

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DELITO Y LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DERECHO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los supuestos*. III. *La "antijuridicidad" del delito*. IV. *Las penas "privativas" de la libertad*.

I. INTRODUCCIÓN

Es propósito del presente trabajo formular algunas reflexiones sobre dos temas que, desde hace muchos años, han ocupado nuestra atención. Nos referimos al que atañe a la definición que, al nivel de la doctrina penal, se hace del delito, considerándolo como "antijurídico", y el que concierne al común y tradicional concepto de "penas privativas de la libertad".

Ambas reflexiones se sustentan en los sólidos aportes que brindan a la ciencia jurídica tanto la filosofía como la teoría general del derecho, temiendo en cuenta que sus principios sirven de fundamento y son de aplicación a todo el ordenamiento jurídico si se tiene en cuenta que éste es unitario. Son estos principios básicos, en la actualidad de aceptación general, los que nos servirán de básico apoyo en el curso de las reflexiones que son materia de este artículo.

En definitiva, y tal como intentaremos demostrarlo en las páginas siguientes, tales reflexiones nos han conducido a considerar que el delito es una expresión de "lo jurídico", por lo que no se le puede definir, contrariamente, como "antijurídico". Por lo demás, lo antijurídico no pertenece a la esfera del derecho, al campo de lo jurídico.

De otro lado, estimamos que sobre la base del conocimiento que hoy se tiene del ser humano, no es posible continuar refiriéndose a penas capaces de privar al hombre de la libertad, la que es inherente a su propia naturaleza. Las penas sólo pueden limitar o restringir el ejercicio mismo de la libertad.

Con las consideraciones contenidas en este trabajo sólo pretendemos que los penalistas más inquietos, que encuentren en estas líneas un motivo suficiente de reflexión, se replanteen los temas que sus-

citan nuestra propuesta, dejando para ello de lado, con mentalidad abierta y humanidad científica, tanto el tremendo peso que significa la tradición para el derecho como la docta opinión de consagrados penalistas que merecen nuestro mayor respeto y gratitud por sus valiosos aportes a la ciencia jurídica. Sus importantes consideraciones no nos pueden detener en el tiempo sin congelar el libre discurrir de nuestro pensamiento que está, o debe estar, siempre abierto a las sugerencias que provienen de la realidad o a los desarrollos de la filosofía o de la ciencia. Del mismo modo, ni la tradición ni el respeto que nos merecen las opiniones consagradas por el tiempo pueden impedir el meditado cuestionamiento de algunos de tales aportes, ya que el inexorable destino natural de la ciencia es progresar y transformarse como resultado de las solicitaciones de la realidad y los desarrollos de la creatividad propia de la imaginación y del pensamiento humano.

Nos sentiremos satisfechos, y estimaremos haber obtenido la finalidad propuesta al presentar esta ponencia, si las consideraciones que a continuación se exponen merecen la atención de los penalistas y motivan su inquietud para valorarlas, comprobarlas o desestimarlas.

II. LOS SUPUESTOS

1. *El ser libertad*

Estamos conscientes que de la validez de los supuestos jusfilosóficos y de la fidelidad que se sepa guardar con la realidad de la vida depende el acierto o desacierto de un planteamiento a nivel de la dogmática jurídica. Las construcciones conceptuales carentes de aquellas sólidas bases están expuestas, más tarde o más temprano, a su cuestionamiento y revisión para su debida adecuación a tales requerimientos. Por ello, todo serio planteamiento a nivel de la ciencia jurídica debe formularse cuidando que tales supuestos no admitan dudas de ningún género.

