereses sociales con aquellos del acusado. La aplicación de la pena presupone una *certeza*, ligada, automáticamente, con la tipicidad. La conclusión de Reale, por tanto, es congruente con estos pos-

(20) REALE, M., *Preliminares ao Estudo da Estrutura do Delito*, en *Tribuna da Justiça*, ed. del 19 de febrero de 1969, pág. 2.

tulados: “El hábito de pensar al delito como extraño a la experiencia jurídica olvida un aspecto esencial: el hecho lesivo reclama una sanción en los límites de la libertad, presupuesto lógico y ético de la punición misma” (21).

Reafirmando entonces la entera aplicabilidad de la teoría tridimensional al campo del delito, señala también Reale que “El delito, en suma, como todo elemento de la experiencia jurídica, presenta una estructura tridimensional; ello, pues sólo se configura cuando se correlaciona un hecho con un disvalor, en la medida tipificada por una regla de Derecho. Así, se demuestra que la contextura tripartita del delito (tipicidad fáctica, antijurisdicción y culpabilidad) encuentra su razón de ser en la esencial estructura tridimensional (fáctica, axiológica y normativa) del delito mismo” (22).

Con anterioridad, tratando lo relativo al *nexo fáctico-axiológico* y al *hecho y el Derecho*, también dejó Reale bien claro que “El significado del modelo en sí y su adecuación lógica al hecho-tipo invocado como mediación lógica entre el modelo y el hecho concreto, representan los dos problemas que, opinamos, compendian una *cuestión de Derecho*; la cuestión de hecho recalca, en cambio, a nivel de la verificación de los elementos que concretamente permiten —o no— considerar al hecho adecuado al troquel configurado en un modelo jurídico” (23). Por ello se justifica siempre la conclusión de que el hecho, inserto en la tipicidad, tendrá una connotación de valor y no simplemente una comprensión naturalista.

Es decir que “en realidad el hecho, que está en la base del delito, nace, por así decirlo, impregnado de valoraciones correspondientes al sistema cultural vigente; lo cual no significa que esa dimensión axiológica se reduzca al sentido finalista de la acción” (24).

(21) *Op. y loc. cit.*

(22) *Idem*, ed. del 26 de febrero de 1969, pág. 2.

(23) *O Direito...* cit., págs. 208 - 9.

(24) *Tribuna da Justiça*, ed. del 5 de marzo de 1969, pág. 2.

Refiriéndose al elemento subjetivo en la estructura del delito, Reale se opone a esta teoría finalista de la acción, defendida —a su turno— por Welzel y Maurach; prefiere, en cambio, ubicar al problema en los parámetros de la doctrina axiológica-estructural de la acción. Reconoce, sin embargo, que la teoría finalista tuvo el mérito de demostrar la palmaria insuficiencia de la doctrina de la acción meramente causal, poniendo en su lugar, de relieve, un nuevo enfoque que ligaría la acción a una intensión finalista; lo cual no dejaría de acarrear graves dificultades para una conceptualización *stricto sensu* de la culpa pues en ella no es válido hablar de “intención presumida” o “previsible”.

Colocado el problema, entonces, bajo el enfoque de la teoría lógico-estructural de la acción, la solución aparece simple pues los actos culposos sería analizados *a parte subjecti*, en el elemento intencional, y no ya “en función de las consecuencias objetivas de la conducta, sea activa u omisiva del agente; tampoco desde el ángulo estimativo” (25).

Los actos dolosos, por su parte, ninguna dificultad presentan para la aludida teoría, dado el manifiesto comportamiento intencional que habilita el juicio represivo. Allí, enseña Reale, “la acción u omisión son componentes esenciales de la estructura del delito; sin embargo, el juicio normativo de culpabilidad, en esta noción, requiere además la tipicidad fáctica y la axiológica, consagradas por la legislación en vigor” (26).

Dentro de este contexto tiene cabida el aserto de que aun ausente el elemento intencional o finalístico la acción podrá ser calificada como delictual. Claro que, pragmáticamente, el legislador concibe un tipo de conducta reprochable dentro de los criterios ya referidos. Así, es bien válida la conclusión de Reale cuando apunta que “la culpabilidad resulta normativamente de la situación del hecho en un contexto de orden estimativo. En suma, se pune a la acción culposa por-

(25) Idem.

(26) Idem.

que la inexistencia de un valor positivo ya es de por sí un valor negativo" (27). De esta manera, se acota imposible el reducir la culpabilidad a una mera categoría psicológica.

