

## **DERECHO PENAL: LENGUAJE Y CRISIS.**

**Marques Dip, Ricardo, H.**

### **-I-**

Ricardo Henry Marques Dip, en su *Derecho Penal: Lenguaje y Crisis*, encara frontalmente dos agudas problemáticas del Derecho Penal moderno que podrían determinarse y circunscribirse en dos conceptos de fundamental trascendencia: su expresión normativa –en sentido amplio– y la gravísima cuestión de su legitimidad, ya sea en cuanto a la misma necesidad de la existencia de esta última, como también en cuanto al órgano encargado de la aplicación de las normas penales.

Se preocupa el autor desde el comienzo en aclarar que el trabajo proviene, en parte, de borradores de una ponencia anterior verificada en España, en las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, así como en otra de sus actividades académicas, precisamente en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de esta Pontificia Universidad Católica. Sin embargo no por ello deja de ponerse de manifiesto en todo su contenido un versado conocimiento de los aludidos problemas –basta sólo con examinar el aspecto cualitativo y cuantitativo de la bibliografía tenida en cuenta–, sino que desde el punto de vista metodológico, le ha sabido dar un rigorismo científico relevante, así como una versatilidad expositiva atrayente.

Cierto es en tal sentido, que la exposición de los temas llevan permanentemente al plano trascendente, toda vez que, como él mismo lo señala, ellos han sido pensados “con los ojos puestos en la meta del saber filosófico”, a lo que añade su propia meditación sobre tales temas –sobre todo aquellos volcados dentro de los siete primeros capítulos–, pero cuyos rasgos de frescura y espontaneidad, se centran incuestionablemente en su propia aclaración de que, en su mayoría, fueron “dialogados” con sus discípulos. De allí que es razonable que

sostenga que, en definitiva y su conjunto, y a raíz de ello puede decirse, se instituyó verdaderamente “un pequeño movimiento de filosofía del derecho penal”.

Si bien ello podrá llegar a ser posible, y es deseable que así lo sea, y que esa ampliación no quede excluida, con su singular modestia insiste en que el trabajo constituye tan sólo un ensayo, “un proyecto para nuevos estudios”.

Lo cierto es que superada a esta altura del desarrollo del pensamiento penal, la reducción de la acción penal a un plano exclusivamente causal, esto es, que ella quede reducida a una voluntad ontológicamente consistente en la sola circunstancia de producir un resultado, “y no en su fuerza directora del curso del acontecer” al decir de Jescheck (§ 23, pág. 197, II, 1), superado esto repetimos, la recíproca relación entre crimen y crisis que se nos propone, va a desembocar en definitiva en uno de los aspectos legitimantes del Derecho Penal.

Nítidamente se nos revela la existencia de una crisis representada en el pasaje de la potencia al acto, el momento decisivo —la crisis—, en que el agente cae en el crimen, por ello concluye que en una perspectiva humano social, el crimen configura la superlativación de la crisis del derecho, *ultima ratio* ésta para la conservación de la paz social, mediante una justificación graduada de los medios y bienes que se seleccionan. Sujeto y objeto, se cita en este aspecto a Félix Lamas, “se esclarecen y determinan recíprocamente”.

Junto a esta “dialecticidad” del derecho, se añade —metodológicamente existe otra razón que la afirma—, es que la conclusión final ha de ser meramente “probable”, no un silogismo, donde la prudencia jurídica juega su relevante papel. Esta preocupación “prudencial y legitimadora”, no podrá ser substituida por normas constitucionales “movedizas” e inmanentes de un derecho sancionado que resulta desafinante, y cuyo resultado final es esa ilegitimidad hoy en inválida discusión, y que hace que en nuestros días, el derecho penal atraviese, citando ahora a Ferreira da Cunha, “una crisis profunda”.

Es crisis de la ciencia penal, de la magistratura penal, de la docencia penal, del concepto de culpabilidad, del concepto de delito, crisis en fin del concepto de pena, cerrándose la enumeración con un significativo concepto de Michel Villey: *le concept de peine est aussi malade*.

Se esclarece el pensamiento al respecto, y queda así suficientemente graficado, cuando se advierte con un perceptible sesgo acusa-

torio, que todo ello tiene su propia tragedia, su marca actual, y que está representada por esos hijos del relativismo ético, “esos pobres bastardos que cuentan con la indiferencia de sus mentores, y la indulgencia de los que no saben”, que desechan abiertamente el deber de infringir penas necesarias, renuncian a la autoridad y defraudan con su optimismo ingenuo: los criminales son buenos, los hombres son buenos, el mundo es bueno.

## -II-

Es notorio que en la obra se destaca el segundo capítulo, donde se entra de lleno a considerar el lenguaje, y que al referirse al que hoy se usa, no se vacila en considerarlo sujeto al pecado original, lo que se cristaliza en su “ambigüedad y alguna vacuidad”. Rechaza así toda limitación a un mero sistema de signos verbales, pues ello sería “pensar un derecho sin lenguaje”. Son pues hartamente sugestivas las referencias a la necesaria latitud del concepto, esto es, que ha de extenderse al de los gestos, al de las instituciones, al de los monumentos e, incluso, al del silencio.

En definitiva, luego de analizar el papel que desempeña el lenguaje, se concluye en que el derecho penal es un punto de confluencia de todas sus funciones. Agudamente se pasa a señalar que en la tarea de obtener el sentido de la norma, ya sea desde el punto de vista semiótico o de aplicación sincrónica, no puede desconocerse que todo ello ha de tener necesariamente influencia decisiva en las “simples alteraciones de criterios interpretativos”, aún sin cambios en el derecho positivo.

