

«Y LLEGARÁN A SER VIRTUOSOS»

LEY JURÍDICA POSITIVA PENAL Y EDUCACIÓN¹

«Pero hay algunos protervos, propensos al vicio, que no se conmueven fácilmente con las palabras; a éstos es necesario apartarlos del mal mediante la fuerza o el temor; así, desistiendo al menos de hacer el mal, dejarán tranquila la vida de los demás; y, finalmente, ellos mismos, por la costumbre, vendrán a hacer voluntariamente lo que en un principio hacían por miedo, y llegarán a ser virtuosos. Pues esta disciplina que constriñe por el temor al castigo es la disciplina de las leyes».

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summ. theol.* I-II q. 95 a. 1c.

1. EDUCACIÓN. VIRTUD. DERECHO POSITIVO

Educación: Recordemos que para nuestro patrono educar significa llevar a un hombre desde el estado imperfecto al estado de perfecto, esto es a la virtud. Su discípulo nuestro recordado Francisco Ruiz Sánchez da tres definiciones de educación, según se miren las cosas en el agente, en el resultado al que la educación tiende, o en el proceso. Demos esta última:

«El proceso o movimiento interior del hombre que resulta del encuentro entre el falible dinamismo autoconductor de la naturaleza humana y los auxilios deliberadamente perfectivos que inciden sobre ella, para lograr su plenitud dinámica, esto es, la aptitud adquirida y estable para ordenarse, libre y rectamente, en su interioridad y en su conducta, hacia los bienes individuales y comunes, naturales y sobrenaturales que perfeccionan aquella naturaleza»².

¹ Ponencia del autor a la XXV Semana Tomista Argentina, celebrada en Buenos Aires del 25 al 29 de septiembre de 2000 bajo el título *Santo Tomás y la educación frente al Tercer Milenio*.

² F. RUIZ SÁNCHEZ, *Fundamento y fines de la educación* (Mendoza: Instituto de Ciencias de la Educación. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional de Cuyo, 1978), p. 25.

Tenemos, pues, un *movimiento* que se produce *gracias a la naturaleza*, dice Ruiz Sánchez, por una parte (y formalmente al *educando*, muchas veces, añadimos), y por otra a los *auxilios externos* —subrayemos «auxilios externos»— al educando. Y su *fin* es una perfección o una plenitud. Pero no estática, sino *dinámica*, en cuanto es algo que potencia para, a su vez, alcanzar la plenitud de esa naturaleza, lo cual se produce por actos que emanan de un agente libre. En definitiva, apunta a las *virtudes*.

Ley-Bien común político-Virtud: Ahora bien, la ley tiene por fin el *bien común político*. Y éste, si bien no se reduce a la *virtud*, tiene en ella su núcleo principal. Por donde el enlace del subtítulo que viene:

Educación-Virtud-Ley: Al conectar educación-virtud, pero por otra parte, ley-bien común-virtud, aparece una oposición a la cultura hegemónica, que mira con maniqueísmo la ley, las instituciones, el Estado, como «cosas» que «cercenan» lo que sería «el principio por antonomasia valioso», la libertad de coacción externa. El Estado no estará, entonces, al servicio del bien común político (pase la expresión) «totohumanamente» entendido, sino para proteger los derechos humanos o naturales de cada uno entendidos en sentido egoísta, o para crear las meras condiciones al desarrollo de su propio proyecto de vida. Quizá con el ingrediente *igualitarista*: asegurar el igual disfrute por parte de todas esas potencias átomas que son los individuos: Lo justo será reducido entonces, so pena de «paternalismo»³, a asegurar la libertad y «la igualdad de oportunidades»⁴. El resultado es ver a aquéllos como algo que de suyo no está a la altura de cosas tan excelsas como la educación⁵.

2. EL PROBLEMA: DE LA REPETICIÓN A LA VIRTUD

Una interpretación burda del paso tomista que nos congrega diría más o menos así: 174Muy fácil: A fuerza de palos los hombres se acostumbran a obrar de determinada manera, y al final se hacen virtuosos». ¿Puede sostenerse esto?