De modo que "en todo delito tipicidad fáctica, antijurisdicción y culpabilidad son elementos distintos de una misma unidad estructural, correlacionados tanto por la intencionalidad del agente como por el significado social-objetivo de su conducta" (28).

6. REFLEXIONES SOBRE LA PENA DE MUERTE

Cuando la conmemoración del centenario de la abolición de la pena de muerte en Portugal, la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra reunió a juristas de varios países para celebrar el acontecimiento, a través de un simposio cultural. La contribución de Reale se hizo presente, mediante un ensayo titulado *Pena de muerte y misterio*, posteriormente publicado en separata, por la mencionada Universidad, en 1967 (29). Muchas serían las excelencias de este opúsculo.

Analizaremos algunas de las ideas expuestas por Reale. Una primera cuestión concierne al debatido derecho subjetivo para punir, reconocido al Estado. La mayoría de nuestros autores admite la existencia de un *jus puniendi*. Noé Azevedo enseñaba que el Estado es titular de ese derecho de punir (N. del T.: en español es quizás más exacto el sustantivo *atribución*, como derecho-deber), y que existe en el Derecho penal, tanto como en el Derecho privado, una relación triangular (reo, víctima, Estado) y no directa entre víctima y victimario. Así, la pena sería una *prestación* jurisdiccional, correspondiente a una acción penal derivada del *jus puniendi*.

(27) Idem.

(28) Idem.

(29) Ese ensayo fue posteriormente incluido en la ya citada obra *O Direito como experiência*, págs. 277 - 287.

Basileu García, por su parte, equipara al derecho de punir con el Derecho penal subjetivo. En ese mismo sentido, Magalhães Noronha y Frederico Marques, acordes con las lecciones de Jiménez de Asúa.

Aníbal Bruno no comparte esa terminología, prefiriendo, en cambio, el giro *potestas puniendi*. Señala que la concepción del *jus puniendi* está ligada, por un lado, a la teoría de los Derechos públicos, teniendo al Estado como titular (Jellinek); por el otro, además, con la tendencia de los dogmáticos de “privatizar” al Derecho penal. Pero no olvidemos que si bien en el Derecho privado es válido el aforismo de que el Derecho objetivo da vida al derecho subjetivo, tal correspondencia no opera así en el ámbito penal. El Estado ejerce, en la relación punitiva, su *imperium soberano*; y a esa potestad debe someterse todo autor de un delito, no por obligación sino más bien por *sumisión* irrevocable y absoluta al poder del Estado en miras de la convivencia social.

Oscar Stevenson participa de esa opinión —aunque con algunas variaciones argumentales—, optando por la *potestas puniendi*. José María Stampa Braun apunta, por su lado, que “el Derecho penal subjetivo se define, ordinariamente, como la facultad punitiva del Estado; es decir, la atribución estatal de poder exigir —en la forma, con los medios y plazos establecidos— la actuación del Derecho penal objetivo; o, lo que equivale: la obediencia a las normas jurídicas penales” (30).

Desde luego que el derecho subjetivo de punición que tiene el Estado es una facultad condicionada. Como sea, nos parece que los más próximos a la verdadera función estatal son Aníbal Bruno y Oscar Stevenson —en nuestra doctrina— y Vassali y De Marsico en Italia; estos autores aluden a un *poder de punir*, inalienable, irrenunciable e imprescriptible (31).

(30) STAMPA BRAUN, J. M., *op. cit.*, pág. 12.

(31) Apud BALESTRA, Andrés Augusto *Da prescrição nos crimes falimentares*, en RT 440/430; y M. P. Fimentel, *Legislação Penal Especial*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1972; págs. 132 - 4.

Por nuestra parte, ya hace mucho sostenemos que en rigor el Estado no es titular de ningún derecho subjetivo de punición. Tal como enseñaba Santi Romano, lo que realmente existe es un poder-deber de punir. El Estado tiene el poder de punir como atributo de su soberanía, y el consiguiente deber como exigencia de la realización de una de sus finalidades. Así, no habría un derecho a punir (*ius puniendi*) sino más bien un poder-deber. Esta misma expresión, incluso, es la empleada por el propio Reale⁽³²⁾, y, repetimos, seguramente la más acorde con el carácter público del Derecho penal.

En lo que atañe a la naturaleza de la pena, Reale, en principio, apunta un carácter retributivo. Enseña nuestro autor: "Tanto por su naturaleza como por sus fines la pena es, en suma y necesariamente, una *categoría racional*. Sea que nos fundemos en la idea de peligrosidad como en la ética de castigo al infractor, lo cierto es que el concepto de pena implica un proceso de racionalización de la experiencia que lleva como consecuencia a una determinada valoración del ilícito penal, en una correlación de medio a fin"⁽³³⁾.