Sin olvidar el viejo principio de que la norma, y más aún desde el punto de vista diacrónico, sobrevive a la mente del legislador, se recuerda que las decisiones judiciales son también palabras, son lenguaje a interpretar, y relevando el valor de la jurisprudencia, se acude a Aristóteles para sobrevalorar la conveniencia de que la ley debe dejar a los que juzgan lo menos posible, trayendo asimismo el pensamiento del aquinate para recordar “que tiene que evitarse el riesgo del gobierno de los jueces”, vicio institucional cada vez más adentrado, en forma por demás reiterada, a la vez que sistemática y pertinaz, en quienes han de administrar justicia, producto de una actividad jurisdiccional que no halla límites frente a la conformación ontológica y funcional del gobierno político de carácter republicano, que es fuerza reconocer de todos modos que, normativamente al menos, ha que-

dado instituido a nivel práctico estructural entre nosotros. La cuestión la vemos reproducirse diariamente entre nosotros, y así vemos inmiscuirse y enmarañarse la actividad jurisdiccional en las políticas de Gobierno, traspasándose los límites naturales y en detrimento de la estructura republicana que en su momento se estableciera para dar forma al Estado Nacional.

La abundancia de lenguaje legislativo es materia de tratamiento y de notoria preocupación que se percibe en esta parte del trabajo. La “patológica” inflación legislativa pasa a ser una especie de exorcismo legiferante para apaciguar a la opinión pública. En irónica comparación se señala con acierto que el vudú, el granizo, propios del paganismo, son hoy sustituidos, como tranquilizantes populares, por la sanción de leyes penales. La obvia conclusión, como elemental corolario es naturalmente legislar con el frecuente olvido de la virtud de la prudencia, suplantada en nuestros organismos legislativos por el factor ideológico disolvente.

El fárrago de normas penales que se ha ido formando en nuestro medio durante las últimas décadas, como inadecuados parches siempre improvisados, ya como súbitas derogaciones, modificaciones asistemáticas o apresurados restablecimientos normativos. Las inorgánicas incorporaciones institucionales, también poco analizadas, y con finalidades ajenas a ellas, son notorias realidades en tal sentido y que, para males mayores se sustentaron en leyes “constitucionalmente” proclamadas, y, su mayoría, teniendo por base razones que apuntaban a objetivos ideológicos, aun en detrimento de lo que se había logrado mediante reformas basadas en la hermenéutica doctrinaria y jurisprudencial experimentada que aportaron quienes eran considerados prestigiosos juristas del momento.

En cuanto al análisis del planteo de la obra que veníamos formulando, es de notar que se percibe, en toda su extensión, una específica reivindicación de la filosofía tradicional, cuando se concluye que un buen “justo medio”, sería incriminar sólo el “ilícito grave”, pero exigiendo un “entero y leal” respeto por los “propalados derechos humanos”, dentro de los que la vida, por ejemplo, sea el bien de mayor jerarquía a tutelar, sí, pero ha de serlo para todos y no sólo para algunos, como cuando se instauran solapadamente excusas absolutorias –o, añadiríamos nosotros, su terminante aceptación según el ordenamiento legislativo de que se trate– respecto del aborto o medios abortivos.

Con celosa sagacidad se pasa enseguida a considerar con especial decisión el campo crítico de la estructuración eminentemente “con-

ductista” –en muy atinada calificación– que es soporte reconocido hoy por hoy, del llamado despectivamente “derecho penal de autor”. En este plano se plantea con precisión que al centrar el delito en el “núcleo del verbo” (von Beling), en realidad se llega a una sobrevaloración del resultado. Ese lenguaje legislativo, digamos que a través del tiempo fuera prevalentemente impuesto, desprecia y desprestigia el elemento subjetivo. Basta el disvalor de la conducta y de la peligrosidad. Ya se adivina, se concluye, que “las aguas corren en dirección al preventismo”.

Se advierte así que aquel lenguaje “técnico-conductista” que hemos mencionado altera metodológicamente la teoría del delito. La norma –por detrás del precepto (Binding), aquella teoría que tanto alarmaba a Soler– conmina con pena en abstracto la punición, en cambio infringe a la persona en concreto. Ocurre entonces, que los factores que sustentaran la graduación de esa sanción, “deberían haber servido” en su momento para la concreta consideración del tipo. Hace así referencia específica al motivo para delinquir, a la cuantificación del dolo, a la culpabilidad, a sus consecuencias, a la personalidad del autor, a su vida anterior al hecho, todo lo que pone de relieve la importancia de esos datos para la *res justa* penal, y lo hace en forma bien distinta a la que emerge del lenguaje descriptivo-fáctico del tipo.

Partiendo entonces del principio de que la acción tiene “potencia de punibilidad”, y de que no debe confundirse la punibilidad con la punición misma, se llega a la conclusión de que la punibilidad esto es, la amenaza de una pena, es la nota distintiva del derecho penal. Su aclaración final deja patente su criterio, cuando compara que una cosa es la aptitud de ser sancionado y otra la punición al autor en razón de un hecho. Si la punibilidad estuviera fuera del “concepto objetivo de delito” (realidad), no sería éste punible, ni debería soportar una pena su autor.

### -III-

Es de importancia la inserción que más adelante se formula de la crisis del Derecho penal, en la crisis general de la cultura, que, si bien se observa una abstención para penetrar en ella, no puede dejar de advertirse que también se señala que forma parte de una crisis general de nuestro tiempo, de las instituciones, incluso las jurídicas, crisis de almas. Con cita de López Oñate se concluye en que la crisis del derecho, y por ende la que se pone de manifiesto en el Derecho Penal, es un reflejo de una crisis general de la cultura.

Como un indicio del tema, y con referencia a lo sostenido por Gomes Canotilho, se percibe que se ha querido reconocer así en el positivismo legalista lo que es materialmente justo, naciendo así una suplantación del hecho legislativo, connotada con una inmanencia de la sociedad humana, en la que se inscribe como piedra fundamental el Estado de Derecho democrático, instrumentado en la constitución jurídicamente formalizada y con el que se confiere legitimidad al orden político.