Para el efecto de fundamentar nuestras proposiciones partimos de la base de que todo lo que sucede en la vida se refleja en el derecho desde que éste es, primariamente, vida humana social. De esta afirmación se deriva, como lógica consecuencia, que para conocer el derecho es necesario conocer al ser humano. No por nada es el hombre el único ser que vivencia valores y el que crea las normas jurídicas. Esta visión del derecho, que se centra en la vida

humana y que nos acompaña desde casi medio siglo, va encontrando cada vez un mayor número de adeptos, en la medida en que los juristas, paulatinamente, se desprenden de los dogmas positivistas, atienden más a la realidad y a los supuestos filosóficos, al tiempo que desconfían de las meras construcciones conceptuales que no guardan sintonía con la realidad y los principios rectores del derecho. Por lo anterior nos causó gran alegría que en reciente trabajo, que data de 1994, una investigadora de la Universidad de Trieste concluyera un interesante trabajo sobre el daño existencial expresando con convicción que compartimos: es necesario un profundo cambio de mentalidad de parte de los hombres de derecho, "un cambio radical de perspectivas que obligue a profundos repensamientos acerca del rol del juez o, más generalmente, del jurista: ayer empeñado en revisar leyes y repertorios, hoy llamado a preguntarse, antes que nada, sobre qué cosa es el hombre".¹

Si nos atenemos a los aportes de la filosofía de la existencia, que florece en el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales que asolaron el mundo en el presente siglo XX, comprobables por lo demás a través de nuestra propia experiencia personal, el hombre es ontológicamente libertad, entendida ésta como capacidad de decisión creadora; justamente, lo que diferencia al hombre de los otros animales de su especie, es decir, de los mamíferos, no es sólo su racionalidad sino, fundamental y básicamente, su *ser libertad*. De ahí que actualmente, la clásica definición formulada por Boecio en el siglo VI, que ha pasado de generación en generación, se considere insuficiente para describir al ser humano. Para este filósofo, el hombre era sólo una "substancia indivisa de naturaleza racional", sin considerar que como sustento ontológico de ella, que pertenece a la esfera sicosomática, se encuentra el yo, que es libertad.

La libertad es la connatural capacidad de la decisión de que está dotado el ser humano, lo que lo distingue no sólo de los otros seres de la naturaleza sino también de los robots. Para el extraordinario filósofo hispano Xavier Zubiri, la libertad es "la situación ontológica de quien existe desde el ser",² mientras que el egregio Jean Paul Sartre, lúcido y agudo, expresa con la máxima claridad que la liber-

1 Ziviz, Patrizia, "Alla scoperta del danno esistenziale", *Contratto e impresa*, CEDAM, 1994, pp. 845-869.

2 Zubiri, Xavier, *Naturaleza, historia, Dios*, Buenos Aires, Editorial Poblet, 1948, p. 390.

tad "no es una cualidad sobrecargada o una propiedad de mi naturaleza, es muy exactamente la tela de mi ser".³

A nadie escapa que la libertad absoluta es un mito. Ella no se da en la experiencia humana. Por el contrario, la libertad se encuentra tremendamente condicionada tanto por nuestro propio mundo interior como por el ambiente en el cual nos desarrollamos, es decir, por las "cosas" y por los "otros". Este condicionamiento, que surge a partir del genoma humano, hace posible que muchos hombres pasen por la vida sin tener conciencia de su propia libertad, mientras que otros, como es normal, sólo la descubran en el instante en que se deben adoptar las más importantes decisiones a las que nos enfrenta nuestra existencia. Y estas ocasiones son escasas en el discurrir de la vida. Sin embargo, pese a todos los condicionamientos que agobian al ser humano, ello no niega su propia calidad ontológica de ser libre. Se es libre o no se es.

Durante años, al influjo del positivismo formalista, se sostenía, sin mayor análisis, que el esclavo no era persona pues carecía de libertad. A la altura de nuestro tiempo esta tesis ha quedado descartada, ya que el problema de la esclavitud no es un problema de libertad—que jamás la pierde el esclavo mientras vive— sino de restricción, más o menos intensa, en el ejercicio de esa libertad o, como también se puede sostener, en el ejercicio de los derechos subjetivos que como ser humano le deberían corresponder.

