

Mosso, Carlos José

Justicia, misericordia y derecho penal

XLI Semana Tomista – Congreso Internacional, 2016

Sociedad Tomista Argentina

Facultad de Filosofía y Letras - UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Mosso, Carlos José. “Justicia, misericordia y derecho penal” [en línea]. Semana Tomista : Justicia y Misericordia, XLI, 12-16 septiembre 2016. Sociedad Tomista Argentina; Universidad Católica Argentina. Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/justicia-misericordia-derecho-penal.pdf> [Fecha de consulta:]

JUSTICIA, MISERICORDIA Y DERECHO PENAL

I- Introducción

1-En la cuestión 57 y la 58 de la Suma (segunda parte de la sección segunda) Santo Tomás aborda el tema del derecho y la justicia. Define al derecho como *la misma cosa justa* o lo *justo objetivo*, que equivale a aquello con lo cual resuelve la disputa concluyendo que el derecho es el *objeto de la justicia*.

Como bien sabemos, distingue el “derecho” de la “ley” en cuanto esta es su *razón instituyente*. Así la ley, no es el derecho sino una razón de él. Por eso la ley es tal, si es justa, porque lo instituido no puede tener propiedades diferentes a lo instituyente. Por eso ley es *el ordenamiento de la razón dictado por la autoridad competente, dirigido al bien común*.

2-Sobre la Justicia, Santo Tomás recoge la definición de Ulpiano (“la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo”) para referir luego que es la más alta de las virtudes, tal como decía Cicerón (“en la justicia el esplendor de la virtud es más grande y de ella reciben su nombre los hombres justos”) La referencia a los jurisconsultos romanos es digna de destacar ya que ellos constituyen los cimientos de un orden jurídico que supo perdurar hasta nuestros días.

3-En la cuestión 21 Santo Tomás aborda el tema de la misericordia, anticipando el concepto de la misericordia como una especie de alivio o condonación de la pena. *“Algunas obras son atribuidas a la justicia y otras a la misericordia, porque en algunas aparece con más relevancia la justicia; en otras, la misericordia. Y sin embargo, en los condenados aparece la misericordia no porque les quite totalmente el castigo, sino porque se lo alivia, ya que no los castiga como merecen. Y en la justificación del pecador aparece la justicia, pues quita la culpa por amor, el mismo amor que infunde misericordiosamente. Se dice de la Magdalena en Lc 7, 47: Mucho se le perdonó porque mucho amó”*.

“Así Justicia es dar lo debido; misericordia es desterrar la miseria.”

4-La modernidad ha definido al derecho penal como el conjunto de normas que describe las conductas reputadas como delitos y las consecuencias que de ellos derivan, la pena o la medida de seguridad.

Varias son las implicancias de este concepto en relación a la doctrina tomista que veremos enseguida.

II- EL DELITO

La ya clásica definición de Mezger del delito como “la acción típicamente antijurídica y culpable” acuñada a mediados del siglo XX, contiene algunos elementos del pensamiento tomista. En efecto: en primer lugar deja en claro que no existe culpabilidad si la conducta desplegada y por tanto merecedora de sanción, no es antijurídica. Esto nos lleva a la esencia misma del derecho, como “la misma cosa justa” y nos permite concluir que ninguna conducta puede ser reputada como delito si no es injusta. Entiéndase bien: desde el punto de vista del pensamiento tomista no basta que una conducta esté descrita en un ordenamiento jurídico-código penal por ej.- como delito, sino que esta conducta debe ser contraria al derecho, entendido este como el conjunto de normas (leyes) cuyo objeto es la justicia. Y aquí se reabre consecuentemente, la añosa discusión entre ley natural y ley positiva. Entendemos, con el doctor angélico, que la ley natural es participación de la ley divina y el hombre la conoce según la proporción de su la capacidad de su naturaleza humana” (cuestión 91, art. 4º de la Suma)

La ley positiva es para Santo Tomás “*la disposición particular de la ley natural.*” (Cuestión 91, art. 3 de la Suma) Tal es por ejemplo la norma que puede estar inserta en un código penal. En ese sentido la ley positiva o humana es concreción de la ley natural y consecuentemente también, por causa remota, participación de la ley divina. Eso en cuanto a su esencia. Pero no es así siempre en cuanto a la concreción histórica. Por eso Santo Tomás, siguiendo a San Agustín, advierte que la ley positiva injusta no es propiamente ley sino *corrupción de ella* y desde luego el ciudadano no está obligado a acatarla.