Pero, y ello es de destacarse, se aclara de inmediato que la simple legalidad no legitima, sino que lo será a través de una conformidad substancial con la idea de derecho, con los valores, los intereses de un pueblo en un determinado momento histórico. Esto es el bien común general y la dignidad de la persona humana, que como bases principistas, asoman con claridad en estas conclusiones. La norma constitucional adquiriría legitimación por medio de un consenso social. Y nada se opondría a que se tratara de esos datos fundamentales y trascendentes pero, se advierte, por lo general ese consenso se ajusta a un marco positivista.

La superación del pacto social iluminista tendría que ser sucedido por una nueva base, no menos fabulado se aclara, en un diacrónico asentimiento *placet* popular. Pero de todos modos, hoy por hoy, no se persuade tan fácilmente como antes con el mito de la voluntad general. Lo preocupante es que los escavadores de la verdad no se conforman con los mitos de las generaciones pasadas (sucesos del 68). Con cita de Pablo Ferreira da Cunha, se concluye en que habría razón para preguntarse: "¿Cuando vengan los bárbaros, quién salvará a Roma? Porque cuando la borrasca quiebra los ramos y la arena, todo se transforma en desierto, pero no es que ella sea más fuerte, sino que se renunció abriéndose la puerta a los bárbaros".

Cualquier ataque a la legitimación en Derecho, tiene más serias consecuencias cuando se trata del Derecho Penal. No se pueden ignorar complicaciones en este campo, se trata de "la primera especie de leyes odiosas", donde además se mezcla un componente político: es el sistema "normalizador" y "neutralizador" efectiva o intimidante de los "rebeldes del sistema" transformándose en un medio de control social y una forma de "defensa" político-punitiva. De esta forma se despersonaliza el ordenamiento penal, "como si el hombre que padece la pena fuese el objeto de una intervención defensiva y no el sujeto, mediante cuyo padecer, el fin de la pena es realizado" (Mauro Ronco).

No ha de rechazarse del todo del lenguaje penal, como, por ejemplo, la referencia a la vigencia del principio de legalidad con la fórmu-

la acostumbrada, aunque ello de por sí pueda ya significar un “anclaje” en un planteo “ilustracionista”, ya que por el contrario, aquél posee raigambre hispánica y puede ubicarse en un estrato del jus-naturalismo tradicional.

La reducción del Derecho Penal a una textualización normativa como garantizador de los derechos fundamentales, no podría fundamentar un derecho penal justo fuera de la objetiva iluminista. Bajo ese ropaje de fidelidad al texto, se conservaría la ideología iluminista, pero silenciosa en cuanto a su legitimación de fondo. En conclusión: “fue el derecho penal liberal el que fracasó”.

En cuanto al cuadro que configuran la primacía de la prevención, las medidas de seguridad, la peligrosidad, lo cierto es que dan margen a una culpabilidad sólo como presupuesto del accionar penal, no como *restitutio* y, paradójicamente, la integral lógica del preventismo llevaría consigo la innecesidad de la culpabilidad y a la inutilidad misma de la conducta.

#### -IV-

El lenguaje fue antes que el derecho, y en cuanto al promulgador divino, mejor es designarlo como *fas* (lo sagrado), porque la virtud de la justicia, cuyo objeto es el derecho, exige igualdad, y en relación con Dios, no hay equivalencia posible.

En referencia al origen de la crisis, aquél es el primer vínculo interhumano, y después viene el derecho. Al darse el nombre verdadero a cada animal, nace una “vocalidad” universal que permaneció en los tiempos. Y, Yavhé, al darle a Adán la mujer, instituyó entonces el lenguaje y el derecho como exigencias de sociabilidad. Surge el primer precepto, su trasgresión y el primer proceso criminal.

Pero ésta se produce, en sentido relacional humano, no por aquella desobediencia, sino cuando la mujer indujo a Adán al pecado y a su repercusión social-hereditaria. El hombre, animal social (Aristóteles, Santo Tomás), muestra, no sólo el derecho, sino el lenguaje como la esencia de sociabilidad. Con aquel término verbal *fas* (lo sagrado) aparece, como se vio, la virtud de la justicia y es por medio de las leyes que apreciamos la igualdad que establece la justicia (Domingo de Soto).

En resumen, aquella “vocalidad universal”, aunque debilitada por el pecado, cuya permanencia en la historia se destacó, y relacionando *nomen et numen*, cada palabra adecuada develó el misterio de

las cosas. Con Adán, Yavhé autoriza el lenguaje y después crea a la mujer y nace así la primera sociedad, instituyéndose el derecho como ordenamiento de la justicia: *ubi societas, ibi jus* (Plutarco). Ese ser social, dice Santo Tomás siguiendo a Aristóteles, hizo que se hiciera necesario que los conocimientos de unos se transmitiesen a otros.

El hombre, es el único animal que tiene palabra, por aquella sociabilidad natural, y la eternidad de la justicia divina, desde el primer principio prohibitivo, se refería a materia jurídica, y ese quebrantamiento original, se transmitió jurídicamente al hombre. En sí misma, Eva no realizó una conducta antijurídica, sino contra el *fas*. Solo tuvo esa característica en el momento que indujo en forma participativa a Adán, y lo fue, como se adelantó, con repercusión social-hereditaria.

Fue con la palabra, con el verbo interior, que se dio la *mise en scene* de la serpiente, y es por ello que en la antigüedad se decía que la mujer y la serpiente habían formado una verdadera solidaridad en el mal. Así se comprende las increpaciones de San Tiago (*sic*): *lingua...universitas iniquitatum, inquietum malum, plena veneno mortífero* (Epíst., 3-6 y 8).

A ese primer hecho antijurídico, sucedió entonces el primer proceso criminal contra el hombre donde asoma la admirable manifestación del derecho natural de defensa: ensayóse el derecho concediéndose la palabra. Después del diálogo entonces, surge el primer proceso contra el hombre y su primera condena.