De este modo, Reale niega en la estructura de la pena cualquier connotación irracional. Es cierto que existen discrepancias entre los penalistas, ya que algunos advierten en la pena un carácter de retribución y otros utilitarista, no faltando las posturas sincréticas. Sin embargo, partiendo de la idea realiana vemos por de pronto que la pena jamás podría ser el resultado de una vindicta pública o privada porque todo acto de venganza es siempre irracional; en la posición casi exactamente contraria, se halla la doctrina que encuentra en la pena ocasión para el tratamiento del delincuente.

Una tercera cuestión se alude en el citado trabajo *Pena de muerte y misterio*; refiere justamente al asunto de la pe-

(32) REALE, M., *Pena de morte e mistério*, Coimbra, 1967; pág. 13.

(33) Ensayo cit., pág. 8.

na capital. Después de examinar el concepto de pena, se concluye que “Pueden variar las doctrinas en cuanto a la naturaleza: retributiva, preventiva, o bien posturas eclécticas—una represión con fin preventivo—; sin embargo, se debe coincidir en un fundamento racional basado en las lecciones de la experiencia” (34).

De modo que la pena, por su naturaleza y por sus fines, es una categoría racional. De allí la incompatibilidad de ese concepto con la pena de muerte. Además, dos argumentos también abogan por tal incompatibilidad. Por un lado, el Estado no puede decretar el “fin” de una existencia humana singular e invadir así una esfera íntima e inviolable de la persona humana: un juez no puede ordenar la “muerte ética” de una persona antes de la hora de la “muerte biológica”. Por otro lado, “la inseparabilidad del concepto de muerte respecto del de persona pone en evidencia que la muerte no puede ser materia de pena, pues elimina, en el acto de su aplicación, aquello mismo a lo cual se destina. En último análisis, por la pena de muerte la persona es negada como tal y convertida en cosa” (35).

Concluyendo, “No se trata, pues de proclamar la *impiedad* de la pena de muerte, alegándose que la justicia humana no puede pronunciar juicios reservados a la omnipotencia divina; lo que pasa, es que hay una imposibilidad lógica, radical, de considerar a la ejecución capital un acto racionalmente fundado, de presentarlo como una especie de pena” (36).

Finalmente, la falta de proporción entre la más grave de las penas de reclusión y la muerte impide que se acepte como válida a esta última; la pena de muerte rompería abruptamente la armonía entre la graduación de las penas, protagonizando “un salto del plano temporal al no-tiempo de la muerte” (37). Termina Reale su exposición señalando que

(34) *Idem.*

(35) *Op cit.*, pág. 11.

(36) *Op cit.*, págs. 12-3.

(37) *Op cit.*, pág. 13.

“analizados a la luz de sus valores semánticos, el concepto de pena y el de muerte son entre sí lógicos y ontológicamente irreconciliables: la pena de muerte no es otra cosa que una *contradictio in terminis*” (36).

7. LA CONTRIBUCION DE MIGUEL REALE A LOS ESTUDIOS IUSPENALISTAS

Ya los temas encarados dan una pauta de la importancia de la contribución realiana al Derecho penal. Vimos, en primer lugar, la visión de la teoría del delito a la luz del tridimensionalismo. Constatamos luego que la moderna concepción acerca de la experiencia jurídica, interpretada ya axiológicamente, permite un enfoque de la Criminología que sobrepasa a los tradicionales intereses sociológicos y económicos; se fortaleció así la opinión en el sentido de la vuelta de la ciencia criminológica a los programas académicos de Derecho. Se destaca allí la clara diferencia que existe entre el legislador penal y el sociólogo frente a los distintos hechos sociales; éste último repara en las conexiones habidas entre esos hechos, mientras que el primero debe asumir una actitud de “deber ser” en base a los valores y a la preocupación de llevar tutela a los bienes e intereses merecedores de protección legal.

Recalamos después en la importancia de la teoría de los modelos jurídicos expuesta por Reale, que esclarece el concepto de tipicidad penal. Así, vimos que no basta pensar en una mera tipicidad fáctica, vacía de contenidos, sino que debemos referirnos también a la antijurisdicción y al tema de la culpabilidad. De forma que el *modelo normativo* ofrece mayor comprensión respecto al significado del tipo concreto delictual, revestido de antijurisdicción material (au-

(36) *Op. cit.*, pág. 15.

sencia de causa justificativa) y de culpa *lato sensu* (ausencia de causas dirimentes).