Múltiples y obvios ejemplos vemos a lo largo de la historia de conductas reputadas como delitos que no son injustas y que, en la definición de Mezger sólo encuentran el elemento “tipicidad” esto es, descripción de la conducta punible, y la “culpabilidad”, en cuanto al conocimiento de la pena prevista para la conducta desplegada, pero carecen del elemento esencial que es la “antijuridicidad”. Ejemplo de ello son los países que mediante la ley positiva reputan como delito el tener más de dos hijos, o que penalizan la libertad de expresar ideas distintas a las del partido gobernante o penalizan la práctica religiosa evidenciando un desprecio por la juridicidad, al sancionar penalmente conductas que no son antijurídicas.

III- LA CULPABILIDAD

Es la reprochabilidad de la conducta antijurídica que requiere como sustento la conciencia del acto, es decir la capacidad y voluntad puestas al servicio del obrar antijurídico.

Su premisa es la imputabilidad del autor, en cuanto este comprende lo que hace y quiere realizar el acto injusto. La culpa supone el conocimiento del orden que se vulnera y la voluntad de vulnerarlo. Existen elementos que influyen en la culpabilidad ya sea para excluirla o para acentuarla. Para la dogmática penal, la ignorancia o el error de hecho y el obrar bajo amenaza o coacción excluyen la culpabilidad.

Para Santo Tomás existen factores que influyen en la culpabilidad y que pueden excluirla, como la violencia o el miedo ejercidos sobre el ejecutor o bien pueden acentuarla, como en la concupiscencia, en la que aumenta el grado de voluntariedad en el acto, salvo que llegue a privar totalmente del conocimiento, como sucede en aquellos a quienes la pasión torna locos”. (S.T. I-II, 6,7)

Respecto de la ignorancia expone que cuando esta priva del conocimiento afecta al acto tornándolo involuntario. Pero advierte que no toda ignorancia destruye ese conocimiento, así por ejemplo cuando la ignorancia es voluntaria o no se sabe lo que el sujeto está obligado a saber. La ignorancia también excluye la culpabilidad cuando es causa de “querer lo que de otro modo no se querría” Así, por ejemplo el que queriendo matar un ciervo dispara una flecha sin saber-habiendo tomado todas las precauciones- que transita por el lugar un hombre y lo mata. Por el contrario, no excluye la culpabilidad si quien deseaba matar a su enemigo y sin saberlo lo mata, creyendo que mataba un ciervo. Se refiere a lo que cree estar haciendo – matar el ciervo- pero de saber lo que realmente está haciendo- matar a su enemigo- no dejaría de hacerlo. (S.T. I-II, 6,8)

IV- LA PENA

Muchos autores antes y después de Mezger, consideraron la pena un elemento esencial del delito, por cuanto toda conducta culpable y antijurídica sería merecedora de la sanción penal. Otros consideraron, como Mezger, que ello no es así, por cuanto en realidad la aplicación de una pena puede darse o no según diversas circunstancias. Así, no habrá imposición de pena si el delito prescribió al momento de ser juzgado, o si el delincuente falleció antes de que le sea impuesta la pena o fue beneficiado por la aplicación de institutos como la amnistía o el indulto. En rigor la pena es una consecuencia posible del delito.

Para Santo Tomás la pena es un acto de justicia. Tiene que ver con lo retributivo, y en la distinción entre justicia distributiva y conmutativa, con esta última en cuanto a la reparación que la ofensa del delito exige, en términos de igualdad. Pero también con la distributiva en cuanto a que la justicia conmutativa presupone siempre una previa actuación de la justicia distributiva. Esto es, las conmutaciones se dan dentro de un marco, de una

estructura proporcional establecida por un acto previo de distribución. En este caso, es la comunidad, a través de la ley penal, la que precisa, previamente los bienes que han de protegerse, la proporción existente entre ellos, las conductas que los afectan y el modo o grado en que esto ocurre, y el sistema, tipos y escalas de penas que parecen aptos para la consecución de sus fines. (cfre.: Codesido Eduardo-De Martini Siro: El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino” El Derecho, 2005, p. 32).

Para el derecho penal moderno el fin de la pena tiene esencialmente un carácter retributivo. Así, la pena como retribución es entendida como castigo al delincuente, como un *plus* de la reparación debida por el daño producido, esto es, quien se apropia de lo ajeno por ej., no sólo debe devolver el objeto apropiado- si es posible- sino también afrontar la pena prevista para el delito.

Va de suyo que hay daños no reparables, como el homicidio o las lesiones que dejan secuelas. Por eso el derecho penal es derecho de excepción y fluye allí donde el resto del ordenamiento jurídico resulta insuficiente para asegurar el bien de la comunidad. Y lo hace con ese plus, el del castigo al delincuente. El temor a la rigurosidad de ciertas penas (como la cárcel o la pena de muerte) puede obrar como efecto disuasivo para evitar que se perpetren los delitos. Pero también, por su naturaleza de derecho público, el derecho penal actúa como una adecuada limitación de la ley del talion, especialmente por la inutilidad que su rígida aplicación puede significar. Arrancar el ojo del agresor no devolverá el ojo al agredido.

Santo Tomas nos muestra que la pena impuesta como castigo, en contra de teorías actuales en boga-las llamadas teorías abolicionistas-no contrarían el orden natural, siempre y cuando claro se respete aquello tan esencial que es la proporcionalidad de la pena con respecto a la ofensa producida.

Atribuye el doctor angélico a la pena ante todo un fin medicinal, más que retributivo, por cuanto lo retributivo propiamente dicho está dado al Creador. *“Las penas que Dios imponga en la vida futura responderán a la gravedad de la culpa, de donde el apóstol dice que el juicio de Dios es según la verdad contra aquellos que realizan tales cosas (Rom.2.2.) Mas las penas que se infieren en la presente vida, sea que vengan de Dios, sean del hombre, no siempre están de acuerdo con la gravedad de la culpa. Porque a veces una culpa menor es castigada temporalmente con una pena más breve, a fin de evitar un peligro mayor; pues las penas de la vida presente son aplicadas a la manera de medicinas”* (De Malo, q. 2 art. 10. ad. 4)

Esto tiene que ver, entre otros aspectos con que el juicio de Dios siempre será según la verdad, esto es, con un perfectísimo conocimiento de las intenciones, circunstancias,

atenuantes y agravantes, lo que permitirá que la pena responda a la gravedad de la culpa. Los juicios humanos, en cambio, se encuentran en la dificultad y a veces imposibilidad, de retribuir a cada cual según sus merecimientos y esto sencillamente porque hay una cierta incertidumbre propia de los asuntos humanos. Al hombre le es dado solamente alcanzar en sus juicios *“una certeza probable que alcance a la verdad en la mayoría de los casos”* (S.T. II-II, 70-2)

Se infiere de ello que lo retributivo está reservado a Dios en razón de su infalibilidad y en cambio *“las penas de la vida presente no se infligen por sí mismas, puesto que no ha llegado aún el tiempo último de la retribución, sino en cuanto son medicinales y sirven, ya para la enmienda de la persona que peca, ya para el bien de la república, cuya tranquilidad se procura por el castigo de los delincuentes”*. (S.T. II-II, 66)

Entiéndase que Santo Tomás no niega el carácter retributivo de la pena en sentido temporal, sino que da a entender que una exacta retribución, en términos de justicia conmutativa, sería insoportable e impracticable. Así lo sintetiza en la siguiente proposición: *“las penas de la vida presente son más bien medicinales que retributivas, porque las retributivas están reservadas al juicio divino, que se hará, según la verdad, contra los pecadores. Por esto en el juicio de la vida presente no se aplica la pena de muerte por cualquier pecado mortal, sino solamente por aquellos que irrogan un daño irreparable o también por los que entrañan una horrible perversidad y en consecuencia por el hurto que no causa un daño irreparable no se aplica, según el juicio temporal, la pena de muerte”*. (S.T. II-II, 108, 3,2)

Por otro lado, como la pena es padecimiento, existe siempre, aun en el plano temporal un aspecto de retribución en la pena aun cuando el fin de esta sea esencialmente medicinal.

Adviértase que lo medicinal para Santo Tomás también es aplicable en la pena de muerte, del modo en que se extirpa el órgano gangrenoso para preservar el resto del cuerpo. Es medicinal para el resto de la comunidad, y aun para el mismo condenado a muerte, que tiene la posibilidad del arrepentimiento en el trance que va de la condena a la ejecución y así salvar su alma. (S.T. II-II, 64,3)

Del mismo modo, para Santo Tomás, la pena de cárcel es lícita si se hace según el orden de la justicia, bien por castigo, bien por precaución, para evitar algún mal. (S.T. II-II 55, 3).

Asimismo y aunque ello salga de la esfera punitiva pública, resulta ilustrativo recordar que el aquinate recomienda a los padres no descartar el azote para enmendar al hijo (o el dueño al siervo descarriado) en tanto y en cuanto este signifique dolor y no mutilación.

Aunque esto pudiera causar espanto es dable decir que en términos de psicología bien entendida, equivale a expresar que es bueno que los padres pongan límites a los hijos, aun cuando fuera menester recurrir al castigo físico, porque los elementos de justicia y proporcionalidad están presentes en la recomendación.

VI- EL JUICIO PENAL

Lo propio del juez es la determinación de lo justo en el caso concreto por medio del juicio. (Codesido, ob. citada, p. 69)

Conceptos como el debido proceso y el derecho de defensa también tienen cuño en el pensamiento tomista. Aunque es dable realizar algunas precisiones:

En la imposición de la pena, el juez, en razón de su oficio no tiene como opción la misericordia, salvo que la ley le conceda esa potestad. *“Porque aquel juez que está encargado de castigar una culpa cometida contra otro hombre, o contra toda la sociedad, no puede perdonar la pena sin faltar a la justicia”* (S.T. III- 46-2-3). Es que el juez dicta la sentencia en nombre de la potestad pública. De ahí que, *“no puede el juez absolver al culpable por parte de la república cuya potestad ejerce y a cuyo bien pertenece el que los malhechores sean castigados”* (S.T. II-II, 67, 4)

La misericordia del juez puede darse en cambio, *“en lo que la ley deja a su arbitrio”* (S.T. II-II. 67, 4) esto es por ej. la posibilidad de imponer la pena mínima dentro de la escala que establece la ley. Porque *“es propio del hombre de bien disminuir las penas”* (Aristóteles, E.N-V) Y Santo Tomás nos da elementos de ponderación prudenciales para ser tenidos en cuenta en el caso concreto, ya que introduce la misericordia como un modo posible de aplicación de la pena, que tendrá sentido si ello no significa quebranto moral para la víctima del delito, que sucedería por ej. si se aplica la pena mínima de un delito grave, sin que haya mediado arrepentimiento del reo.

La apreciación de Santo Tomás se da de bruce con el mal entendido “garantismo” de nuestros días que provoca enormes injusticias al inclinar la balanza a favor del reo, en detrimento no sólo de la víctima del delito, sino de toda la sociedad que resulta pasiva expectadora de la injusticia que significa el delito no castigado o con sanción irrisoria, dejando sin efecto el efecto retributivo de la pena. En ese sentido, Santo Tomás, no deja lugar a dudas, en cuanto a que el juez debe imponer la pena al acusado de un delito comprobado. Porque, como hemos dicho, la pena para Santo Tomás, es un acto de justicia, por lo tanto la ausencia de pena en el delito comprobado es una injusticia para la víctima del delito y para la sociedad toda.

Otro aspecto, entre muchos más que aborda el doctor angélico, es el de la confesión del reo. En ese sentido cabe recordar que, en clara diferenciación con el concepto del debido proceso moderno, para Santo Tomás no es lícito que el reo mienta o que calle la verdad que se le exige revelar. Con mayor razón no puede mentir si con ello perjudica a un tercero. (S.T. II-II, 59, 1,2) Esta es tal vez la cuestión más disputada en la teología moral, ya que el mismo código canónico en su canon 1728 establece que el acusado no tiene obligación de confesar el delito ni puede pedírsele juramento.

Finalmente no quiero soslayar una referencia mínima al abogado que defiende causas injustas. Ello no es privativo del derecho penal. Causas injustas las hay en materia civil y en cualquier otra rama del derecho. Lo que Santo Tomás previene es que el abogado que a sabiendas defiende una causa injusta peca gravemente (II-II, 71, 3). Al que le quepa el sayo, se lo ponga...

Carlos José Mosso

Justicia, misericordia y derecho penal

Aplicar una pena al que cometió un delito es una exigencia de la justicia, siendo el carácter de la pena temporal de carácter más medicinal que retributivo, en el pensamiento de Santo Tomás, lo que no es óbice para que opere la misericordia en el margen que la ley permite al juzgador.

Carlos José Mosso, abogado, ex profesor de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la Universidad del Salvador, en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica de Salta. cjmosso@gmail.com