

LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

POR

ALVARO D'ORS

SUMARIO: I. El origen de la sustantividad sistemática del Derecho penal.—II. Justicia y venganza.—III. El fin del Derecho penal.—IV. Pena vindicativa y pena preventiva.—V. Culpa personal y culpa social.—VI. La victimología.—VII. Otra vez el terrorismo.—VIII. El castigo, nuevo delito.—IX. Conclusión.

1. El origen de la sustantividad sistemática del Derecho penal.

El emperador Justiniano, en una constitución del año 533, por la que promulgaba el Digesto (const. *Tanta*), al explicar la división en siete partes —el número siete es universalmente reconocido como el más pleno y perfecto, pues une a la perfección divina del tres la mundanal de los cuatro elementos, uno de los cuales, el fuego, es también el que representa al espíritu— en que se había dividido el conjunto de los cincuenta libros del Digesto, llama a los libros 47 y 48 «libri terribiles» porque «contienen toda la severidad de las penas». En efecto, se trata en esos dos libros de los «crímenes» públicos, castigados con penas graves, incluso la muerte, el «supplicium», pero también aquellos otros «delitos» privados, como es principalmente el hurto, que se sancionaba tradicionalmente con penas tan sólo pecuniarias, pero que, aun siendo para el ofendido, se consideraban como afflictivas, por lo que el delito de daños en cosas ajenas, en el que la pena no se distinguía claramente de la simple indemnización, no entra en estos libros «terribiles», sino en el

libro 9, entre los daños causados por animales y los causados por lo que cae a la calle, casos de responsabilidad objetiva extraños al campo de lo criminal.

A este régimen penal privado, de penas pecuniarias afflictivas —por ejemplo, el doble del valor de la cosa hurtada, además de la acción, real o personal, reipersecutoria del valor sustraído— se había añadido ya hacía un par de siglos una posible persecución pública que, como era previsible, acabaría por desplazar la acción privada, y por eso los compiladores del Digesto no tuvieron inconveniente en juntar esos delitos privados con los crímenes públicos, dentro de esos libros «terribles», aunque los textos clásicos recogidos allí siguieran hablando, en su caso, de las antiguas acciones privadas. Después de todo se trataba siempre de penas afflictivas, cuya finalidad era castigar debidamente la maldad del autor de un delito. Y, también, en su Código, reúne Justiniano la materia penal en uno, el noveno, de los doce libros de aquella parte del «Corpus Iuris». Sin embargo, la sustantividad del Derecho penal no era muy definida, pues esa materia se consideraba desde el punto de vista del procedimiento pertinente. No hay que olvidar que, en su sentido latino originario, «crimen» es la misma reclamación judicial, querrela o querimonia por un acto que merece un castigo público.

Es interesante observar, a este respecto, cómo en la primera división sistemática del derecho canónico, en el «Breviarium», de Bernardo de Pavía, en el siglo XIII, se distinguen cinco partes —«iudex», «iudicia», «clerus», «connubia», «crimen»—, y es allí donde vemos ya la materia penal («crimina») distanciada de la procesal («iudicia») —por «iudex» se entendía la potestad de «jurisdicción» (como se siguió llamando en la Iglesia hasta que se ha introducido ahora el término «gobierno», «régimen» en latín); por «clerus» ya se entiende de qué se trata, y bajo «connubia» entraba lo referente al laicado, pues lo más propio de los laicos, en el derecho de la Iglesia, era que se casaban—, y es entonces cuando parece perfilarse el concepto sustantivo de Derecho penal. Era congruente con la naturaleza del Derecho canónico que se diera allí esa sustantividad de la materia penal,

dada la importancia que para la disciplina eclesiástica tenía necesariamente la noción de pecado; pero sobre esto hemos de volver.