Explicación de Pinckaers: El eminente teólogo moralista Servais Pinckaers se plantea muy bien el problema:

«Si se quiere, pues, definir la virtud por la noción de costumbre, se llega a este resultado paradójico: la virtud se convierte en un factor de automatización de la acción humana y disminuye, por tanto, su tonalidad moral; lejos de contribuir a aumentar el valor humano de la acción, lo aminora en la medida misma en que entra en juego. En tanto que, al pare-

³ Santo Tomás y nuestra tradición histórica gustaban ver una analogía muy próxima entre el padre y el gobernante.

⁴ Por supuesto que esto es la teoría: en la práctica nadie es «abstencionista» en serio, ni neutral. El liberalismo histórico ha sido y es, por ejemplo, superestatista en educación.

⁵ En la misma línea, hay una visión del derecho reductiva a ciertas cosas materiales, a lo económico, a hacer sufrir males (penas) a la gente, a los problemas que se suscitan después de los incumplimientos, a la exterioridad, a la aplicación de la fuerza, todas cosas difícilmente puestas en relación con la más alta excelencia humana.

cer de la filosofía antigua y de la teología, la virtud hacía al hombre bueno y a su acción humanamente perfecta, la virtud, definida como costumbre, parece que tiene que hacer al hombre un puro autómeta y destruir el valor propio de su actividad»⁶.

No puede ser. Pinckaers explica muy bien que la virtud no consiste en la repetición de actos exteriores⁷, sino de actos interiores; en cierta creación; en la excelencia mayor del hombre; y que se adquiere mediante la educación⁸.

Pero, entonces, ¿cómo se pasa de la repetición de actos realizados por temor, a la virtud? Pinckaers cumple con lo suyo pero nos queda el problema pendiente y de algún modo agravado: Admitido que la virtud no consiste en la repetición de actos exteriores —peor todavía—, ¿cómo lograr con los medios políticos y en especial con la ley jurídica penal, signada por la exterioridad, lograr eso tan íntimo al hombre que es la virtud?

Ensayo de explicación: Podría ser ésta: 1) La unidad profunda del hombre hace que la distinción de actos interiores y actos exteriores sólo sea la separación de algo que está muy unido⁹.- 2) En definitiva, como «la ausencia de mal tiene razón de bien»¹⁰, y el bien sensible mueve al concupiscible y éste a la voluntad¹¹; ésta es movida a aquello a que el temor a un mal que la autoridad mande ordene rehuir.- 3) Tenemos tendencia¹² a la unidad en la conducta, o (unidad) de lo interno con el actuar exterior, como que rechazamos con naturalidad el obrar hipócrita que a esto se opone.- 4) Pero, además, y a favor de la conformidad del acto exterior, que se pone por obra de la amenaza de las penas (inducido «por las malas» de la ley y los medios que moviliza), con el acto interior, no hay que olvidar que la virtud es bella, es buena es como un cierto «imán» que atrae. La actitud de acatamiento exterior a la ley y realización exterior de los actos rectos pone en el umbral, de acompañar esos actos desde adentro, pues el temor de las penas ha removido un obstáculo importante.

3. ALGO SOBRE CÓMO OBRA LA LEY JURÍDICA POSITIVA PENAL

Volvamos al paso tomista reduciendo lo que dice de la ley a la ley jurídica positiva *penal*, que amenaza y castiga por actos malos cumplidos aplicando una pena.

⁶ S. PINCKAERS, *Le renouveau de la morale*, trad. de P. Recuenco (Madrid: Verbo Divino, 1971), p. 226.

⁷ Una prueba que da es que muchas veces la virtud consiste en la realización de actos exteriores perfectamente opuestos: así en la fortaleza atacar o retroceder. A veces avanzar, a veces retroceder. Siempre someter los temores al imperio de la recta razón. Siempre, atacando o retrocediendo, el amor al bien.