Volviendo en concreto al lenguaje como instrumento, y desechando la pretensión de algunos autores (John Wilkins) de intentar un idioma mundial "fantasioso e infructuoso", "artificial", construido *more geometrico*, se trae la consideración de San Agustín referida a los oficios asignados a cada uno de los dioses romanos, donde cada nombre correspondía a un *numen* e implicaba un instrumento de comprensión del *mysterium rerum* y de revelación del imperio de lo divino, más allá de su paganismo. Esta afirmación ritual del ligamen entre *nomen et numen* vino a rectificarse con la recepción de la formulación cristiana, en la que cada uno de los *nomina* era, no una divinidad autónoma, sino un atributo de *Deus unus*.

Luego, un canto de modernidad recrearía nuevas divinidades (sátiros, centauros, ogros, diablas), que crean el riesgo del mal uso de la palabra. Crisis de la palabra, crisis antigua, crisis persistente. Si por el Verbo vino la reparación, finalmente tendremos la hora terrible de la palabra y del derecho que proclamará el veredicto final e incorregible.

Si alguna vez la crisis de la palabra no implica necesariamente una crisis del derecho, la crisis del derecho en todo caso tendría que traer consigo una crisis de la palabra, porque si la palabra, aunque a la larga se hiciese sin razón, puede pronunciarse sin la presencia de otro, mientras que el derecho, al suponer otra presencia, exige la palabra.

-V-

Circunscribiéndose al “lenguaje del crimen”, se indica que como hecho social que es, éste no puede prescindir de él. Cada forma delictual tiene el suyo, incluyendo la omisiva, al que se lo llama lenguaje del silencio, y se acude al criterio del aquinate cuando decía que independientemente del papel que las palabras tienen como signos, ello no impide que los hechos puedan expresar alguna cosa, así como el lenguaje corporal (gestos ofensivos), o la particular importancia del silencio en los testimonios.

Se recuerda por lo demás, la profusión del pecado por medio del lenguaje corporizado, como la blasfemia, la murmuración, mendacidad, falso testimonio, improprio, oprobio, vituperio, injuria, calumnia, adulación, jactancia, etcétera. La legislación moderna, ha dejado de lado todo ello, aunque se destaca que en el código brasileño subsiste “el vilipendio público” de los actos de culto religioso, lo que, se considera, abarca la blasfemia.

En cuanto a la mentira, se la ve en varias formas delictivas, como el estelionato. Lo referente a la permisión de mentir del imputado, bajo la pátina de la prohibición constitucional de no declarar contra sí mismo, nos recuerda, ante el deber de no mentir ante el Juez, lo que enseña Santo Tomás en el sentido de que lo que no tiene impedimento es callar verdades. Y De Soto añade, “nadie está obligado a propalar la verdad, sino sólo aquella que pueda o deba exigir el Juez según las formalidades del derecho”. De lo que se sigue que corresponde a la ley positiva regular las oportunidades en que pueda obligarse al imputado a decir positivamente la verdad.

La violación del deber de verdad procesal del reo, no puede tenerse como una violación del deber moral de verdad. Si esto se reconociese en la ley ella afectaría a la ética a la que está subordinada. Lo que la ley protege es el silencio del imputado, y ha de entenderse como la excepción de punir, dentro de los límites fácticos del ilícito, objeto del proceso. En cierto sentido la regla excepciona el deber moral de veracidad. El derecho procesal del autor —contrapartida de la

acusación— corresponde, principalmente la protección del silencio autodefensivo.

En una sugerente serie de ejemplos históricos (Ordenanzas Filipinas, Fuero Juzgo, Ordenanzas de Felipe II), así como con cita de hechos concretos de indudable interés, y que en su momento escogieron autores de la envidia de Radbruch y Carrara, a través de la mención de ilícitos como el falso testimonio, la contumelia, los delitos contra el honor, el estelionato mismo, se deja demostrado que el lenguaje verbal del crimen ha sido y es frecuente, e incorpora a la conformación típica, como sucede en la actualidad, lenguaje que es acompañado, en muchas oportunidades, de un aparato escénico *ad hoc* y para engaño de la víctima.

## -VI-

Profundizando y en referencia crítica a la crisis actual, se dice (W.Nauke) que ya ha nacido algo distinto al Derecho Penal, “pero no es en absoluto algo mejor que el Derecho Penal”. Si se orienta definitivamente hacia una predominante prevención o reforma del original retribucionismo, acabará por dejar de ser un Derecho Penal. Así se explica que el Código Penal soviético, no obstante seguir la teoría de la prevención especial hasta sus últimas consecuencias, debe sustituir la palabra “pena”, por las de “sanción” o “medida de defensa social”.

Sobre aquella primitiva y particular influencia del principio de legalidad, ahora se lo ve, por el contrario, reducido a su mera textualización normativa. Hoy se ha abandonado toda referencia al *justo penal*, de donde se ve que si no se habla de justicia, no es posible hablar de derecho. La crisis va al núcleo, toda vez que no puede hablarse de una cabal legitimación de un Derecho Penal soterrado en un mundo en el que no se ve la existencia de valores.

Oscurcida en él la idea de *res justa*, se pasa a la “utilidad” de la pena en función de aquella “prevención” o “defensa social”, con singular olvido de que, sin una raíz de recta proporción de pena conminada para cada delito, nada puede construirse. Actualmente Armin Kaufmann ha destacado que hoy muchos se avergüenzan del término retribución.

También la *redención* se cumple aunque, secundaria y contingentemente, como fin *natural* y como restauradora de los valores ético-jurídicos, esto es la *restitutio* del ser. Emergiendo la pena como

efectiva reprobación del crimen se llega así a su conversión interior, reintegración social, reconocimiento del ser jurídico del condenado (función liberatoria de la pena) y expiación del propio delito (función compensatoria). En conclusión el fin de la pena es *único*: la restauración del orden jurídico, una recomposición moral, y, en consecuencia, una reintegración del ser, la reincursión del condenado a una situación penitencial.

