

Magfco. y Excmo. Sr. Rector, Excmas. e Ilmas. Autoridades, Miembros de la Comunidad Universitaria, queridos colegas y amigos:

Hace poco más de dos meses¹, en su carta pastoral con motivo del Año de la Fe, el Rector Honorario de la Universidad Austral, Mons. Javier Echevarría, nos dirigía una vibrante exhortación a los profesores universitarios católicos. En ella, nos instaba a asumir –entre otros– el reto de fomentar “que muchas personas e instituciones, en todo el mundo, promuevan –empujados por el ejemplo de los primeros cristianos– una nueva cultura, una nueva legislación (...) coherentes con la dignidad de la persona humana y su destino a la gloria de los hijos de Dios en Jesucristo”. Ello se traducía en dos exigencias fundamentales. Por un lado, la de perseverar junto a nuestros colegas, católicos o no, creyentes o no, en el empeño por “la búsqueda y difusión de la verdad, animado(s) por el recto afán de colaborar en la configuración de un saber que supere la fragmentación y el relativismo”. Por otro lado, la de mostrar coherencia cristiana tanto en la disponibilidad hacia alumnos y colaboradores, como en la rectitud con que se enfoca el trabajo personal y el empeño por formar discípulos y transmitir el saber.

¿Cómo puede hacer frente a ese reto un jurista y, en concreto, un penalista? Obviamente, la respuesta ha de ser personal y hay tantos caminos como personas. En el caso de quien les habla, ello plantea la permanente urgencia de efectuar una aproximación antropológica a la ciencia del Derecho penal, así como a las teorías del delito y de la pena en las que aquella se concreta. Una doctrina del Derecho penal que se conciba como ciencia (búsqueda de la verdad) no puede limitarse a la mera interpretación de la legislación positiva. Pero tampoco puede reducir su autocomprensión a la tarea de efectuar profecías acerca de lo que harán los tribunales². Por el contrario, la ciencia paradigmática del Derecho penal –la dogmática– ha de asumir como objeto permanente la construcción de un estado de “deber ser del Derecho penal” (*Sollzustand des Strafrechts*), con respecto al cual el Derecho vigente no tiene

¹ Carta del Prelado del Opus Dei sobre el Año de la Fe, 29 de septiembre de 2012, n.17 y ss.

² Vid, sin embargo, *O.W. Holmes, The Path of Law*, Harvard Law Review vol. IX, 1897, p. 460: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”.

otra propiedad que la de lo casual y lo provisional³. Así, los conceptos de la dogmática, como conceptos del Derecho, no pueden sino estar ordenados a describir un actuar correcto (justo, racional) y en esa medida se someten a una lógica práctica. El Derecho vigente, por su parte, se toma como material de comparación a fin de determinar si contiene regulaciones correctas o incorrectas.

En este punto se halla, por lo demás, la contribución de la dogmática a un Estado democrático de Derecho. En efecto, si no existen criterios de verdad sobre el bien y el mal, la democracia se convierte inevitablemente en una provisional convergencia de intereses opuestos, una convivencia de compromisos entre intenciones. Ello tiene la consecuencia de que, cuando se confrontan dos intereses y ninguno de ellos puede apelar a una razón universal, en la ley acaba por manifestarse el interés del más fuerte. La dogmática aparece así como el reducto de la razón práctica frente a un Derecho legal revelado como un mero instrumento de poder.

En la búsqueda permanente de criterios de imputación justa⁴ de responsabilidad, la dogmática del Derecho penal investiga un Corpus de conceptos transmitido, que ha ido creciendo al paso de la historia⁵. Este Corpus, con origen en Aristóteles, proviene asimismo del Derecho romano y del Derecho canónico medieval. Sin embargo, es cierto que obtiene sus perfiles actuales tras su recepción por el iusnaturalismo protestante del S.XVII y, luego, por el idealismo alemán. Ellos conforman las bases de su esplendor actual pero, probablemente, también de algunas de sus miserias.