Así, pues, el derecho secular debe al canónico esta separación del Derecho penal respecto al procesal. Y la Iglesia mantuvo esta separación, a pesar de haber recibido, por la obra institucional de Lancelotti, en el siglo XVI, la escolástica tripartición gayana de «personas-cosas-acciones» (que, a pesar de las apariencias, sigue ordenando el nuevo Código canónico de 1983, de siete libros, como el anterior de cinco), en la que los crímenes sólo podían quedar atraídos por las acciones penales de la tercera parte, ya que se trataba de una división escolástica, ajustada tan sólo al «ius civile» y absolutamente extraña a lo criminal. Ya el Código pio-benedictino del año 1917, a pesar de haber aceptado esta tripartición gayana (no se debe llamar «romana»), distinguía un libro 4 de acciones, el procedimiento, y el siguiente, el 5, que es el de las penas por los delitos. El nuevo Código del 83, al haber reducido enormemente lo penal, por influencia del fenómeno secular contemporáneo al que nos referimos en este artículo, se limitó a invertir el orden de estos dos libros, de forma que el exiguo libro penal (bajo el eufemismo de «las sanciones») precede, algo vergonzantemente, al último sobre el procedimiento; pero con ello se ha acentuado aún más la sustantividad de lo penal respecto a lo procesal. Es interesante, decimos, observar este origen canónico de la sustantividad del Derecho penal, porque está en relación muy directa con el tema que ahora nos ocupa, de la crisis del Derecho penal.

2. Justicia y venganza.

Como decimos, el punto de partida para el Derecho penal es la noción de pecado. No sólo en la doctrina cristiana, sino también en aquellos barruntos de la Verdad que suelen haber alcanzado los pueblos paganos, es claro que el delito merece una pena, que el autor de un delito debe ser afligido con un castigo

por su maldad. Corresponde a un instinto universal de justicia que sea así, y tal sentimiento se apoya en una verdad teológica que es la del Juicio divino final, por el que se premia a los buenos y se castiga a los malos. Una idea, si se quiere, elemental, pero natural en la mente humana. Hay, pues, una coincidencia entre este sentimiento instintivo universal y la Verdad teológica, como es siempre la Verdad propiamente dicha.

La dificultad se presenta, claro está, en el ajuste o desajuste de la justicia que pueden hacer los hombres en comparación con la superior, definitiva e infalible de Dios, concretamente la de Jesucristo, Juez, además de Rey y Legislador.

Jesucristo mismo, en su vida terrenal se abstuvo deliberadamente de juzgar —es el caso de la mujer adúltera y el de los hermanos que le requerían para dividir la herencia paterna—, precisamente porque su función judicial era de ultimísima instancia y total y universal, y hubiera sido indigno rebajarla para resolver cualquier pequeño litigio penal o civil del momento. Cuando, por otro lado, dice Jesucristo que no juzguemos para que no seamos juzgados, esto, evidentemente, no implica una absoluta prohibición de juzgar, pues, sin juicios, incluso para hacer cumplir el orden natural establecido por el mismo Dios para el hombre después del Pecado original, la vida social sería del todo inviable. Y la Revelación está toda ella llena de alusiones al respeto que debemos a la «espada» de la Justicia constituida en cualquier organización social. Por ello mismo; también la Iglesia, fundada en el orden divino, ha tenido siempre sus instancias judiciales para sancionar la conducta de sus fieles, no sólo en el fuero interno, sino también en el externo, mediante las penas congruentes con sus posibilidades de coacción.

El instinto humano de justicia lleva, pues, por sí mismo, a la idea de castigo y, en su forma más primitiva, al de la venganza personal. Sólo la sublimidad del mensaje cristiano superó ese instinto mediante la organización de una renuncia a la venganza privada, sustituida por el procedimiento público organizado por la sociedad, pero esta represión social no debe faltar. Hay ahí como un reflejo de la verdad teológica, de que los delitos

perdonados por sus víctimas no dejarán, por ello, de ser castigados por el Juez divino, pues todo delito, por cuanto es un pecado, constituye una ofensa a Dios y merece por ello el debido castigo; por más que la Misericordia divina haya providencialmente instituido un sacramento del arrepentimiento personal, de la Penitencia confesada, por el que el pecado puede quedar borrado sin más secuela que una eventual condena de sentido temporal en el Purgatorio.