Sin entrar en las raíces históricas de la *vindictio*, la suplantación tendencial a que se viene aludiendo, se ha hecho a través de un “mero pretexto de supuestas racionalizaciones *inmanentistas*, nacidas, sin decir cómo, en una civilización tan inclinada al nominalismo, como lo es la nuestra ‘occidental’ del siglo veinte”.

La retribución tiene dos predicados indisputables: 1. su carácter efectivamente penal, a la inversa que las retribucionistas; 2. es el único sustento racional de la pena (Roger Merle). Se habla de un renacer de la retribución –más bien debería decirse “de una permanencia”, se quiere aclarar–, con una creciente referencia al autor robusteciendo su valoración personal. Es decir se podría llegar, digamos, a un auténtico *garantismo de coexistencia* (Francersco D’Agostino), que apunta a relaciones más justas en la vida política: si el jurista sostiene que una pena es más racional que un linchamiento no se lo hace por que sea más eficaz, sino por que la primera es justa y el segundo no.

El Derecho Penal tiene algo de constitucional, debe ser una *pequeña constitución* por las consecuencias que acarrea: a favor de todos para librarlos de unos pocos; para librarse de venganzas injustas; para prevenir hechos futuros y efectos secundarios, siempre que se trate, naturalmente, de los que sirven para la *restitutio* del ser en los que la pena retribuya la culpa y restituya el orden violado. La pena es acto de justicia conmutativa (Santo Tomás), retribuye de manera humana, no divina, revestida de clemencia, en medio de la excesiva severidad y de la excesiva indulgencia. No es necesario ni oportuno que el Juez esté obligado a punir la totalidad de la culpa (Mauro Ronco), la pena debe *ser justa*, porque no rinde, ni demasiado grave porque cuesta demasiado (Carnelutti).

En la búsqueda de la *res justa* cabe la pregunta, ¿qué es el Derecho Penal? o, lo que es lo mismo, ¿qué legitima la pena? El mito del contrato social se ha debilitado. Hasta se dice que la ley, no tiene ya que expresar la voluntad general, sino que la dictan unos pocos, *propietarios* (Locke), o una *clase dominante* (Marx). Se dice que hay téc-

nicas más eficaces, la reeducación, los asilos psiquiátricos, pero todo conduce al caos. Se llega a esta crisis a través de Hobbes, “el hombre hace solo su derecho, no existe el derecho natural” (Michel Villey). La conclusión es que antes que crisis del derecho, ha de admitirse que se trata de una crisis filosófica, de los principios, crisis en las almas, en la que se asoma la pérdida de la tradición.

A ello se sumó la pérdida del sentido de las cosas. Se agitan utopías con fines difusos, de cuyos resultados deberían responder sus corifeos, con una aparente carencia de poder político, pero que declina con lógica irrefragable, desembocando en un mundo nuevo, en el que, por miedo ó propaganda, se implorará por el control total, donde la utopía garantista será el epílogo de las libertades: policialismo, con pan y circo. “Un modelo garantista, está a la vista, es un modelo de *coherente rumbo totalitario*”.

## -VII-

Analizando el lenguaje de los jueces, lenguaje insular, resulta de importancia reclamarles precisión y claridad en su función jurisdiccional. Acosados por el “vetetismo” (síndrome de Hollywood), pero que, en realidad, es defensivo de las críticas, usan una técnica literaria ocultista con palabras oscuras y misteriosas. “El hermetismo sirve de línea de montaje”.

Se burocratiza el juzgamiento con modelos informáticos que aparentan servir para muchos casos, se aleja *la res justa penal*, debajo de modelos producidos “en serie”. Son los modelos “prêt-à-porter” guardados en archivos informáticos que conducen a la burocratización de los juzgados. Así vemos muletillas reiteradas como “amplia jurisprudencia apoya...”; “tendencias del Derecho Penal moderno...”. Se olvida que la función del Juez encaminada hacia la aquella *res justa*, sólo excepcionalmente “se amolda a construcciones estereotipadas”. Aquellos recursos informáticos, que economizan tiempo y neuronas, aunque incrementan la acción perniciosa del agnosticismo jurídico, y esas resoluciones mecánicas, a veces de léxico misterioso revelan un síntoma *voluntarista*, que en el lenguaje normativo penal *transita* por la mediación judicial.

Cuando se puntualiza el caso de la determinación de las penas privativas de libertad, con harta razón se señala que el legislador debe brindar criterios esclarecidos para uso racional del Juez, aunque cierto es también que debe admitirse que en ella hay un compo-

nente irracional de imposible erradicación. Existe en este aspecto una mayor y estricta vinculación del Juez Penal al contenido de la ley (Jescheck), y ello se debe precisamente a la delicadeza ética de la materia tratada (Giuseppe Graneris).

Después de señalar los riesgos que se corren al concretarse las penas en manos “de un destino ciego y obtuso”, con acertadas transcripciones de nuestro Borges, se concluye de manera muy gráfica en que realmente el Juez se ve tentado a pendular entre una “arbitrariedad plúmbea”, donde se condena al inocente, y una “arbitrariedad rosa”, donde absuelve a culpables. Y aún hay quienes, ante una responsabilidad colectiva o sistémica, llegan a ejercitar una actividad catártica absolviendo al culpable individualmente, pero incriminando a la sociedad o a su sistema político, económico, etcétera.

El relativismo predominante desemboca en posturas vacilantes. El movimiento pendular parece imponerse en la crisis: predominio de severidad en los delitos imprudentes frente a los dolosos. El resultado es: crisis de conciencia, dudas existenciales, perplejidades casuísticas, complacencias burocráticas, violación del deber de estudio, inclinaciones arribistas, compromisos políticos, todo contribuye a la oscilación entre lo plúmbeo y lo rosa. En definitiva, es la *justicia lote-ría* de Peyreffite.