⁸ Cfr. S. PINCKAERS, *op. cit.*, pp. 227-246

⁹ Por eso a veces nos parece que tanta separación entre actos interiores y exteriores y de pasos o momentos del acto humano, con actos de la inteligencia y actos de la voluntad y la secuencia entre los mismos, puede dar una idea errónea de la verdadera realidad del acto humano que es y tal cual es. En unidad.

¹⁰ SANTO TOMÁS, *Summ. theol.* I-II q. 8 a. 1 ad 3um.

¹¹ Cfr. *ibid.*, a. 7c. La concupiscencia mueve precisamente la voluntad a desear el objeto de tal concupiscencia. O a evitar lo que la contraría.

¹² Tendemos con una inclinación que lo son en conflicto con otros «tenderes» o «inclinaciones».

Nuestro patrono vendría a decir aproximadamente que «hay hombres buenos», para los que bastan los consejos paternos, y «hay malos hombres», para los cuales es necesaria la ley. Lo que no hay que entender como si unos naciesen buenos y para los irremisiblemente nacidos malos rija el derecho penal, o si hubiere familias educativamente soberanas. La virtud es (casi) siempre fruto de un «trabajo disciplinar», que producen todos los agentes o factores educativos. En moral no hay (en general), niños precoces. Los grandes santos se producen (en general) por la influencia de educadores que a su vez han sido influenciados muchas veces por un «clima moral» producido por el ambiente social y estatal, entre otros medios mediante la ley jurídica positiva penal. En todas las sociedades del mundo el poder político ha subrayado bien (o indicado erróneamente), conminando y aplicando penas, lo que está bien o lo que está mal. Sobre todo en la Cristiandad, cuando regía substancialmente el buen orden social y se publicitaban y aplicaban *las penas* por los delitos y se decía por cuáles, al revés de hoy en que se publicita el delito. Sin desdeñar la doctrina de la competencia insustituible de la familia educadora, ella sólo puede cumplirla en un ámbito de seguridad y paz y justicia práctica que brinda el Estado. El mal Estado no se puede sustituir con buena familia ignorando la socialidad y politicidad de todos los hombres (no sólo de los «malos») y la socialidad-politicidad de la familia diciendo: «Mejor, ya que el Estado es un mal, que nos deje educar a nuestros hijos». Pero, dígame buen señor, ¿alguien puede concebir un Estado que no influya siempre, para bien o para mal, entre otras cosas con su legislación y su sistema penal y con todos los medios a su alcance, produciendo un modelo u otro de ciudadano? Es una soncera el abstencionismo estatal, o el Estado laicista «neutral».

Un autor penalista argentino que ha viajado a Europa para explicar la condena a los militares argentinos como un modelo de acto justo escribió:

«Toda norma que prohíbe una conducta supone la afirmación de un valor. Si la prohibición es reforzada con la amenaza de una pena, se entiende que ese valor es especialmente importante para la sociedad»¹³.

La acción educativa penal en los valores, lo mismo que en este texto «penal»:

«[...] Amplios sectores de la opinión pública justifican algunos atentados contra la vida en nombre de los derechos de la libertad, y sobre este presupuesto pretenden *no sólo la impunidad*, sino incluso *la autorización por parte del Estado*, con el fin de practicarlos con absoluta libertad y además con la intervención gratuita de las estructuras sanitarias [...] El

¹³ M. SONCINETI, «Análisis crítico del juicio a los ex comandantes»: *Doctrina Penal* 10 (1987) 59; cita en pp. 66-67. Sigue el texto: «Las normas que reprimen el asesinato, la privación de libertad, las torturas, declaran, en verdad, que la vida, la libertad, la dignidad humana, valen, es decir, constituyen bienes, valores, por los cuales la sociedad está especialmente comprometida [...] Lo que sucede es que no sólo es indemostrable [*sic*] —en este caso, como en cualquier otro— que, con la aplicación de la pena, se llegue a lograr efectivamente una mayor disuasión futura, sino, también absolutamente prescindible para justificar moralmente el castigo».

hecho de que las legislaciones de muchos países, alejándose tal vez de los mismos principios fundamentales de sus constituciones, hayan consentido *no penar* o incluso *reconocer la plena legitimidad* de estas prácticas contra la vida es, al mismo tiempo, un síntoma preocupante y causa no marginal de un grave deterioro moral [...] No menos grave e inquietante es el hecho de que a *la conciencia misma, casi oscurecida por condicionamientos tan grandes, le cuesta cada vez más percibir la distinción entre el bien y el mal* en lo referente al valor fundamental mismo de la vida humana»¹⁴.