Discurriendo acerca de la estructura del delito, también nos mostró nuestro autor que el crimen es un hecho jurídico. Esta conceptualización de ente jurídico, tan lejana de la clásica carrariana, prestaría nuevos coloridos a nuestra materia. De allí advertimos sólo un paso a la idea de certeza, única capaz de coartar la libertad de un acusado y de ser presupuesto lógico y ético de la punición.

La teoría realiana de la culpabilidad, por su lado, sobrepasaría a la insatisfactoria versión finalista de la acción. Dolo y culpa serían ya encarados como dimensiones axiológicas diversas, siempre en torno del elemento intencional, positivo o negativo, activo u omisivo, en conflicto con los cuadros de valores dispuestos por la ley.

Analizando la pena de muerte, Reale vierte también importantes lecciones. La afirmación de que el Estado tiene la atribución de punir constituye una relevante toma de posición. Enseguida, y más allá de los debates entre *retributivos*, *utilitaristas* y *eclécticos*, Reale sustenta otro principio, más general y permanente, a través del cual la pena aparece como una categoría racional en cuanto traduce una racionalización de la experiencia colocada como consecuencia jurídica de una valoración respecto al ilícito penal.

De esa afirmativa deviene rechazar —tal como ya propusiera von Liszt— de la pena toda idea paralela de *venganza*, como forma compensatoria de los pueblos primitivos, que incluso llevaban pueblos a las guerras por cuestiones individuales; atavismo que llegaba a extender la punición colectiva hasta los animales y las cosas.

Es que la cultura de esos pueblos admitía la venganza —tal como señalara Bernaldo Quirós— como forma de la punición. Aunque von Liszt advertiría: “Consecuentemente, carece de fundamento la muy generalizada opinión según la

cual la pena tiene su origen en la conservación individual manifestada como instinto de venganza. La privación de la paz social hace reaccionar al cuerpo de la comunidad, lesionados los intereses de uno de sus componentes, en procura de restaurar orden en paz: el Derecho” (39).

Entre la venganza y la pena no hay sino semejanzas; incluso, se comprueba que entre ambos no hay dependencia histórica. Ontológicamente desligadas, ofrecen, empero, caracteres accidentales en común. Yerran los que pretenden fundar la pena en las bases irracionales de la venganza. Aunque en alguna instancia histórica o ideológica se hayan ambas confundido, lo cierto es que la pena se caracterizó siempre como una reacción contra el mal, fundada racionalmente en la necesidad de mantener el orden y la paz en la comunidad; la venganza, por su lado, permanecería como simple reacción de la naturaleza humana, irracionalmente despertada por un daño sufrido, tal como así lo señalara, ajustadamente, el sociólogo polaco Mieczyslaw Szèrer.

Finalmente, es de subrayarse la colocación del problema de la pena de muerte como sanción que rompe la armonía y la proporcionalidad de grados entre el delito y la pena.

Además de todas estas contribuciones de Reale al campo del Derecho penal, otro aporte debe ser mencionado. Se trata de un trabajo sobre los efectos civiles de la sentencia penal (40), que exegéticamente interpretara los artículos 1.525 del Código Civil brasileño y 66 del Código Procesal Penal. El análisis del adverbio “categóricamente”, intercalado en el referido artículo 66, constituye para nosotros una rigurosa crítica. Arriba aquí Reale a la conclusión de que “desde que el juez, en el contexto de la sentencia, se pronuncia por la inexistencia de un hecho —fundando así un temperamento

(39) VON LISZT, Franz, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. José Higinio Duarte Pereira; F. Briguet Ed., Rio, 1899, t. I, pág. 7.

(40) REALE, M., *Dos efeitos civis da sentença penal*, en *Nos Quadrantes do Direito Positivo*, Graf. Ed., Michalany Ltda., San Pablo, 1960; págs. 381 - 8.

absolutorio—, no habrá posibilidad de excluir la aplicación del referido dispositivo procesal aludido” (41).

Llevando más adelante sus argumentaciones, agrega Reale: “Cumple ahora distinguir dos hipótesis: la sentencia apunta la inexistencia de un hecho o no enuncia un juicio categórico fundando la absolución en otras razones: falta de pruebas, etcétera... En el primer caso, la resolución opera sus efectos con la fuerza de la cosa juzgada, vedando la revisión de la causa por la presunción erigida”.

Más de una vez hemos comprobado la soltura con que Reale transita al Derecho penal, incluso en sus aspectos procesales. Sus aperturas, y concluimos, han renovado conceptos que incluso ya parecían incommovibles, brindando a nuestra ciencia el alto vuelo de su pensamiento especulativo.

(41) *Op. cit.*, pág. 386.