Con cita de S.S. Pío XII, luego de señalar que las sentencias de los jueces, humanamente justas o no, han de conformarse al fin con los designios de Dios. Y ello es así porque debe tenerse en cuenta que en la labor jurisdiccional no se trata de deshojar margaritas, sino de “reinstalar nuevamente en el orden del deber, al violador del derecho”. El lenguaje entonces, debe subordinarse al servicio del *justo castigo*. Y se pregunta, cómo designarlo hoy al “castigo” con la confusión de nuestro tiempo y de nuestro lenguaje, sobre todo en una sociedad que se tornó voluntarista, nominalista, subjertivista. Por eso lo que sucede es que hay crisis de lenguaje, crisis del derecho, crisis de almas.

De la destrucción del derecho penal de la ilustración se accede a la falencia del derecho penal moderno y contemporáneo. “Más difícil es su reconstrucción o, al menos, construir una política criminal de buen sentido” (Michèle-Laure Rassat).

Hay una dura crítica a los llamados principios de la dogmática penal moderna, como el de legalidad, teniendo como tales a ciertas directivas inmanentes que no son más que “indicaciones endógenas de normativa” sin el carácter de *principios universales*, esto es, sólo

parámetros positivados que tienen bajo suyo la ideología iluminista. La segunda tragedia de la dogmática de nuestro tiempo, reside en no querer comprometerse con la realidad de las cosas, acudiendo a fantasías, a principios extranormativos, a los que califica de míticos y fantasiosos, como el contrato social. Sensatamente nos dice que se quiere así desideologizar fuera de la verdad, creando por el contrario una nueva ideología. Es que a la metástasis ideológica no cabe oponérsele un *relativismo*, por caso, no menos dogmático. Ha de enfrentársela con una proposición de compromiso con la verdad, y no sólo una negativa como un simple antidogmatismo.

Con el injusto penal pasa lo mismo. En impecable razonamiento considera que la antijuridicidad ha dejado de ser un presupuesto condicionante del derecho penal, para pasar a serlo de la normatización, producto de las *razones de Estado* —el de turno, “social y democrático de derecho” (Mir Puig)—, es decir el derecho penal al servicio de una cierta concepción política. Lo cierto es que así serviría tanto a una comunidad jurídica como, al decir de Baumann, a una banda de ladrones. Basta la rigurosa observancia del proceso legiferante y el consenso, “no importa de qué tenor”.

Esta crisis ha mostrado también su lado contendiente. Cae en una preponderancia de la mecánica estatal, hegemonía de las normas constitucionales. La limitada concesión de poderes es una reminiscencia de la venganza privada. Las propuestas *penal-diversionistas*, con trasfondo ideológico, no sirven para una necesaria reconstrucción social. Este consensualismo reinstaura el mito del *bon sauvage* o del *lupus* hobbesiano.

Se desconocen de tal manera los poderes y antecedentes extraestatales, propios de una soberanía social bien entendida. Con sólidas conceptualizaciones, pasa a sostener que es necesaria una ontología social con base representativa de los grupos sociales y no “un imaginario sumatorio, masivo y anónimo de individuos”. La democracia es uno de los *vudus* de nuestro tiempo, con pergaminos oficiales. También ha podido observarse que algunas veces todo ello contó con su propio descrédito: “algunos querían deliberaciones y juzgamientos a la luz de las miradas de las gentes”, pero esta “aclimatación” de lo antiguo a los tiempos nuevos, lleva “el riesgo de una fabulación idealista”.

La globalización permitió una dogmática casi universal. El problema está en la carencia de una constelación de valores sobre los que se erija el derecho penal; no valores de una época o un lugar sino de

valores esenciales tutelados por el derecho natural. Únicamente un sólido sistema de principios puede dar fundamento a un sistema penal. Sólo los llamados abolicionistas pueden proponerse como técnica *despenalizar*. Ni “garantía de los individuos”, “ni evitar el retroceso”, “ni exigencias democráticas”, etc., ninguna de esas referencias tópicas servirán, si no se tiene en cuenta que el sujeto de la pena debe ubicarse sobre el soporte *doctrinario antropológico*.

La pregunta que surge de inmediato es la de qué valor pueden tener esas referencias a la persona humana, su valor, su dignidad, para quienes, enarbolando esos enlistados “derechos humanos”, niegan la realidad y el concepto de *naturaleza humana*. Para quienes confunden derechos humanos con el rol de aquellos enlistados en organizaciones internacionales, ningún valor tiene la *realidad* de la persona. Ha de plantearse ¿de qué humanismo se trata –naturalista, cristiano?–, porque cuando falta unidad en la concepción antropológica, será imposible llegar a un consenso sobre “derecho penal”.

Una ontología social de cuño europeo sobre base tradicional con experiencia histórica –con responsabilidad matriz en todo occidente– y una sólida concepción antropológica, puede ser el paradigma. No sólo traen problemas para su recepción las vicisitudes extra-europeas o periféricas, y ello es más grave, aquello que podemos llamar *la crisis de la idea de Europa*. La metáfora de Francisco Elías de Tejada es válida: “no se hace una Europa cultural unitaria con “la mera transposición de los Pirineos” ni con la reunión de las naciones en parlamentos únicos, y podríamos agregar nosotros hoy, ni con “monedas únicas”. Tampoco “germanizando” la doctrina penal española o la portuguesa, a las que nosotros añadiríamos sin hesitación alguna las que dominan el pensamiento penal latinoamericano XX.

Es inadmisibles que la dogmática revolucione conceptos y juicios, porque de tal manera se fractura el principio de legalidad. En efecto la importación de reconstrucciones dogmáticas conduce a la realineación de las normas y, ateniéndonos a esos nuevos y arbitrarios enunciados dogmáticos, se produce la pérdida del papel tópico de la tradición jurídica, de la tradición de la norma. Se hace nacer una nueva comprensión de los significados normativos Ese abstraccionismo hace nacer el tema de las “particularidades del caso” y, perdido el topos de la autoridad de la dogmática tradicional, probada en la sucesión temporal de generaciones de jurisconsultos, aparece finalmente un mecanismo compensatorio. De un *saber de reglas* se pasa un *saber de precedentes*: la casuística, que ya no guía a manera de recurso epistémico,

a la manera de un molde, sobre el que se recorta el caso dado, que es concreto, peculiar e irrepetible. La casuística se hace sucedánea de la dogmática.