3. El fin del Derecho penal.

En la organización de la represión judicial de los delitos, que es lo que llamamos «Derecho penal», aunque esté presente la necesidad social de castigar a los delincuentes, incluso, como decimos, cuando la ofensa ha sido privadamente perdonada, hay un fin más concreto, si lo consideramos históricamente, que es el de fijar las penas correspondientes a cada tipo de delito; por eso es el «derecho de las penas». En este sentido, supone un gran progreso de la civilización, pues viene a sustituir la posible venganza instintiva del ofendido por un orden de penas limitadas y socialmente controladas. Ya el mismo talión, que nos parece primitivo y brutal —la popularmente llamada «ley del talión», del «ojo por ojo y diente por diente»— fue, en su momento histórico, un progreso, pues vino a limitar la espontánea venganza. Porque la venganza es, por sí misma, desmesurada, y tiende a causar un sufrimiento superior al recibido, de modo que el que ha perdido un ojo puede tender a quitar la vida o dejar ciego de los dos ojos al agresor, pero el talión le impide tales desmanes, limitando el alcance de su natural instinto de venganza.

Es conocido el precepto de las XII Tablas, del siglo v antes de Jesucristo, por el que, en caso de fracturas corporales sin mutilación, se impone la tasa del talión, a no ser que el ofendido y el ofensor convengan sustituir tal venganza por una composición pecuniaria, por una pena convencional y todavía no legalmente

impuesta, mientras que para las pequeñas afrentas corporales, la ley imponía ya una pena pecuniaria que, por cierto, iba a quedar, con el tiempo, ridículamente disminuida por la devaluación de la moneda y, por ello, acabó siendo sustituida tal sanción por la de una nueva acción pretoria de estimación judicial variable. Un momento, ese de las XII Tablas, que nos muestra el tránsito de la venganza privada al de la pena legal.

Así, pues, si consideramos el Derecho penal desde una perspectiva histórica, como debe ser siempre la de un jurista, podemos concluir que la finalidad del Derecho penal no es tanto la de imponer unas penas a los delincuentes cuanto la de eliminar la venganza privada desmesurada mediante la fijación legal de penas proporcionadas en vez de la venganza. En este sentido, el Derecho penal puede ser considerado como un derecho defensor de los delincuentes, pues limita la licitud de la natural venganza por parte de la misma víctima o de sus familiares o adictos; defiende, en efecto, al delincuente contra la eventual venganza de la sangre o la del mismo ofendido por cualquier delito.

Algo de esto hemos podido ver en tiempos más recientes respecto al crimen de adulterio. Según una antigua costumbre, el marido ultrajado sólo podía matar al autor del delito sorprendido *in fraganti* cuando mataba también a la mujer, y viceversa. Había también ahí una cierta limitación, pues el matar a los dos, aunque parezca más grave que matar a uno solo, es mucho más difícil, sobre todo que matar sólo a la mujer, ya que el adúltero procuraba huir antes que defenderla. Lo que la legislación vino a imponer fue una pena en vez de esa venganza privada, dejando acaso como única secuela de ésta una atenuante para el homicidio causado por el marido ofendido.

Podemos, pues, llamar «penal» al Derecho penal, pues su fin ha sido el imponer penas legales en vez de venganza privada o la eventual composición pecuniaria. Y la relación entre pena y venganza es la que explica que, cuando la sociedad, por sí misma, considera inadmisibles la idea de venganza, acabe también por suprimir la pena. Así ha ocurrido con el adulterio, pero ya había ocurrido antes con otras despenalizaciones: siempre se han

debido éstas a una previa pérdida del sentido de la venganza. Porque, si la pena sirve para limitar la venganza y ésta ha dejado de existir, ¿para qué queremos las penas? Así, la insensibilidad social ante el sufrimiento del ofendido por un delito acaba por eliminar también la pena legal correspondiente a ese delito.