Por lo expuesto acerca de los condicionamientos a que está sujeta la libertad, es que en su obra *El concepto de la angustia* ese precursor filósofo de la mitad del siglo XIX que se llamó Sören Kierkegaard, al sostener que la libertad es el ser mismo del hombre, aclara a continuación, en expresión propia de su tiempo, que la libertad no es "el alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a rey a emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que él es hoy libertad".⁴ Casi un siglo después, ese fino pensador que fue Emmanuel Mounier sostiene, en el mismo sentido, que la libertad absoluta es un mito, ya que se encuentra limitada por las múltiples necesidades que la constriñen y por los valores que la urgen.⁵ A mayor abundamiento, el propio Sartre percibe, como es natural, que ser libre no significa "obtener

³ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Buenos Aires, Editorial Iberoamericana, 1977, p. 18.

⁴ Kierkegaard, Sören, *El concepto de la angustia*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1943, p. 118.

⁵ Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Buenos Aires, EUDEBA, 1962, p. 36.

lo que se quiera" sino "determinarse a querer (en su sentido amplio de elegir) por sí mismo".⁶

Podríamos concluir que, en mérito a lo anteriormente expuesto, cabe distinguir, teóricamente, la libertad ontológica que, en cuanto ser del hombre es capacidad de decidir creadoramente, del ejercicio de la libertad. El primer tramo de la libertad es el simple pero radical y subjetivo poder de decisión, mientras que su ejercicio supone su transformación en conductas, en comportamientos. Es decir, estamos en este caso frente a la aparición de la libertad en el mundo exterior. Es el instante de la fenomenalización de la libertad.

La libertad, como se ha puesto de manifiesto por los pensadores que en este siglo se han ocupado del tema, es indemostrable. Cada ser humano tiene o deja de tener una propia experiencia sobre su libertad. Cada persona descubre su libertad para elegir sus proyectos existenciales, para poder ser "ella misma" y no otra, o simplemente ignora su calidad ontológica radical. La libertad, por no ser exterior al hombre, se capta desde adentro y de raíz, mediante un movimiento de interiorización. Es descubrimiento de la libertad que somos, como está dicho, sólo es posible cuando nos encontramos en aquellos pocos instantes de la vida en los que se han de adoptar decisiones de trascendencia, que comprometen el futuro de la persona. En estos esquivos momentos el ser humano, como lo describen filósofos de la talla de Heidegger o Sartre, es presa de una "angustia existencial", que compromete todo el ser, y que surge frente a la responsabilidad de elegir, de tomar una importante decisión. La libertad, como acertadamente anota Mounier, "se vive, no se ve".⁷

Como síntesis de lo hasta aquí sucintamente expuesto cabe sostener que si la libertad constituye el ser mismo del hombre sólo se le puede privar de ella con la muerte del ser humano.

2. *La bidimensionalidad del ser humano*

El ser humano, sin dejar de ser unitario, tiene dos dimensiones. La primera está referida a su individualidad, a su singularidad existencial, a su originalidad, al ser idéntico a sí mismo. La segunda está dada por su calidad de ser social, por su coexistencialidad. En efecto, el ser humano, sin dejar de ser un individuo, que se pierde

6 Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, t. III, p. 82.

7 Mounier, Emmanuel, *op. cit.*, p. 35.

o se gana según expresión cara a Heidegger, es simultáneamente un ser social. Esta dimensión permite que el ser humano requiera indefectiblemente de los otros seres, con quienes constituye la sociedad, para realizar su vida. El ser humano hace su vida necesariamente con los "otros". Es inimaginable concebir un ser humano aislado, incomunicado, autosuficiente, encerrado exclusivamente sobre sí mismo, prescindiendo de los demás.

Es precisamente la dimensión coexistencial del ser humano la que interesa al derecho, en la medida en que éste, luego de una valoración de conductas humanas intersubjetivas, procede a su regulación normativa. El mundo de las conductas subjetivas es, en cambio, el propio de la moral, aunque el derecho deba asomarse a veces a él luego de la primera valoración de conductas humanas intersubjetivas.

En conclusión, lo social no es una calidad exterior al ser humano. Por el contrario, pertenece a su estructura ontológica. El que el ser humano sea social permite que, en comunión con los demás seres humanos, constituya la sociedad. Sociedad que son todos y cada uno de sus integrantes.