La recuperación de la dogmática tradicional, actuando como un topos, será un paso metódico en la actividad jurisdiccional, para restablecer un derecho penal equitativo y comprometido con la *cosa justa*. Así hallaremos un derecho penal eficiente. Eficiente porque es justo. Se trataría, se admite, de un paso referido al método: "ni poco, ni mucho: es un paso, en todo caso".

### -VIII-

El Derecho natural ha ido perdiendo su antigua vigencia y prestigio académico por la idea de *homo creator*. Debe ser preocupación didáctica recuperar el crédito perdido, teniendo en cuenta el clima de este siglo. Se justificaría un cierto pesimismo, y hasta catastrófico, respecto de los destinatarios de esta actualización sometidos a un bombardeo constante de un espíritu secularizante generalizado, que, sin embargo, no jugaría respecto de quienes conservan una perspectiva escatológica que, por el contrario, recibirían con interés la difusión insistente de la verdad.

Desde otro ángulo, se analiza lo sorpresivo que resulta que la universidad, hoy día, apenas sobrevive, es una universidad moribunda, hasta no poder amoldarse a lo largo del siglo pasado, que fuera llamado por Corçao, *el siglo de la nada*. La prueba está, se continúa razonando, que más tiempo vivió el hombre sin universidad que con ella. Una crisis que permitió una codificación como la de Nüremberg, disparatadamente concebida como ético-legitimadora, toda vez que sólo habría podido satisfacerse con los basamentos que el Derecho Natural puede brindar.

Es oportuno indicar a este respecto, acotamos nosotros, que ese desconocimiento durante aquellos sucesos, condujo a una revisión del concepto de la antijuridicidad. Y que fuera sorprendente por ser formulados por hombres del positivismo, y que los obligó a acudir al desmañado subterfugio de que "la existencia de determinados principios, considerados inviolables de la conducta humana y que se han ido formado a lo largo del tiempo en todos los pueblos civilizados", han de tenerse como *jurídicamente obligatorios* con independencia – indicaban – del contenido de las *particulares prescripciones* de los ordenamientos jurídicos nacionales que llegaran a permitir que se des-

cartaran esos principios, toda vez que las *disposiciones legales que no persiguen la justicia* y la igualdad, y que se vinculan al valor y la dignidad de la personalidad humana, “no crean derecho alguno” y, en consecuencia, “las conductas adecuadas a tales disposiciones conti-núan siendo ilícitas”.

Estos fueron los argumentos que en los tiempos de la posguerra, fueron esgrimidos por el Superior Tribunal Penal Alemán, en varias ocasiones en que debió pronunciarse contra el derecho sancionado por el régimen nacional socialista, y respecto de aquellos que se vieron obligados a acatarlo, por haber sido formalmente instituido y ser, en consecuencia, obligatorio para todo el pueblo alemán. Esto es, se exigía, con vergonzante reconocimiento de lo que *no quisieron* denominar Derecho Natural, que no se hubiera cumplido con esas normas, no obstante tratarse de un derecho vigente. Y se imponían condenas en consecuencia, aunque se tratara de quienes se habían visto obligados a respetarlas.

Volviendo a nuestro autor, con acierto sigue su exposición, sosteniendo que la universidad ha abdicado a su autoridad moral e intelectual apartándose de la tradición cultural; ella agoniza, y no se apartan de ello las designadas como católicas. No caben minuciosas apreciaciones, el modelo no excluye sino que exige, lo que puede llamarse la recuperación de la verdad en el derecho.

Por todas estas razones, debemos felicitarnos, se dice, de haber iniciado personalmente un nuevo modelo como práctica universitaria, considerando que de tal manera se quiebra “la unanimidad aparente de las prédicas irracionalistas”, alimentándose “un cierto debate y combate por la verdad”.

## -IX-

Respecto de la crisis de la docencia jurídica, el análisis parte de las enseñanzas de Santo Tomás quien señala que el maestro causa la ciencia a aquellos que aprenden, haciéndola pasar de ciencia a acto. El maestro no produce directamente especies inteligibles sino que, mediante su enseñanza mueve al discípulo a que su intelecto forme concepciones inteligibles. El maestro enseña al discípulo “a aprender a aprender”, que su intelecto forme concepciones inteligibles.

Se rompe el principio de la inmanencia, se busca la esencia o naturaleza de las cosas. Una metafísica que ordene y unifique. Eso da actualidad al sistema tomista y hace que el Derecho Natural *auténtico* se apoye en la filosofía de Aristóteles y Santo Tomás. En ella se inserta el concepto de que el ente es el objeto propio del entendi-

miento, a donde se dirige nuestra inteligencia en forma natural, y en él se funda la noción de los primeros principios, y aunque conoce directamente lo universal, puede también conocer lo singular (*per quam reflexionem*).

Así el conocimiento jurídico que tiene por objeto las acciones humanas es, por ello, un conocimiento práctico. Al singularizar conductas apunta a realizar el objeto de la justicia, dar a cada uno lo suyo, por tanto no es una abstracción, sino algo concreto, *hic et nunc*, respecto de una acción determinada. No cualquier bien, sino el debido a otro, no cualquier mal, sino el nocivo a otro. La determinación del derecho es cuestión práctica dirigida a configurar la *res iusta* y concretar *quod iustum est* (Vallet de Goytisolo). Estas conclusiones dan pie para señalar por nuestra parte que, por ser saber práctico, es que se vincula dentro de un plano trascendente, con “bienes y fines”, vueltos principios, que se convierten finalmente en caminos de legitimación. Negar este aspecto práctico, lleva en sí la crisis (Yacobucci).

Ordenar una acción entonces, es conocerla y reconocer quién la impuso, continúa el autor. Debe ser descartado el *homo creator*, la total materialidad de la naturaleza, y el solo uso de la razón humana en este menester. El orden cósmico se constituye con el reconocimiento de que el orden natural precede a la naturaleza humana, como la creación de una inteligencia ordenadora distinta y anterior al hombre. Y el hombre puede naturalmente conocerla “porque es intimado por ciertas leyes o principios ordenadores, *scriptas in cordibus hominum*. Se encuentra ínsito en este concepto que la única forma de arribar a una legitimación auténtica es admitiendo su dependencia de una base antropológica y sus consecuentes bienes en juego, sin lo cual se hace imposible “un saber penal adecuado sin referirse a fines y valores, desconocidos o ignorados en la tradicional dogmática (aut. cit.).

La naturaleza humana es manifestativa y no constitutiva del orden y de la ley suprema, de manera que los actos humanos deben ser regulados por la regla de la acción humana, norma esa entonces “deducida de las cosas creadas que podemos conocer naturalmente y, de modo ulterior, por las reglas de ley divina”.

Este el fundamento inamovible de las cosas mudables “para fundar objetivamente la normatividad del hacer”. No sólo mueve la conducta humana y es fundamento de toda ley y de todo derecho, sino que lleva incuestionablemente a admitir así la *primacía del ser*. A él deben añadirse por un lado *la verdad* y por el otro *el bien*, que encuentran específica apoyatura en el principio de la suprema ordenación de todas las cosas que está en Dios.

Muchos tipos de saber concurren en los intereses del jurista (gnoseología, epistemología) porque el derecho ocupa una gran parte de la vida social. El saber jurídico ha de mostrar una adecuada subordinación a la ética y a la metafísica.

*Éthos* (usos y costumbres de un grupo social) y *êthos* (en sentido de carácter, modo de ser), implican: el primero, regulación de conductas aprobando actos de costumbres y repudio de los comportamientos adversos, esto es, una espiritualización de la *praxis*, ya no en una normatización externa, sino que se trata de su valoración, de sus directrices. En cambio, en segundo lugar, el *êthos* con su sentido de morada, relacionándose con el *éthos*, importa morada de costumbre, morada habitual. Las costumbres se fundan en el carácter, interiorizándose.

Con el adjetivo "ético" se da a entender lo "racional", lo que se conforma con las "exigencias de la razón", lo voluntario, lo que se guía por su propio espíritu. No lo espontáneo, no lo autónomo (*simpliciter*). La conducta guiada por un criterio objetivo.

En un plano objetivo la ética es el saber que se dirige al bien, pero es también una singular codificación del comportamiento humano. Y no constituye una unidad como la ética filosófica o la teología moral, que son saberes por las causas. En realidad es un saber intuitivo, saber evidente, los principios primeros de la razón práctica, que se obtiene con la sola posesión de la inteligencia.

El saber jurídico, en todos sus tipos es un saber práctico, su objeto las acciones humanas, pero no todas sólo las sociales y que en él se estudian bajo la perspectiva de la justicia. Así los saberes jurídicos, sin perjuicio de sus principios propios, sólo pueden especializar su objeto a la luz de una ciencia que es superior y subalternante: la ética.

Entre ética social y saber jurídico hay una especificación entre el bien a buscar y el mal a evitar, el *bien* debido a otro y el *mal* de lo que es nocivo a otros, siempre bajo la luz de una ciencia que le es superior: la ética. Sin embargo no cabe una identificación o sometimiento absoluto de derecho y ética (eticismo jurídico), porque significaría confrontar el bien común, ignorando la relevancia de la seguridad jurídica, que es un interés de la justicia, pero que puede producir ocasionales violaciones de la justicia material.

Se podría estar tentado de situar al juez al servicio inmediato de la ley natural, de la que la ley positiva obtiene su índole jurídica. Debemos preguntarnos si la ley natural consiste en realizar en cada caso la justicia material, o más bien, en no perder de vista el sistema del ordenamiento jurídico considerado como un todo, en el cual tiene papel capital la seguridad jurídica (Arthur Fridolin Utz).

En busca de eliminar injusticias materiales, aparece la equidad (*sanatio ex aequitate*), pero antes que eso aparece un *positivismo judicial*: la aplicación –nominalista o situacionista– de normas *ad hoc*, formuladas en concurrencia con un juicio *de legibus* aun cuando la ley humana esté amoldada a la ley natural. Se ha incurrido en la paradoja de llamar derecho a la injusticia efectiva, a las sentencias contradictorias, a la rebelión de los jueces contra tal o cual norma positiva, prescindiendo de la consideración de su justicia o injusticia (Vallet de Goytisoló).

El Derecho Natural, merece destacarse entonces, porque es la instancia superior de control de la justicia de las normas y de las conductas, y se prolonga en la ley positiva. Al positivismo normativista –ese fundamentalismo laico siempre criticado–, la doctrina clásica del Derecho Natural no opone como respuesta otro modelo de positivismo: el judicial. Derrumbados los mitos del normativismo, se ha pensado en erigir otro mito: el de la doctrina del derecho libre, como alguien dijo “con impiedad”, una doctrina libre del derecho.

A la distinción entre la generalidad y la abstracción de las reglas naturales por un lado y, por otro, la singularidad de reclamar lo justo en concreto, lo que el derecho natural impone es un cambio gnoseológico común en doble sentido. No se observa la ley natural sin su aplicación a una cosa, por una parte, ni tampoco se realiza el derecho natural cuando, aprehendida la realidad singular, no se consideran las exigencias íntegras de esa ley natural.

Señalar puntos fundamentales, “es ya, como quiera que sea, arremangarse y ponerse en camino del debate y del combate por la verdad. El Derecho Natural precisa de filósofos, científicos, jueces, abogados, escribanos, registradores, gobernantes. Pero por encima de todo precisa de maestros que lo enseñen y difundan, para los conceptos profundos cuanto para los pequeños, “pues parodiando a Paulo Ferreira da Cuna, es de pequeño que se aprende a aprender el Derecho”.

ALFREDO BATAGGLIA