Entre ellas, cabe contar la posición reduccionista que parte de que sólo hay dos respuestas a la pregunta sobre la autoría de las acciones humanas: o bien se acepta un “yo cartesiano” (*res cogitans*) inmaterial, separado del cuerpo, de sus sentimientos y su desarrollo vital; o bien se entiende que la causa de las acciones debe estar en el propio

³ Zaczek, Was ist Strafrechtsdogmatik?, en: Festschrift für W. Küper zum 70. Geburtstag, 2007, pp. 723 y ss., 727.

⁴ En tiempos en los que parece haberse difundido en el imaginario colectivo un cierto relativismo por momentos rayano con el nihilismo todo esto puede sonar a anticuado iusnaturalismo. Ahora bien, lo cierto es –por un lado– que al iusnaturalismo se deben tanto en su día la propia modernidad jurídica como, ahora, también la crítica a los desvaríos de la razón instrumental en la modernidad tardía. Por lo demás, precisamente investigaciones recientes de base empírica ponen de relieve algunas de las tesis fuertes del iusnaturalismo. Así, que a la naturaleza humana le es inherente una gramática moral, previa a la cultura y a la educación, que le permite distinguir en términos universales entre el bien y el mal. Cfr. Philipps, Moralische Doppelwirkungen -die Wiederkehr einer naturrechtlichen Denkfigur aus dem Internet, en: FS f. Hassemer, 2010, pp. 199 y ss., 206-207, aludiendo a la obra de Marc Hauser, Moral Minds. How Nature Designed Our Universal Sense of Right and Wrong, 2006.

⁵ Hruschka, Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der “actio libera in causa”, en: FS f. Link, 2003, pp. 687 ss.

cerebro. El dualismo a que nos abocan el idealismo y el empirismo nos condena a una subjetividad sin mundo y sin cuerpo y a un mundo material reducido a lo físico.

Ello debería hacer pensar en las posibilidades de una respuesta desde la latinidad. La propuesta de un Corpus latino, que quizá debiera tomar en cuenta las posibilidades actuales de la Escolástica hispánica tardía, sería realista, ecléctica, objetivo-subjetiva y fáctico-simbólica. Así, a partir de que el naturalismo y el subjetivismo idealista se retroalimentan, haciendo desaparecer lo auténticamente humano⁶, el reto del enfoque realista del Derecho penal sería llevar a cabo una crítica del apriorismo constructivista del idealismo. Esto es, rechazar el dualismo antropológico, sin incurrir en un monismo antropológico materialista. Para ello es necesario replantear la cuestión acerca del ser humano.

El ser humano, en efecto, no es una subjetividad descarnada que disponga de un organismo natural⁷. Por el contrario, “el cuerpo humano es el hombre mismo”⁸. Lo que debe conducir a una tesis de dualidad en la unidad: que el hombre es uno en cuerpo y alma. A partir de aquí, cabe afirmar que el hombre no “tiene” cuerpo, sino que “es” cuerpo o, mejor, “corporeidad”. En realidad, “nada me pertenece menos que mi mismo yo; (...) mi yo personal es el lugar de la más profunda superación de mi mismo y del contacto con aquello de lo que provengo y hacia lo que me dirijo”⁹.

Esto último resulta decisivo. Pues, también para un penalista, la pregunta es por qué atribuir dignidad a un ser que se reputa, con razón, contingente (meramente contingente) y con respecto a quién, además, se afirma por algunos que obra de modo necesario ¿Acaso una atribución de dignidad en tal caso no constituye o bien un especiesismo arbitrario o bien la expresión de una mera voluntad de autoconstrucción con exclusiones e inclusiones asimismo arbitrarias? Planteada en estos términos, no extraña que haya quien señale que la dignidad de la persona es una estupidez¹⁰, o una carga, ni que se

⁶ *Spaemann*, Felicidad y benevolencia (trad. Del Barco), 1991, pp. 238 y ss., 246, indicando cómo se plantea que la conciencia procede de la evolución, al tiempo que procede a una construcción de la naturaleza.

⁷ La tesis contraria suele ser curiosa. Se afirma que tenemos un cuerpo (sobre el que disponer según criterios de disponibilidad: autonomía personal). Pero luego se niega además toda entidad al sujeto disponente (pues no somos más que un cuerpo material). La conclusión es que somos “un cuerpo que tiene un cuerpo” (!!).

⁸ *Spaemann*, Felicidad y benevolencia, p. 248.

⁹ *Ratzinger*, Ser cristiano en la era neopagana, 1995, p. 45.

¹⁰ La expresión es de *Pinker*, The Stupidity of Dignity, en: The New Republic 238:9 (Mayo 28, 2008), pp. 28 y ss., argumentando contra los que denomina “theocon” norteamericanos.

pretenda reducirla a la autonomía, ni que se afirme que constituye un vudú metafísico asumiendo el penoso papel de limitar las posibilidades de la modernidad y la ciencia en un mundo desencantado.

Sin embargo, en el marco de la búsqueda compartida de la verdad y del sentido por parte de creyentes y no-creyentes, que constituye uno de los rasgos fundamentales del más que incipiente post-secularismo occidental, merece consideración la asociación de la dignidad humana a la nuestra visión común como *imago Dei*, no sólo en el sentido de naturaleza dada (misterio, regalo, asombro que pide respeto), sino también en términos de “destino” compartido¹¹. Por eso, en realidad sólo por eso, no cabe –por ejemplo– tratar al autor terrorista del más abyecto de los crímenes sobre centenares de personas inocentes como si fuera un animal, ni cabe tampoco asesinarlo¹².

Desde esta perspectiva “familiar” que la referencia a Dios (o un método de pensamiento *etsi Deus daretur*) introduce en la vida humana, y que permite hablar de una fraternidad universal, la individualidad no puede caer en el individualismo. La socialidad, en efecto, aparece como integral al ser humano y no como algo añadido a éste. Es cierto que el conjunto de roles por el que somos reconocidos puede verse la máscara a través de la cual resuena (*per-sonat*¹³) “algo singular e indefinible y que, sin embargo, se puede identificar con una certeza absoluta”¹⁴. Sin embargo, sólo cuando se reconoce la existencia de un bien común que va más allá de intereses generales (que producen la idea de que la libertad de uno termina donde empieza la libertad de otro) puede advertirse la existencia de una libertad que, lejos de terminar al encontrarse con el otro, se multiplica.

Sentado todo lo anterior, resulta consecuente –según creo– afirmar que el delito no es la expresión de una naturaleza causalmente determinada, ni la conducta de un egoísta

¹¹ Meilaender, *Neither Beast nor God: The Dignity of the Human Person*, New York 2009, p. 2, 72. La idea rectora del libro es que negar el destino sobrenatural del ser humano es negar un elemento esencial de nuestra humanidad. En realidad, la dignidad se vulnera también cuando seres humanos intentan superar su carácter corpóreo y limitado pretendiendo llegar a ser más que las criaturas que son. Ésta es la tentación de la ingeniería genética.

¹² Como ha señalado el Tribunal Supremo de Israel, en el caso *The Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment vs. The Government of Israel and others* (HCJ 769/02) Dec. 11, 2005, §25: “Needless to say, unlawful combatants are not beyond the law. They are not “outlaws”. God created them as well in his image; their human dignity as well is to be honored”.

¹³ Es conocido el significado del término latino *persona* como máscara a través de la cuál puede resonar (*personare*) la voz del actor teatral (en griego *prosopon*).

¹⁴ Cruz, *Las malas pasadas del pasado. Identidad, responsabilidad, historia*, 2005, p. 26, citando a Hannah Arendt.

racional, pero tampoco la manifestación de la autocontradicción de una persona en Derecho. Se explica probablemente mejor en términos de obtención de una ventaja inicua. Así, es expresión de la racionalidad limitada y de la libertad imperfecta que, por otro lado, constituyen la dolorosa manifestación de la naturaleza herida del hombre.

Ello no excluye la responsabilidad individual y el consiguiente merecimiento del castigo, que periódicamente suelen dejarse de lado en un Derecho penal que hace del determinismo natural o social su criterio rector¹⁵. En efecto, si se elimina el merecimiento, toda relación entre castigo y justicia, más aún, toda la moralidad del castigo desaparece¹⁶. Ahora bien, con todo, conviene alertar ante la intensificación de estrategias de imputación meramente individualizadora¹⁷. En realidad, en muchos delitos es patente la concurrencia de elementos de corresponsabilidad social (desigualdad, marginación)¹⁸. En otros, puede apreciarse incluso el modo en que la existencia de estructuras de injusto penal (paralelas a las estructuras de pecado estudiadas en la teología moral¹⁹) influye sobre el comportamiento individual.

Por lo demás, como se ha indicado, no se es persona sin referencia a la comunidad y, por eso mismo, a la solidaridad²⁰. Esto significa, en concreto, que procede ver la comunidad como un “nosotros” y no como un “yo” cuya libertad se ve limitada por “los otros”²¹. Sólo una visión del delincuente como “uno de nosotros” y no como “uno de los otros” permite salir de una visión asépticamente proporcionalista del delito y de la pena, implicarnos en la suerte del sujeto condenado, así como –en fin– abrir la puerta al ejercicio de la virtud del perdón.

¹⁵ Cfr., por ejemplo, *Lüderssen*, Kollektive Zurechnung - individualisierende Haftung, en *Lüderssen/ Sack* (Hrsg.) *Vom Nutzen und Nachteil der sozialwissenschaften für das Strafrecht*, 2, Frankfurt 1980, pp. 737 y ss., 740: “*La criminalidad es un producto social (...) y a ello no se adecua el que para la lucha contra esta criminalidad se utilice como instrumento la responsabilidad individualizadora*”.

¹⁶ “...to be punished, however severely, because we have deserved it, because we ‘ought to have known better’ is to be treated as a human person made in God’s image”: *C.S. Lewis*, *The Humanitarian Theory of Punishment*, en: *20th Century: An Australian Quarterly review*, III, 3 (1949), pp. 5 y ss. (asimismo en: *God in the Dock: Essays on Theology and Ethics*, 1994, pp. 287 y ss).

¹⁷ *Günther/ Prittwitz*, Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht, en: *FS f. Hassemer*, 2010, pp. 331 y ss., 333

¹⁸ Subrayan esa tensión *Günther/ Prittwitz*, *FS f. Hassemer*, Heidelberg 2010, pp. 331 y ss., 332.

¹⁹ *Breen*, John Paul II, the Structures of Sin and the Limits of Law, *Loyola University Chicago School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper No. 2009-008*; *Ragazzi*, The Concept of Social Sin in Its Thomistic Roots, *7 J. Markets & Morality* 363 (2004).

²⁰ De ahí que, a mi entender, tenga razón *Kunz*, *Liberalismus und Kommunitarismus in Straftheorie und Kriminalpolitik*, en: *FS f. Kaiser*, 1998, tomo I, pp. 859 y ss., pp. 867 y ss., cuando se inclina por complementar la perspectiva liberal (proporcionalista) de la política criminal con otra de signo comunitarista (la teoría “republicana”).

²¹ *Kunz*, *FS f. Kaiser*, I, p. 868-869.

En estos momentos de profunda emoción, quiero evocar a mis padres de quienes aprendí que la razón y la fe van esforzadamente de la mano; agradecer a mi esposa Ana y a mis hijos que me hagan ver a diario que la vida es *praxis*; a mi hermano, al resto de mi familia, a mis amigos y discípulos que me den ejemplos cotidianos de cariño, lealtad y grandeza. Agradezco profundamente a la Universidad Austral –a la que me hallo vinculado desde hace casi dos décadas– que me haya honrado con la distinción de incorporarme a su claustro de doctores. Ella se propone en su ideario “servir a la sociedad a través de la búsqueda de la verdad, mediante el desarrollo y transmisión del conocimiento, la formación en las virtudes y la atención de cada persona según su destino trascendente”. Cuenten conmigo en esa ilusionante misión de servicio. Muchas gracias.

Jesús-María Silva Sánchez

12-12-12