Es comprensible, luego de la exposición que antecede, que el derecho participe de la estructura humana en cuanto ésta es social. El derecho, en cuanto regulación valiosa de conductas humanas intersubjetivas, es una exigencia existencial. Es inconcebible la vida humana social sin normas valiosas reguladora de la intersubjetividad que en ella se presenta.

III. LA "ANTI JURIDICIDAD" DEL DELITO

1. *La tridimensionalidad del derecho*

Muchos de los desenfoques que ha padecido y sigue padeciendo la ciencia jurídica se deben, en gran medida, a las visiones fragmentarias que de ella han hecho los juristas a través de los tiempos. Nos referimos al jusnaturalismo, al formalismo y al sociologismo jurídicos. El jusnaturalismo, como es sabido, pretende reducir el derecho a una mera especulación sobre los valores, mientras que el formalismo lo presenta tan sólo como una construcción conceptual-normativa. El sociologismo, a su vez, lo muestra como pura vida humana social. Cada una de estas tradicionales escuelas nos ofrece una visión limi-

tada, parcial, de lo que es el derecho. Ninguna de ellas nos brinda una respuesta global a la interrogante sobre lo que es el derecho.

En la década de los años cuarenta surgió simultáneamente en el Brasil y en el Perú una nueva concepción del derecho que intentaba superar las visiones parciales que nos proponen tanto el jusnaturalismo como el formalismo y el sociologismo jurídicos. Se trata del tridimensionalismo jurídico, que nos plantea una explicación global, totalizante, de lo que es el derecho al considerarlo como la interacción dinámica de tres objetos heterogéneos como son las conductas humanas intersubjetivas, los valores y las normas jurídicas. Para el tridimensionalismo el derecho no se reduce a ninguno de tales tres objetos, aunque a su vez, estima que ninguno de ellos puede faltar para la captación completa del concepto "derecho".

La interacción dinámica de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas hace posible el surgimiento del concepto "derecho", para cuya aparición no puede faltar ninguno de tales objetivos no obstante que, como está dicho, ninguno de ellos, por sí mismo, es "derecho". Sólo una visión tridimensional del derecho nos permite captarlo en su totalidad, como una unidad conceptual.

Alguna vez, en el aula de clase, hemos ensayado, con sus propias limitaciones, un ejemplo para que ciertos alumnos, que no tenían claro el concepto, comprendieran en qué consiste la "interacción dinámica" de dos o más objetos heterogéneos. Proponíamos el caso del motor que en su origen se reduce, en estado estático, a una yuxtaposición de piezas, colocadas unas al lado de otras sin sentido alguno para la vida humana. Recién cuando ese conjunto de piezas entra en interacción dinámica podemos decir que estamos realmente frente al concepto "motor", el mismo que se convierte en un objeto valioso, útil, con sentido para la vida del hombre. Antes de la interacción dinámica de esa pluralidad de piezas yuxtapuestas no podíamos, realmente, aludir al concepto "motor". Se trataba sólo de eso: un conjunto estático de piezas colocada unas al lado de otras.

La interacción dinámica se produce en el hombre, desde su creación, de manera natural tratándose del derecho. Ello, en cuanto el ser humano es el único ser capaz de vivenciar valores y de crear conceptos. El hombre sensibiliza y vive los valores y, a la vez, es creador de la normatividad jurídica. El ser humano es así, al mismo tiempo, el creador y el protagonista del derecho.

2. *Las normas humanas intersubjetivas*

Si bien, como lo hemos expresado en precedencia, para la constitución del concepto "derecho" se requiere de la simultánea y dinámica presencia de tres objetos, como son las conductas humanas intersubjetivas, los valores y las normas jurídicas, también es cierto que la conducta humana intersubjetiva es el elemento primario en cuanto el derecho sólo tiene sentido para la vida humana. Sin vida humana no hay valores, en tanto éstos son "en" y "para" la vida humana, así como tampoco se requerirían de normas jurídicas ya que éstas aparecen a raíz de una exigencia existencial del ser humano en cuanto ser social.