La madre Teresa de Calcuta señalaba:

«El país que acepta el aborto no está enseñando a su pueblo a amar sino a aplicar la violencia para conseguir lo que se quiere»¹⁵.

Se trata, pues, de la educación en los valores que, a través del sistema penal, practica el Estado *respecto de todos sus integrantes*. A través de un sistema jurídico que no sólo trata de que algunos marginales «protervos» que no pueden ser educados por su familia, reciban su merecido y reciban una seria invitación a enmendarse y mejorar; no sólo evita así que sigan molestando; no sólo formula una advertencia a todo el que se sienta tentado de obrar el mal, sino que también pone como en un telón de fondo cuál es, en caracteres gruesos, la verdad del obrar práctico. Es una incitación a practicar el bien; es una incitación a los que obran bien ratificando su camino. Un aliento a los constructores del bien a exigir más. Casi todos somos influenciados de una manera o de otra por leyes penales que reprimen conductas que quizá aún sin ellas no haríamos. Sobre casi todos nosotros obra la «vía del temor», que no es un mundo distinto de la «vía del amor». Obra sobre todas las familias. Y hasta obra sobre la educación que da la Iglesia. Puedo indicar alguna experiencia confirmatoria de estas afirmaciones con la aplicación de tres leyes, la del divorcio vincular, la de la tenencia de drogas para consumo personal y la del aborto. Me limitaré a lo primero.

Los efectos constatables de la ley de divorcio vincular entre nosotros son, además del aumento de los divorcios y luego el decrecimiento de los matrimonios (verdaderos e indisolubles o los tenidos por tales)¹⁶, la imposición a todos los hombres de un lenguaje sobre lo que es matrimonio, sobre lo que significa «marido» y «mujer», que nos afecta a todos. Tanto que impide en las parroquias la adecuada enseñanza de la catequesis cristiana sobre la familia y sobre el sexto mandamiento. ¿Cómo va a enseñar Ud. eficazmente que es pecado mortal y gravísimo la fornicación a chicos cuyos padres viven en estado público de pecado, pero los cuales en cuanto puedan captar el asunto invocarán en su favor la ley jurídica positiva

¹⁴ JUAN PABLO II, *Evangelium vitae*, n. 56.

¹⁵ Discurso ante el Presidente Clinton (4.2.1994) en el desayuno anual de oración convocado por el Congreso de los Estados Unidos. Texto completo en AA.VV, *Valor de la Vida: Cultura de la Muerte*, 2a. ed. (Santa Fe de la Vera Cruz: Centro Tomista del Litoral Argentino, 1998), p. 233, cita en p. 235.

¹⁶ Cfr. J. SCALA, «Sociología de diez años de divorcio en Argentina», en AA.VV, *Doce años de divorcio en la Argentina* (Buenos Aires: EDUCA, 1999), p. 119.

injusta del Estado, y si llega el caso, podrán invocar los principios de igualdad pretendidamente constitucionales para denunciarlo ante los tribunales por discriminación? El ejemplo no era de derecho penal pero, en definitiva, acabó en serlo, como que se puede sostener con alta probabilidad esta tesis: todo sistema de pensamiento político-jurídico tiende a construir un sistema penal para protegerlo. Un sistema de fuerza y de pensamiento y un lenguaje a su servicio. Y, si nadie se escandaliza, todo sistema político-jurídico tiende a poner su propia inquisición.