4. Pena vindicativa y pena preventiva.

Esto que decimos está en relación con el tema «clásico», que ocupa siempre una parte importante en los manuales y tratados de Derecho penal, acerca del fin de las penas: la cuestión de si éstas son vindicativas o preventivas.

El problema tuvo su aurora con el Iluminismo, es decir, con la revolución anti-teológica del nuevo pensamiento «europeo». No podía ser de otro modo. Una vez rota la relación entre delito y pecado, la represión de los delitos hubo de reducirse a un expediente social para evitar lo que podía considerarse como un peligro para la sociedad. Que alguien hubiera matado a un semejante (el antiguo «paricidium»), eso era un hecho lamentable, que no tenía ya remedio para la víctima, ni, naturalmente, podía dar lugar a la primitiva venganza de la sangre, inadmisibles entre hombres «razonables». Pero el que ese homicida quedara libre y pudiera reiterar su acción, eso se consideraba como un peligro para la sociedad, pues aquel acto delictivo podía repetirse. Había que imponer, pues, al delincuente una pena que sirviera para defender a la sociedad contra ese riesgo de reiteración delictiva.

A la misma idea de pena preventiva correspondían otros puntos de vista cuya mira común es, no sólo el prescindir de la idea de castigo para el delincuente, sino el prevenir contra el riesgo social. Por ejemplo, la idea de que las penas no son para castigar, sino para disuadir a los posibles delincuentes. Esta idea era ya antigua, pero se combinaba con la de la pena afflictiva como efecto secundario de ella: el escarmiento para

el ya delincuente o posibles delincuentes futuros, por vía de intimidación, pero siempre como algo accesorio del castigo. En la Edad Moderna, sin embargo, parece haberse prescindido de esa relación de accesoriedad, y haberse destacado el fin disuasivo como el principal de toda pena. A esta idea corresponde aquel deseo de muchos de que «la pena de muerte debe existir aunque no se aplique realmente»; deseo poco efectivo, quizá, porque, si se sabe con certeza que tal pena nunca se va a aplicar, es como si no existiera, y carece entonces de toda eficacia disuasiva.

Al mismo ambiente mental pertenece aquella otra idea de que el delincuente debe ser reformado, algo más moderna. Según ella, el delincuente no es más que un enfermo que debe ser curado, no tanto por la conveniencia de su propia salud, cuanto por el riesgo que supone para la sociedad la persistencia de su enfermedad; algo parecido a lo que ocurre con los enfermos contagiosos que pueden ser causa de una epidemia, y deben, por ello, ser reclusos con el fin de evitar tal riesgo social. De este modo, la reclusión del criminal no era ya una forma de castigo por su mala conducta, sino un medio de defensa social, una pura prevención.

5. Culpa personal y culpa social.

En este cambio de mira respecto a la pena no pudo menos de interferirse otro relativo al concepto de «culpa».

El término «culpa» procede de la lengua común de los romanos, donde significaba simplemente «falta», es decir, una conducta inconveniente en general. Pero fue objeto de una concreción técnico-jurídica, muy precozmente, en relación con la Ley Aquilia, del siglo III antes de Jesucristo, en el sentido de un determinado comportamiento anímico. Porque esa ley prevenía el daño causado «injustamente» («iniuria») en un patrimonio ajeno («damnum iniuria datum»), pero era claro que los juristas no podían reducir la responsabilidad por tal acto al caso