Para graficar esta primacía de la conducta humana sobre valores y normas alguna vez, también, la hemos ilustrado con un ejemplo. Se trata del caso de Caín, que da muerte a Abel. Luego de la realización o presencia de dos conductas interferidas, como las de Abel y Caín, podemos valorar el acto, considerarlo justo o injusto para, a continuación, recurrir al ordenamiento jurídico normativo con el fin de determinar si es lícito o ilícito. La licitud o ilicitud está dada por el ordenamiento jurídico, mientras que la apreciación axiológica corresponde exclusivamente a una vivencia del ser humano que luego se vuelca en la normatividad. Frente a la conducta de Caín en relación con la de Abel juzgamos que se trata de un acto injusto. Al acudir al ordenamiento jurídico encontramos que se ha violado un derecho subjetivo fundamental como es el de la vida. Que esta violación comporta un acto ilícito, tanto civil como penal, que en lo civil da origen a una reparación pecuniaria mientras que en lo penal el acto está tipificado como homicidio y merece una pena limitativa o restrictiva del ejercicio de la libertad.

Hasta no hace mucho tiempo se concebía que sólo eran conductas jurídicas aquellas a las que expresamente se referían las normas jurídicas de un determinado ordenamiento. Esta concepción ha sido superada en tanto se ha demostrado que toda y cualquiera conducta humana intersubjetiva es jurídica, sea o no contenido de una expresa norma jurídica. Es imposible imaginar que todas las conductas humanas, sin excepción, puedan estar contempladas por el ordenamiento jurídico. Precisamente, por ser el hombre ontológicamente libre, es del todo impredecible. Ello impide registrar normativamente todos sus posibles comportamientos, lo que no significa, en ningún caso, que estas conductas humanas intersubjetivas permanezcan al margen de lo jurídico.

La pretensión de reducir la calidad de conductas "jurídicas" a sólo aquellas expresamente mentadas por la normatividad, es una desviación conceptual que tiene su origen en una visión positivista del derecho, dentro de la cual se privilegia y reduce el derecho a la mera normatividad, por lo que aquellas conductas que no están taxativamente reguladas por el ordenamiento son ajenas al derecho. Constituyen lo que Kelsen alude con el vocablo de "metajurídico", es decir, lo que se encuentra más allá del derecho.

En la actualidad se considera que todas las conductas humanas intersubjetivas son jurídicas, en la medida en que ellas pueden estar permitidas o prohibidas sin necesidad de que para esta calificación estén o no contenidas en norma jurídica expresa. Hoy nadie discute el principio por el cual el juez está obligado a administrar derecho con o sin norma jurídica que resuelva expresamente el caso sometido a su conocimiento. En esta situación se recurre a otra u otras fuentes del derecho o a sus principios generales. Y, en última instancia, es de aplicación el axioma jurídico por el cual "lo que no está prohibido está permitido, salvo que sea contrario al orden público o a la moral".

De conformidad con lo enunciado en el párrafo precedente podemos aseverar que toda o cualquier conducta humana intersubjetiva puede catalogarse como permitida o prohibida por el derecho. Así, saludar a un amigo en la calle es tan jurídico como comprar un inmueble o cometer un homicidio. En efecto, nadie puede impedir que salude a un amigo en tal circunstancia ya que no existe norma jurídica expresa que me lo prohíba, por lo que es de aplicación el axioma jurídico antes mencionado, considerando, además, que saludar a un amigo no es un acto contrario a la moral o al orden público.

Para disipar cualquier duda que pudiera surgir sobre el particular tenemos la expresiva norma jurídica contenida en el artículo tercero de la Constitución peruana de 1993, que prescribe que son derechos de la persona no sólo los contenidos en el ordenamiento jurídico positivo sino todos aquellos que deriven de su propia dignidad. Así, en caso de producirse la situación prevista en dicho numeral, el juez debe valorar el caso y aplicar los principios generales del derecho o el axioma jurídico al que hemos hecho referencia. No es necesario, por consiguiente, que la conducta humana interferida, para ser jurídica, esté contenido en norma jurídica expresa.