4. CRISIS DEL DERECHO PENAL

Para finalizar deseo señalar la profunda crisis de convicciones que afecta al pensamiento penal, al extremo de que se ha hablado de un «nihilismo penal», preparado el camino por un «minimalismo penal», y antes, por el garantointividualismo que, so pretexto de la defensa de los derechos del hombre y de las «garantías», termina garantizando la impunidad a los delincuentes y el envilecimiento de la sociedad¹⁷.

Esta crisis tiene mojonos ideológicos detectables. No es por acaso que se haya llegado a esto. No en vano una de las expresiones más típicas hoy de esa línea de pensamiento acude reflexivamente a Hobbes y rechaza a Aristóteles para justificarse, como sucede en el pensamiento de Ferrajoli y el de su prologuista Bobbio¹⁸.

La crisis de las convicciones sobre la bondad moral y educativa del derecho y del derecho penal también tiene rigurosa vigencia en los medios cristianos. Porque allí no se termina de advertir que la lucha contra el divorcio, allí donde se planteó no fue en la temática propiamente «moral», ni en la problemática «teológica», sino en la *legal*. Y lo mismo se plantea en la temática restante de la bioética en general, en el aborto y la salud reproductiva. El adversario del cristianismo quiere (la tiene) la ley del divorcio. El enemigo quiere *la ley* que deje impune el aborto. Quería (en parte la tiene y en parte la tendrá) la ley de «salud reproductiva».

¹⁷ Sobre el tema véanse nuestros trabajos «El fin no justifica los medios»: *La Capital* (Rosario) 27.6.96; «Discurso penal, garantismo y solidarismo»: *El Derecho* 10-11.7.96, p. 147; «Secreto, proceso y sentido común: Comentarios. De nuevo sobre la doctrina del fruto del árbol venenoso»: *Ibid.* 19.5.98, p. 379; «Aborto y secreto: La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación»: *La Capital* (Rosario) 2.5.98, p. 9; «Defensa de la vida y del buen sentido»: *Zeus* (Rosario) 16.11.98, p. 311; «Superación de "Natividad Frías": Luces y sombras en un discutido fallo»: *El Derecho* 3.4.2000, pp. 1ss; «Derecho penal, secreto y proceso: 18 tesis sobre un discutido caso»: *La Ley* 12.4.2000, pp. 1256ss [por error «18 tesis» falta en el título publicado]; Reportaje concedido al diario *La Capital* del 21.9.98, p. 6, previo al debate sobre el tema realizado ese día en el Instituto de Derecho Procesal Penal del Colegio de Abogados de Rosario; «Abortismo pretoriano», trabajo en cuatro partes que aparece en la revista *El Derecho* a partir del 25 de octubre de 2000. Cfr. sobre la posición iusfilosófica solidarista, que en nosotros quiere ser expresión del tomismo, nuestros libros *Valor y derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), caps. III y IV, y *Derecho subjetivo. Derechos humanos. Doctrina solidarista* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), *passim*.

¹⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, prólogo de N. Bobbio, Ibáñez y otros (Madrid: Trotta, 1997).

No podemos menospreciar la ley y la ley penal. Porque es fuente de inmoralidad o moralidad en las conductas de casi todos. Porque es el medio normal de que haya un nivel virtuoso mínimo en la sociedad. Este descrédito del sistema penal va unido en general a un descrédito del derecho. Y a un desmerecimiento que en los cristianos suele tener la noción de Estado, la importancia del Estado, así como de la cristianización del derecho y del Estado. Todo lo cual es acorde con el desprecio de la Cristiandad, llegándose al colmo de aceptar la soncera que se nos propone desde enfrente como su alternativa, de que «el laicismo es neutral».

Quiero subrayar, para terminar, y agradeciendo la paciencia de los oyentes, cómo Santo Tomás, en el paso que nos ha ocupado, nunca menospreció la posibilidad, que él veía tan inmediata, de lograr, mediante la ley jurídica positiva, la virtud entre los hombres:

«Y llegarán a ser virtuosos. Pues esta disciplina que constriñe por el temor al castigo es la disciplina de las leyes».

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ

Pontificia Universidad Católica Argentina
Santa María de los Buenos Aires.