de que el daño se hubiera causado «a ciencia y conciencia», con toda la intención de producirlo, como se requería en los otros delitos («*sciens dolo malo*»); por otro lado, no podía extenderse la responsabilidad incluso a los daños causados casualmente. La jurisprudencia acudió entonces al término «culpa» para concretar, entre lo intencional y lo casual, el límite mínimo de falta personal para poder apreciar una responsabilidad en el causante del daño. Y se entendió entonces por «culpa» la deficiencia del debido cuidado en el caso concreto: la falta de la diligencia que cada caso pudiera requerir, es decir, la negligencia excesiva. Apareció así, en la historia del derecho, el «delito culposo», que había de tener gran trascendencia para el ulterior desarrollo del Derecho penal. Sólo en un momento posterior, la jurisprudencia romana vino a utilizar ese mismo término «culpa» en el sentido de negligencia en el cumplimiento de la conducta mutua debida por lo que se había convenido en un contrato causante de obligaciones recíprocas: la que ahora llamamos «culpa contractual», en contraposición a aquella otra delictual o «aquiliana». Y era realmente «contractual» (aunque los romanos no la llamaran así), pero no en el sentido moderno, que presupone ya la generalización del término «contrato» para designar cualquier tipo de convenio de obligación, y no sólo el de obligaciones recíprocas. «Culpa» es así un término universal en el lenguaje moderno, aunque derive del sentido técnico de causalidad responsable elaborado por la antigua jurisprudencia; y resulta del todo fundamental y necesario para el juicio moral y hasta para referirse a todo tipo de causalidad, como cuando decimos: «la excursión proyectada se suspendió "por culpa" del mal tiempo».

El nuevo giro sufrido por el concepto de culpa que más radicalmente ha afectado al Derecho penal ha sido el de considerar que la culpa no es ya algo personal, en relación con la responsabilidad moral y jurídica, sino una simple causalidad de tipo social, que se acerca precisamente a la idea de «casualidad» (después de todo, «causa» y «caso» se reconducen al mismo origen lingüístico). En otras palabras, que el delito no debe «imputarse» (ese es el término de los penalistas tradicionales)

a la personalidad del autor del delito concreto, sino, de algún modo, a toda la sociedad en la que aquél se integra. La culpa no es ya suya, sino de las estructuras y condiciones sociales injustas que causan esa patología social que es la delincuencia, y cada delito concreto es una «casualidad» estadísticamente previsible. Por ello, no es la persona del delincuente la que debe sufrir las consecuencias, la pena aflictiva, sino que la sociedad, como única responsable de aquel «caso» patológico, es la que debe asumir las consecuencias de su propia deficiencia. La persona del autor del delito puede ser atendida como la de un enfermo, pero no castigada; no de una manera distinta que cuando son amentes los causantes de un delito, pues no son responsables de sus actos. En realidad, la misma idea de responsabilidad, despersonalizada de este modo, parece haber perdido su sentido. Y no es del todo extraño a este giro disolvente de la responsabilidad penal, por otro lado, el hecho de que las sanciones «penales» se extiendan a campos en los que se prescinde ya de todo elemento anímico, como ocurre con los llamados «delitos fiscales», para los cuales no puede hablarse siquiera de responsabilidad «objetiva», pues no se refieren a actos de otra persona por la que se responde, sino de actos propios, en los que puede faltar la intención dolosa e incluso la negligencia culposa.

6. La victimología.

Ahora bien: como todo delito produce algún sufrimiento en la víctima que lo padece, lo que la sociedad debe procurar es el subvenir a la reparación económica del tal sufrimiento. No se trata ya de una pena pecuniaria de carácter aflictivo, como la antigua de los delitos privados romanos, sino de una indemnización que la sociedad, a cargo del erario público (es decir, de los contribuyentes), debe satisfacer a la víctima, como indemnización de un sufrimiento que la misma sociedad le ha causado. De este modo, el Derecho penal se ha deslizado hacia la victimología, que es la ciencia de la previsión de ese deber

social de indemnizar el sufrimiento que los particulares pueden padecer por unos determinados delitos que se consideran socialmente indemnizables. El servicio de seguridad ha venido así a sustituir a la represión penal de los delincuentes. Todo consiste en indemnizar las consecuencias del «caso», como cuando hay pérdidas por el granizo o por un terremoto, o también cuando ha tenido lugar una expropiación pública.