3. *Lo jurídico y lo antijurídico*

Como bien expresa Galgano,⁸ la palabra *directum* —en vulgar “derecho”— aparece como por encanto en la historia, sale de la neblina del tiempo, sin que nadie pueda explicar por qué razón sustituye o asume, con frecuencia, al *jus* de los romanos que, no obstante el ignoto surgimiento de la expresión “derecho”, no desaparece sino que sobrevive en múltiples vocablos de raigal importancia, como “justicia”, “jurisprudencia”, “jurista”, “juez”, “jurisdicción”, “judicatura”, “justiciable”.

Perdida en la bruma de la Edad Media la razón o motivo de este extraño cambio, podemos decir que ello, como acota el propio Galgano, constituye hasta ahora un misterio. Sin embargo, está claro que, aunque para algunos se trate de una mera suposición, la expresión “derecho” tomó el puesto de *jus* y significa la misma cosa. De ahí que en el mundo contemporáneo, por ejemplo, conviven las facultades de derecho al lado de aquellas otras que mantienen la tradicional designación de facultades de jurisprudencia, como ocurre en la Italia de nuestros días.

Como corolario de lo dicho es posible aseverar, por consiguiente, que la expresión “jurídico” tiene los mismos alcances conceptuales que “derecho”. Ambas expresiones aluden al mismo objeto y a la misma disciplina. Es decir, tanto una como otra se refieren a lo mismo, por lo que resultan o deben entenderse como equivalentes.

Según el Diccionario de la Real Academia, el vocablo “jurídico” significa “lo que atañe al derecho, o se ajusta a él. De donde se corrobora que lo jurídico es lo atinente al derecho. De ahí que, como está dicho, los juristas utilicemos indistintamente ambas expresiones, dándole el carácter de equivalentes, para referirnos al mismo objeto y a la misma disciplina.

Hecho el deslinde que antecede y frente la concepción que venimos exponiendo a lo largo de estas páginas, cabe preguntarse: ¿si toda la conducta humana es jurídica, como se ha demostrado, cuál es la conducta designada como “antijurídica”?

Desde la vertiente la teoría del derecho, y en atención a los argumentos puestos de manifiesto con anterioridad, al ser jurídica toda la conducta humana intersubjetiva debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de “antijurídica” para calificar a determi-

⁸ Galgano, Francesco, *Il rovescio del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 3.

nada conducta humana intersubjetiva. En definitiva, deberíamos eliminar esta expresión del léxico jurídico, ya que no existe objeto alguno en el mundo del derecho que responda a este vocablo. Existe lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido, lo lícito y lo ilícito.

4. Las "maneras de ser" del derecho

Las normas jurídicas, que hacen referencia a las conductas humanas intersubjetivas, las catalogan genéricamente o como permitidas o como prohibidas. Ésta es la más amplia y primigenia apreciación jurídica de las conductas humanas intersubjetivas. Las conductas prohibidas son, por consiguiente, tan jurídicas como aquellas permitidas. Ambas pertenecen al mundo del derecho, de lo jurídico. No obstante, es posible descubrir dentro de este dúplice grupo de conductas humanas intersubjetivas, cuatro "maneras de ser" del derecho.

En efecto, una norma jurídica completa contiene hasta cuatro maneras de ser del derecho. Nos referimos a la facultad o derecho subjetivo, al deber, al incumplimiento del deber o entuerto y a la sanción. Todas y cada una de estas maneras de ser son jurídicas, pertenecen al ámbito del derecho. Lo que ocurre es que, al recurrir al ordenamiento jurídico, podemos distinguir dentro de ellas las calificadas como lícitas de las ilícitas. Es tan jurídico cumplir con el propio deber como incumplir con él o, en esta última hipótesis, merecer una sanción, ya fuere civil o penal o ambas. No obstante, es lícito, de acuerdo con la normatividad vigente en un país determinado, ejercer un derecho subjetivo o facultad o cumplir con el propio deber, mientras que es ilícito el incumplir con dicho deber. Ello no significa que los primeros sólo sean jurídicos y que el último sea "antijurídico". Lo "antijurídico", en consecuencia, no es una categoría del derecho, de lo jurídico. Lo "antijurídico" pretende designar aquello que jurídicamente está prohibido y que es ilícito según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico positivo.

