

TITULO: DERECHO PENAL Y DERECHO NATURAL

AUTOR: Carlos Parma

(Prof. Titular de Der. Penal I y II: Univ. Católica de Cuyo - San Luis- ; Univ. Aconcagua y Univ. De Congreso- Mendoza-)

1. Preludio: El derecho penal y su misión

La idea que el Derecho Penal sirve para algo está instalada en el imaginario colectivo de cualquier sociedad, y aunque no se sepa cual es su fin, se presenta como parte de un sistema autopoietico.

Incansablemente se ha sostenido también que el Derecho Penal es un *instrumento de control social*. A diferencia de otras ciencias que operan conjuntamente en este sentido, el control que aquí se ejerce lleva como medio la sanción, aplicada de manera formal, racional y motivadamente^[1].

En esta misma inteligencia se elaboró la idea que el Derecho Penal, junto con otras tantas instituciones sociales, intervenía en la misión de *proteger bienes jurídicos*^[2], siendo “la forma en que se llevaba a cabo esa protección” su característica específica^[3].

Desde la dogmática jurídico penal se pensó también en la idea de “fin” del Derecho Penal como así también que éste podría constituirse en “la magna carta del delincuente” -según expresa Liszt- protegiendo no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella, garantizándole el derecho de “ser castigado sólo bajo los presupuestos legales”. De esta manera el derecho penal sería la “infranqueable barrera de la política criminal”. En tiempos contemporáneos la superación del Programa de Marburgo la plantea Roxin, al decir que “Derecho Penal y Política criminal no forman esos contrastes que tradicionalmente presentaban”. Al contrario, se advierte entonces la finalidad político - criminal, lo que da un sentido teleológico a la propia teoría del delito, alejándola de lo “abstracto conceptual”provenientes de los tiempos positivistas^[4].

La dogmática del derecho penal, en palabras de Roxin, ha sido descripta como “la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal”. En la teoría del delito la dogmática alcanza la cota más elevada de abstracción de estudio y desarrollo^[5].

Sin duda que la más radical y polémica opinión es la que ostenta el funcionalismo de Jakobs, para quien “el derecho penal *tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad*”^[6] . En este mismo sentido se expresa Lesch al decir: “El derecho penal sólo puede ser ejercido razonablemente si se entiende como un derecho penal funcional”^[7].

No es posible soslayar la cuestión sobre el “fin de la pena” del “fin del derecho penal”. Es obvio que este binomio funciona en unidad. Diría: “es como la sombra al cuerpo”.

Sobre el sentido de la pena es oportuno acotar que son largos y tediosos los pensamientos que se han vertido para poder clarificar el algo lo que es en sí mismo un “sinsentido”.

La posición agnóstica de la pena que defiende el gran Maestro Latinoamérica Zaffaroni no es una curiosidad, al contrario. Lo que si se sabe es que a través del derecho penal debe contenerse el poder punitivo del Estado. Según Zaffaroni es allí donde sirve el derecho penal, es decir si se logra como herramienta para reducir y contener el poder punitivo.

Desde lo personal veo que el lo práctico el único fin que tiene el derecho penal es SUBSISTIR. Precisamente como si fuera un sistema autopoietico. El derecho penal se crea y se procrea a sí mismo. Asu vez se retroalimenta con su entorno. Los actores interactúan, las instituciones se explican entre si, las leyes avalan el sistema y la cárcel termina siendo “un mal necesario” o la mentada “amarga necesidad” de la doctrina germánica. Mir Puig aclaraba que el fin de la pena es “valorativo, opinable y dependerá de la que le asigne el Estado”.

Lo definitivamente cierto es que “pretender que la pena impida el delito en todos los facinerosos es imposible”^[8] . La reflexión de Stratenwerth es elocuente y lacónica: “nunca podrá haber una solución definitiva”^[9] sobre el fin de la pena .

Cualquiera sea el fin que se le asigne al derecho penal , entiendo que si se comparte la tesis de “control social”, que gira en torno a la misión del derecho penal, no puede desprenderse de las exigencias del bien común, so pena de dejar vacío de contenido a todo el sistema.