Toda idea, no ya de venganza, sino de castigo por un trámite judicial, ha quedado así abandonada, pues es claro que, aunque se hable de «responsabilidad», la sociedad misma no pueda ser castigada, sino tan sólo obligada a indemnizar.

Como puede comprenderse, se ha liquidado con todo esto la noción de culpa delictual y de pena; pero, si ya no debe haber penas, ¿qué sentido puede tener el Derecho penal? Debe considerarse desaparecido, del mismo modo que ha desaparecido el Derecho «de guerra» una vez que la guerra ha sido considerada como algo absurdo, que no puede, en modo alguno (ya lo decían los Ilustrados), justificar un «Derecho».

En efecto, la relación entre Derecho penal y Derecho de guerra es muy real, a pesar de la diferencia que hay entre la ofensa exterior que todo un pueblo sufre y justifica una legítima defensa social mediante la violencia de las armas, por un lado, y, por otro, la ofensa que puede sufrir un particular pero es castigada también socialmente, incluso con la muerte, como es normalmente el resultado de la defensa bélica. De ahí que el pacifismo conduzca, no sólo a la abolición de la pena de muerte, sino también de todo tipo de pena aflictiva. Porque no cabe duda: nada hay más pacífico que no castigar a los delincuentes.

7. Otra vez el terrorismo.

La afinidad a que acabamos de referirnos entre el Derecho penal y el Derecho de guerra me lleva a recordar una vez más el interés que para esta cuestión presenta el fenómeno muy

actual del terrorismo. De él traté ya en «La Ley» de Buenos Aires, hace unos años, bajo el título *La guerra unilateral*. En efecto, se trata de guerra y no de criminalidad, aunque el haber prescindido de toda consideración jurídica de la guerra haya inducido a someter al terrorismo al régimen de la criminalidad, es decir, de la Justicia interna. Pero el terrorista no es un criminal que deba ser juzgado por el Derecho penal —que, por lo demás, ya hemos dicho que está desapareciendo—, sino un enemigo que debe ser desarmado o muerto, como ocurre en la guerra. De hecho, el terrorista tiene clara conciencia de estar haciendo «su guerra»; tiene sus héroes y sus glorificaciones; sólo le falta un territorio propio, y, por eso, hace la guerra en todas partes, una guerra no-territorial. Es guerra, pero los gobiernos estatales, temiendo la adversa publicidad que deteriore su «imagen pacifista», prefieren mantener las apariencias de una prácticamente inexistente, pues es imposible, Justicia penal. Prefiere «conllevar» ese desorden, pues, como dijo un conspicuo demócrata, «el terrorismo es el precio de la democracia».

El planteamiento que yo defendía era precisamente el de invertir los términos de esa «guerra unilateral». En vez de la guerra sucia de quien no puede jurídicamente hacerla —no es un «*iustus hostis*»— porque carece de territorio propio y de una organización presentable ante el Derecho internacional, hay que decidirse por la guerra unilateral del Estado, que sí puede hacerla, contra ese falso enemigo, pero que, aunque sea falso, es un «enemigo» y no un criminal. Al no hacerlo así, el terrorismo queda impune. Es natural que así sea, pues, al ser considerado crimen, y no hostilidad, no hay razón de castigar con penas afflictivas a los terroristas.

Esta relación entre terrorismo y Derecho penal nos corrobora en el diagnóstico de cómo la nueva sociedad democrática postula la impunidad.

8. El castigo, nuevo delito.

¿Por qué castigar al delincuente, si no es más que un enfermo social? Es más: cualquier acto de violencia que se ejerza para castigarle, ¿no es, a su vez, una infracción del deber de mantener la paz social?

De algún modo parece encontrarse aquí un eco, aunque falaz, de aquel consejo evangélico de perdonar las ofensas recibidas. Como decíamos antes, tal precepto sólo puede afectar a la persona del ofendido, y no a la sociedad en su conjunto; pero ahora viene a decirse que es la misma sociedad la que debe perdonar a los delincuentes que en ella se hallen, y no agravar la tensión de la violencia desatada por delito con la violencia de su represión pública. De ahí la increíble proclividad de la publicidad cotidiana a censurar los actos de la fuerza del Estado, a la vez que a mover a compasión a favor de los delincuentes.

Cuantos, por razón del oficio docente, tenemos ocasión de pulsar la nueva mentalidad de numerosos sectores de la juventud de hoy, hemos podido comprobar cómo, para ellos, el castigar un delito no es más que un nuevo delito. Muchos piensan así: «Si alguien mata, eso no está bien, pero matar al que ha matado es un nuevo acto de violencia inadmisibile; pero cualquier otro modo de represión hace sufrir indebidamente al que ha tenido la mala suerte de incurrir en el delito que sea. La violencia de la represión es reaccionaria, y peor que la del delincuente. Si el delito es un mal social, procuremos paliar sus efectos, pero no incurramos en una nueva violencia. Vale más un solo delito que dos». ¿Cómo es posible que, con esta mentalidad, pueda sobrevivir el Derecho penal?

9. Conclusión.

Hace unos años, cuando el cambio europeizante de España, hablaba yo con unos aldeanos de ambiente muy rural, pero bas-

tante representativos de los sentimientos de gran parte del pueblo más humilde, y parecían convenir en algo muy elemental, pero muy cierto: «Ahora no se castiga ya a los ladrones». Esta visión del cambio era muy sincera, y muy real. Porque, ¿qué interés podía tener para esos humildes aldeanos el poder votar, de vez en cuando, una lista de candidatos desconocidos, de un partido político cuyos programas electorales no eran concretos, ni realistas, ni transparentes, o el poder disfrutar de una libertad de prensa que, en lo más aparente, sólo consistía en la irreverencia y la pornografía? Lo que ellos podían percibir más directamente —aparte otras cosas que se debían a razones económicas, como la carestía de la vida y la presión fiscal— era la impunidad de los delincuentes. Eso era lo que ellos veían de la nueva democracia.

Pero, ¿hay acaso alguna relación entre impunidad penal y democracia? ¿No es posible una justa represión penal en un régimen fundado en la igualdad? En mi opinión, el principio de igualdad esencial de la democracia —aunque se trate, en realidad, de una igualdad sólo en el placer— no es fácilmente compatible con la dura discriminación de los delincuentes. ¿Por qué discriminar entre el delincuente y su víctima? En efecto, la impunidad, aunque en algunas democracias no haya prevalecido tan declaradamente como en otras, me parece una consecuencia congruente con el principio de la igualdad.

Nos hallamos, pues, ante una evidente crisis del Derecho penal. No debe sorprendernos que, dentro de la crisis general del derecho que vive nuestro siglo, la disciplina penal no pueda sustraerse a ella. Pero, respecto a esta crisis especial de las penas, podemos ver más claramente su origen teológico, pues la causa primera de la pérdida de la noción de pena está en la pérdida de la noción de pecado; el pecado que, como recuerda San Pablo, tiene por precio la muerte. Porque, si no se peca contra Dios, ¿cómo se va a pecar contra los hombres?; y, si no se peca contra los hombres, ¿cómo puede justificarse la aflicción del castigo penal? Este es el final ruinoso al que nos ha llevado el pacifismo total, última meta del «progreso» demo-

crático que viene envileciendo a la sociedad hedonista de hoy, para la que el único mal es el dolor y toda pena es un dolor injustificable.

Así, pues, aunque el proceso de secularización se ha deslizado silenciosamente durante unos siglos, como si un orden moral ciudadano fuera posible en una sociedad atea, parece que hemos llegado, en las postrimerías de este siglo xx, a tocar ya el fondo de una previsible evidencia: de que la pérdida de la noción del pecado, denunciada ya muchas veces como ruinosa para la Humanidad, conduce irremisiblemente a la pérdida de la noción del delito y la pena, y a la más absoluta impunidad.