IV. LAS PENAS "PRIVATIVAS" DE LA LIBERTAD

A nivel de la ciencia y de la codificación penal está generalizado el empleo de la expresión penas "privativas" de la libertad para hacer referencia a la reclusión penitenciaria o rehabilitadora. Consideramos que a la luz de los aportes tanto de la filosofía como de la teoría

del derecho, a los cuales se ha hecho referencia a lo largo de estas páginas a manera de "supuestos", es posible distinguir la libertad, que ontológicamente es el ser mismo del hombre, y por lo tanto eliminable sólo con la muerte del ser humano, del ejercicio de esta libertad a través de su fenomenalización, es decir, mediante su aparición en el mundo exterior como conductas intersubjetivas.

La libertad ontológica, en cuanto ser mismo del hombre, no se puede privar mediante cualquier tipo de reclusión en un establecimiento rehabilitador. En esta triste circunstancia, el recluso no pierde su libertad, no se le priva de la misma, sino que tan sólo se le limita o restringe severamente su ejercicio. Si bien no podrá deambular por las calles o hacer vida familiar o concurrir a espectáculos, el recluso es libre de pensar, de imaginar, de proyectar subjetivamente y hasta de ejercer su libertad dentro de las limitaciones propias de su estado de reclusión.

En los años cincuenta, la dictadura imperante en mi país nos ofreció por razones políticas, sin imaginarlo y menos pretenderlo, el que personalmente pudiéramos experimentar cómo vive un recluso y cuál es la capacidad de ejercicio de la libertad que disfruta en este penoso estado. Podemos decir, aunque suene a paradoja, que en esos días comprendimos, con toda lucidez, que éramos un ser libre. No dejamos de serlo por estar reclusos. Podíamos, así, imaginar, pensar, leer, escribir, jugar cartas, conversar, sentarnos, pararnos, caminar unos pasos, acostarnos, rezar, cantar.

Descubrimos, de otro lado, que se nos había estrechado de manera notable nuestra libertad de ejercicio. Eran muchos y muy diversos los actos que no podíamos ejercer al estar reclusos en una celda. Pero esta pérdida ostensible en el ejercicio de nuestra libertad, en múltiples campos de acción no afectó nuestra libertad radical, nuestro propio ser. No dejamos ser el que somos.

Comprendimos que era inexacto, por no adecuarse a la realidad, hacer referencia, a nivel del derecho penal, a las llamadas penas "privativas" de la libertad, y que era correcto, en cambio, por sintonizar con la verdad de la vida, designarlas como penas "limitativas" o "restrictivas" de la libertad. Es decir, que nuestras decisiones libres no podían transformarse en actos de conducta humana intersubjetiva. El ejercicio de nuestra libertad se hallaba tremendamente limitado, aunque ello no significaba que se nos hubiese "privado" de nuestra libertad radical.

Si alguna duda o confusión pudimos haber tenido en torno al asunto tratado antes de los años cincuenta, ellas quedaron disipadas

luego de nuestra experiencia personal. Aún más. Los días transcurridos en tan severa inactividad nos permitieron leer con parsimonia y pasión algunos libros que nos signaron, y pudimos, sobre la base de las sugerencias que de ellas se desprendieron, reflexionar con quietud y atrevernos, precisamente, a descifrar el misterio del ser del derecho. De esos hermosos días de forzado encierro y de meditación surgieron las líneas maestras para escribir la tesis que dio origen a la concepción tridimensional de lo jurídico y a la cual nominamos —como no podía ser de otra manera— *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, y que benévolos editores rescataron de los anaqueles de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos para publicarla, con dos estudios introductorios, bajo el título de *El derecho como libertad*.

En las páginas de aquel libro de juventud se encuentran los supuestos de los cuales se derivan las reflexiones y las sugerencias que son materia de estas páginas escritas con modestia pero con convicción. Páginas que pretenden tan sólo plantear a los penalistas, de calidad humana y científica, algunos cuestionamientos a los que hemos llegado a partir de la teoría de derecho.

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO