

La función represiva como derecho subjetivo del Estado

1).—*Planteamiento de la cuestión*

QUE el Estado ejerce, desde su aparición en la Historia, el poder de castigar, es una simple constatación de hecho. Lo que constituye el problema a dilucidar es, por qué ejerce ese poder, ya que en el estado actual de la cultura, no se vislumbra la posibilidad de un orden social sin un poder coercitivo que lo mantenga, ni menos cabe la suposición de que el crimen, que parece corresponder a la dualidad de que está impregnada la naturaleza —y que es además, una condición de la vida humana,— llegue a desaparecer.

A la atribución al Estado de la facultad punitiva, precede, en el orden lógico, el decidir si el castigo de los delitos es una necesidad, a que orden categorial corresponde y a que principio supremo se refiere. ¿Tiene la sociedad el derecho de castigar? Y si lo tiene, ¿cuál es su fundamento? Y si este es legítimo ¿cómo ha de ejercitarse?

Lógicamente el derecho, o mejor el deber de reprimir, es un *a priori*, una verdad intuitiva.

Las teorías penalísticas han intentado explicar la naturaleza de la penalidad y justificar el derecho de punir, y en esta impropia tarea han hallado a su paso el problema de la *responsabilidad moral* que “aparecerá siempre en el fondo de todos los problemas científicos, concernientes a las diversas formas de la humana actividad, y constituirá por lo mismo, un escollo para todas las teorías del Derecho Penal”.

El carácter y naturaleza de la pena depende del punto de vista en que el Estado se coloque al conminarla y organizarla.

Los criterios con que se ha abordado estos problemas, son múltiples. Las teorías utilitarias u objetivas ven en la represión una acción defensiva de la sociedad. Las doctrinas subjetivas o morales ven en el castigo de los malhechores una retribución ju-

rídica de su culpa. Otros estiman que la pena es la sanción del contrato tácito que sirve de base a las relaciones sociales, y no falta quien apoye el derecho de penar en un doble elemento: la justicia absoluta que legitima la represión, a base de la responsabilidad moral del hombre, y la necesidad de mantener el orden social, necesidad que es la base de la responsabilidad del individuo frente a los demás hombres. Todo esto es mera tautología; ninguna teoría dice por qué es el Estado el órgano de represión y por qué se le considera, en esa función, como *sujeto* del Derecho Penal.

2).—*Naturaleza de la función represiva*

La necesidad de reprimir al delincuente es una simple consecuencia del hecho de la convivencia humana, en cualquier forma de comunidad. Este *hecho es el último* al que alcanza la investigación histórica. Y es así una simple constatación sociológica.

Dado el hecho de la convivencia humana, la represión de toda acto que ataque las condiciones de su subsistencia, que lesione los intereses de los asociados, —produce una reacción espontánea, que instintivamente lleva la represalia del ofendido. La acción anti-social, repercute sobre el interés colectivo, en distintas formas; y esto explica cómo y por qué, la reacción instintiva del ofendido, viene seguida de la reacción colectiva; y es recogida por la autoridad del grupo, que asume el rol de vindicador de la ofensa individual y de la alarma social, efectos del acto reprobado.

La autoridad en sus formas primitivas, desempeña discrecionalmente el rol de vindicador de las ofensas de sus subordinados y de su grupo. La represión se hace función pública, exclusiva del Estado, y toma el carácter de institución jurídica cuando aquel asume, en un grado muy avanzado de cultura, el rol de representante de la sociedad, de órgano del derecho; o se erige en el sumo poder y, al fin, como la encarnación de la idea de justicia.

Pero el Estado, en estos distintos roles y en las diversas formas como se presenta en la historia, ha ejercido la función represora, ni con el mismo título ni con idéntico fin. Y las diversas teorías que antes hemos mencionado, no son sino los intentos de explicación y fundamentación, de las actitudes que el Estado ha tenido ante la criminalidad.

La dilucidación de la naturaleza y la fundamentación de la represión por el Estado, no puede hacerse, pues, sino dentro de un sistema de ideas preestablecido. Es un aspecto, un elemento, de una realidad histórica y conceptual, con la que, la realidad y el concepto del Estado, están en íntima conexión.

3).—*Condiciones de la represión.*

Dentro de la filosofía de la cultura, el Estado es la encarnación social de la aspiración humana hacia la justicia. De aquí su función específica de tutelar el derecho, en todas sus formas y manifestaciones.

El Estado, no es mero Poder, ni es todo el Poder: no es el centro de la totalidad de la cultura, sino el eje de la cultura jurídica; en el sentido de la suma de los valores jurídicos, que son del individuo, y que en él están, como sus creaciones, como uno de sus tesoros espirituales, como un fin y un medio de superación y perfeccionamiento.

Dentro de la totalidad de su misión, y como escudo y palanca que es de la cultura jurídica, el Estado, instituye, promueve y mantiene el orden jurídico; porque en ello está la razón de su *ser*, porque esa misión es su propia esencia, y descuidarla, deformarla o darle una dirección o un sentido distinto, de los que le son propios, sería negarse, destruirse, desautorizarse a sí mismo.

Y si la represión de los actos que atentan contra las condiciones de subsistencia y regularidad del orden jurídico, de que el Estado es centro material y espiritual, es una necesidad de aquella subsistencia y regularidad de la vida social, es obvio que corresponde al Estado, el asumirla y llevarla a cabo, eficaz y legítimamente.

La represión penal, supone pues, en el hecho y dialécticamente:

Un orden social jurídicamente constituido;

Un poder, dentro de este orden, que lo representa y lo mantiene; y

Una norma que delimite el campo de acción de los individuos a ella sometidos.

En tales condiciones el Derecho Penal está respaldado por el carácter coercitivo del deber jurídico. El Estado es el poder coercitivo del deber jurídico.

4).—*El Estado como titular del derecho de represión.*

Pero el Estado, como estado de derecho, está a su vez sometido a su norma propia; y al ejercitar el poder coercitivo, lo hace, o debe hacerlo, dentro de su norma propia. Por esto la función punitiva del Estado, se concibe como una relación jurídica entre él y los individuos. En esta relación el Estado es sujeto del *deber* jurídico de reprimir los hechos anti-sociales, declarados delitos por la ley, y debe hacerlo como ésta lo previene y lo quiere. El derecho correlativo al deber jurídico del Estado, es de todos los individuos a quienes el Estado debe protección, cuyos derechos esenciales están bajo la tutela jurídica. Frente al delincuente, el Estado está en el deber de reprimirlo y de corregirlo sólo en los casos y en la forma que la ley ha determinado.

En ningún caso aparece el deber de reprimir como un mero derecho subjetivo del Estado, frente a la obligación del delincuente de sufrir la pena que corresponde a su delito. Y esto se confirma si consideramos que la ley fundamental del Estado, no es propiamente normativa, sino *constitutiva*: no señala los modos de obrar del Estado y de sus órganos; sino les da vida, constituye su *ser* y con esto se agota.

Las leyes orgánicas secundarias y los Códigos son las verdaderas normas de la vida social; y es así como el Estado, como ser constituido por la ley fundametal, y los individuos, se conectan en relaciones jurídicas sujetas a normas específicas, según sea la naturaleza de las actividades que el Estado despliega en cada caso (actos civiles, actos administrativos, actos de represión, etc.). Y es, en la Ley Procesal, en la que se destaca el derecho subjetivo del Estado, como titular de la *acción* penal, mediante la que realiza la compulsión o fuerza coercitiva de la ley sustantiva criminal.

El derecho subjetivo del Estado, en el Derecho Penal, es un derecho de *acción*; y como tal no es nada esencial, sino meramente formal, y se explica como recurso técnico para la construcción del Proceso Penal, concebido como controversia o litigio, en el que debe haber quien acuse, quien defienda y quien juzgue. La sola consideración de que son órganos del Estado el funcionario acusador y el Juez o Tribunal que pronuncia la condena, hace ver que el atribuido derecho subjetivo del Estado, como base o fundamento de la penalidad, se implica con la doble función que asume en el proceso.

5).—*Carácter de la acción penal. Garantías de la ley penal.*

La acción penal, adquiere carácter impersonal, porque el delito sobrepasa los derechos personales, y hace por esto necesaria una voluntad superior impersonal, que se oponga a las individuales que atentan contra el orden jurídico; porque siendo éste necesario reclama, como su correlato, un orden imperativo de relaciones, "en el cual el derecho como facultad tiende constantemente a adecuarse al derecho como norma, y a realizarse como acción."

La acción penal que desenvuelve el Estado, tutelando el orden jurídico, asume el carácter de *defensa social*; porque el orden jurídico está constituido por un conjunto de valores y relaciones que no toleran menoscabo. La acción represora viene además justificada como una exigencia de la justicia retributiva, en sentido concreto: manteniendo al delincuente dentro del círculo de los eventos causados por su acción, lo somete a las consecuencias de su propio obrar. Al inflingirle la pena como consecuencia para él dolorosa, de su propia acción, realiza automáticamente una retribución del mal que sufriera la víctima. La pena es siempre algo más que un acto de simple defensa social. Las garantías de la ley penal, que limitan la acción represiva del Estado, no son meras garantías del delincuente como tal; no autorizan su beligerancia ante el Estado como titular de un derecho consagrado en esas limitaciones del poder que lo reprime. Son garantías impersonales y amparan a todos los individuos, interesados en que la represión no ataque o amengüe la personalidad humana, aun en el malhechor, que siempre es un hombre y que, como tal, es objeto de la imputación y de la pena. Son garantías del mismo orden jurídico, constituido por todos y para todos los miembros de la sociedad. Esta consideración destaca aún mas la antinomia que resulta, entre el derecho subjetivo del Estado y su obligación frente al criminal, de mantenerse dentro de la norma legal, en cuanto a la garantía de la penalidad. El sentido íntimo de las garantías penales, es el de necesidad o condición propia del orden jurídico, como orden superpersonal; y de que la sociedad exige que el Poder del Estado no se vuelva contra el individuo; ni tampoco sirva ningún otro interés que el del derecho.

6).—*Derecho subjetivo*

Todo derecho subjetivo es específico; responde a una necesidad, representa un interés correlativo a aquella necesidad. Es facultad jurídica, poder personal para la relación de una finalidad. Es título justificativo de las acciones mediante las que el hombre domina las cosas exteriores, directamente o con el concurso de la intervención de otro sujeto. Se traduce, se manifiesta, en acción, en actividad; o como requerimiento a la fuerza coercitiva, para que remueva los obstáculos que se oponen a la realización pacífica, de una pretensión legítima; o para que estimule y supla la inercia de las voluntades, obligadas por una relación jurídica.

El poder subjetivo del Estado, como sujeto eminente de la represión penal, sería la facultad de promover el castigo de los delincuentes, mediante la institución del magisterio penal, y la persecución y punición efectiva del malhechor en cada caso concreto. Y así aparece en efectivo en el derecho positivo que inviste al Estado de la facultad de constituir el magisterio penal, y de requerir la pronta y eficaz administración de la justicia. Y le reconoce, además, el poder de perseguir y de detener a los delincuentes, y de vigilar y administrar la ejecución de las penas.

Como facultad de uno de los poderes del Estado, frente al poder encargado de la aplicación de la ley penal, es explicable el derecho subjetivo. Pero éste no radica sólo en el Poder Ejecutivo, sino que corresponde al mismo poder judicial, que a su vez, puede requerir de aquel el auxilio necesario de los recursos y medios de que dispone, para la eficaz administración de la justicia penal.

7).—*Resumen.*

1o.—La represión, en el estado de derecho, u organización jurídica de la sociedad, es un elemento indispensable e insustituible del mismo orden social. Instituída empíricamente, en su origen, por intuición de su necesidad, se perfecciona en sus formas de ser y actuar racionalmente; sin que en ningún momento, requiera justificación teórica. Como realidad de la vida social se justifica por sí misma.

2o.—La consideración teórica del fenómeno jurídico de la represión, no puede conducir sino a darle significación dentro

del conjunto de las instituciones de un determinado orden jurídico.

3o.—Esta consideración nos presenta la represión como una actividad del Estado; suceptible de un encauzamiento teleológico, mediante normas. Esto expresa la posibilidad de que la actividad represiva, como actividad consciente del Estado, pueda orientarse, o ser orientada, hacia los valores supremos que atraen o arrastran toda obra racional.

4o.—Es con este fin de orientación racional que la acción represiva se hace objeto del Derecho Penal, como ciencia jurídica; y es por esto que investiga su naturaleza, trata de explicar su manera de producirse, y, por fin, le normaliza, vale decir, le fija los límites y le precisa los fines dentro de los que y hacia los cuales ha de ceñirse y tender para colaborar a la realización de la idea de la justicia.

5o.—Finalmente, se le caracteriza técnicamente en sus aspectos esenciales: como acto de defensa social (aspecto natural); como retribución del delito mediante la índole propia de la pena que lleva consigo inseparablemente, un menoscabo de derechos y un aumento de deberes; de proyectarse afflictivamente en el pasado (aspecto ético); como realización del derecho de punir por medio de la *acción penal* (aspecto teórico); como facultad de promover la eficaz aplicación de la ley penal, atribuida a los poderes del Estado; y en fin, como *fuerza*, en cuanto persigue y aprehende al delincuente, y hace efectiva la sanción (aspecto político).

En todos esos aspectos y momentos la acción punitiva se destaca como deber, como función, como fuerza, como potestad y como facultad. Sólo en el proceso penal, y esto como recurso técnico, puede vérsela como derecho subjetivo del Estado, para respaldar, la acción penal procesal, que da origen al proceso o juicio de responsabilidad, en que el Estado pone su pretensión, de alcanzar la aplicación de la pena como consecuencia jurídica del delito. El Estado no aparece aquí como poder soberano, o como producto histórico, sino como sujeto y objeto de sus normas; el derecho de reprimir resulta una pretensión del Estado regulada por la ley procesal.

Es esta pretensión del reconocimiento de un efecto jurídico atribuido por la ley a un acto humano, lo que ha hecho considerar el derecho de punir, como derecho subjetivo del Estado.

Lima, 1936.

A. Gustavo Cornejo.