2. El Derecho Natural y el derecho penal: tres referentes.

I. La llamada Escuela Clásica del Derecho Penal estableció un conjunto de principios y doctrinas que agruparon autores cuyos rasgos comunes era la adhesión al Derecho Natural. Aplicando el método deductivo o especulativo se fijó un límite al derecho de castigar . Esta época se encuentra marcada por el respeto a los derechos individuales, ya sea en el proceso o bien en cuanto a la imposición de penas, lo que de suyo pone en evidencia la importancia que tiene la libertad como bien supremo en el hombre. Fontán Balestra sintetiza esta escuela así: a) el delito no es un ente de hecho, sino un *ente jurídico*, una relación contradictoria entre el hacer del hombre y la norma de la ley (Carrara); b) el Derecho Penal tiene un fin de tutela... la pena es un medio de tutela... restablece el orden alterado por el delito y tiene el carácter de un mal... su límite lo da la equidad. La pena

debe ser proporcionada al delito, cierta y conocida, segura y justa; c) la *responsabilidad* se sustenta en el LIBRE ALBEDRIO y la imputabilidad moral. Teniendo el hombre la libertad para decidirse en la elección del bien y del mal, se decide por este último^[10].

Dable es recordar que lo más granado de la Escuela Clásica se expresó en Italia y sus cultores fueron Romagnosi (1761-1835) y Carmignani (1768-1843). El cenit de la misma fue alcanzado por el gran maestro de Pisa: Francisco Carrara (1805-1888), sin perjuicio esto de considerar los aportes dados con posterioridad por Pessina (1828-1917). En tanto en Alemania la idea “clásica”^[11] es llevada a la máxima expresión por V. Liszt, Beling y Binding. II. Planteamos un segundo referente: la denominada “*naturaleza de las cosas*”^[12]. Esta concepción iusnaturalista^[13] difundida con particular arraigo jurisprudencial después de la segunda guerra mundial, fue defendida por Dietze, Maihofer^[14], Welzel y Radbruch entre otros.

Welzel, fundador del “finalismo”, afirmó que existen ciertas estructuras ontológicas, que denominó “estructuras lógico - objetivas”, que ponen límites a la voluntad del legislador. Este aspecto “final de la acción humana” sería insoslayable en el análisis del delito. Para Welzel la “misión del Derecho Penal es amparar los valores elementales de la vida en comunidad”^[15]

Karl Larenz, quien es a menudo sindicado como el creador de la Teoría de la Imputación Objetiva, afirmaba que estos principios o normas “no tenían vigencia en virtud del establecimiento o de la autoridad de un legislador, ni por convicción jurídica generalizada, sino por causa de la justeza”^[16]

Radbruch entendía que “la naturaleza de la cosa es un medio de interpretación y de complementación de lagunas siempre que el sentido de la relación vital que ella proporciona y la idea que le sirve de base, no contradiga el espíritu de la ley”. Sostiene además que sirve este esquema de “ultima ratio”, siendo de esta manera la naturaleza de la cosa una idea rectora para el legislador^[17].

Resulta ilustrativo la figura pedagógica que nos da Javier Hervada al decir: “la realidad jurídica es una y ella contiene elementos que en parte proceden del acuerdo o del “pacto” humano y en parte de la *naturaleza de las cosas*”^[18]

III. Un tercer criterio lo rescatamos del llamado “*iusnaturalismo de soluciones*”. Aquí el derecho penal arriesga un giro copernicano a partir del loable trabajo de Roxin. Así la idea de incorporar cuestiones de política criminal a la dogmática jurídica y dirigir ésta a las consecuencias, transparentaba la gran preocupación del maestro de Munich cual era “el fin y la función de la pena”. La finalidad de la justicia y la necesidad o no de pena servirían de base para la aplicación de la misma.

Se observa también que el reciclaje de la teoría de la imputación objetiva ha servido para solucionar conflictos deteniendo el análisis a la “altura del tipo” sin necesidad de penetrar en otras categorías.

Si a esto le sumamos la idea de “derecho penal mínimo” o bien la tesis de un “derecho penal de dos velocidades” (Silva Sánchez), fluye una clara tendencia del derecho penal “posmoderno” a solucionar en forma práctica conflictos.

Goldschmidt era claro cuando describía el “iusnaturalismo de soluciones” al decir que: este iusnaturalismo no descubre normas, ni principios sino que “*es una colección de soluciones de casos concretos o genéricos*”. Este “iusnaturalismo” entiende que una vez encontrada la solución del caso, se infiere de ella un principio. En otras palabras, el principio no es la fuente de la solución sino la solución la fuente del principio^[19].

La tesis que sostengo relativa al entronque del derecho penal con este “iusnaturalismo de soluciones” se ve abonada “ad homini” por la misma visión que tiene al respecto el maestro Silva Sanchez, quien ha dicho que “en la propuesta metodológica de Roxin late una visión de la dogmática jurídico penal *ciertamente superadora del modelo positivista*”^[20], destacándose en él una fuerte influencia neokantiana.

3. El derecho penal y los iusnaturalismos modernos. Un caso paradigmático.

A. *El hombre*: Creemos con razón la afirmación que “todo derecho penal está antropológicamente fundado”, pues se recorta sobre la imagen del hombre apreciado como actor social”^[21]. Es que como afirma Martínez Paz, la pregunta ¿que es el hombre? no puede ser dejada de lado cuando se trata de reflexionar acerca de la naturaleza del derecho o de encontrar la medida de la justicia^[22].

El hombre persigue fines, es potencialmente artífice de su propio destino y así se presenta ante nuestros ojos: *libre, germinal y jugoso*^[23]. Como sujeto “dinámico de valores” el hombre se realiza a sí mismo mediante el juicio moral y la acción correspondiente^[24].

Por otra parte somos conscientes que el núcleo actual del iusnaturalismo moderno fueron los derechos del hombre^[25], hoy llamados *derechos humanos*, que son tema central en la vida práctica de la gente y obligada reflexión de la filosofía jurídica^[26].

B. *Un fallo judicial*: La impronta impuesta por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemán), el 24 de Octubre de 1996, por unanimidad, en el caso “Mauerschützenprozesse” (los defensores del muro)^[27] obligó a una comunidad toda a reflexionar sobre los “hard cases” (Casos difíciles en el criterio de Dworkin)^[28]. En esta inteligencia no debemos estar ausentes del arduo debate académico^[29] que gira aún sobre

este fallo y que sin duda arroja una luz de claridad también para el problema que nos ocupa, cual es lo peligroso que una ley injusta se aplique.

El Tribunal pudo operar y aplicar el derecho conforme lo que entendió justo, tomando criterios de derecho natural a los que consideró cognoscibles. Rescató la tesis que “es imprescindible que el Derecho satisfaga un mínimo de moral o de justicia”.

Puede rescatarse al respecto la superación que Adela Cortina realiza de la idea de “*minima moralia*” de Adorno. A esta ética mínima Cortina agrega “una antropología de mínimos capaz de sustentar la existencia y validez de los derechos humanos”^[30].

Así es que el Tribunal Constitucional Federal ratifica el respeto por los derechos humanos fundamentales, que constituyen un núcleo de exigencia moral mínima de derecho natural, digamos en términos de Radbruch “un umbral mínimo” por debajo del cual las normas pierden el carácter de justas y por ende de jurídicas.

C. La línea de Oxford: Dworkin y Finnis. Reflexiones acerca del derecho injusto y la nueva concepción “iusnaturalista”

Dworkin, desde el “*iusnaturalismo sociológico*”, enseñaba que el derecho es un fenómeno social argumentativo, donde las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento^[31].

“La actitud del derecho es constructiva. Su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado” .

Agregaba éste maestro de Oxford que hay que tener en cuenta que en el derecho, junto a las normas jurídicas, o por encima de ellas, operan estándares que limitan su alcance. Son mecanismos (la “directriz” y los “principios”) de los que hechan mano los jueces en la interpretación de las normas. Son una suerte de “metanorma”^[32]

Finnis por su parte, respalda la vigencia del derecho natural en función de la moral y de la razonabilidad práctica arribando a conclusiones muy valiosas para entender el derecho justo e injusto.

Sostengo el criterio que “*Las expectativas sociales institucionalizadas deben pasar necesariamente por un matiz de razonabilidad para poder resolver el problema central, aspirando siempre al bien común*”.

Finnis se aventura a decir que lo principal en el ámbito jurídico son las normas. Reafirmando esta concepción, hoy en día este pensamiento se ha consolidado, ya que “los juristas elaboran sus conceptos a partir de las normas. Esto no significa que trabajen exclusivamente con material normativo”, pero sí nos parece cierto, debo reconocerlo, que “las normas jurídicas son un concepto básico, o elemental, del discurso jurídico

contemporáneo”^[33]. Pero para ser relevantes en el mundo del derecho deben pasar por un tamiz de razonabilidad para alcanzar el caso central (justo).

La cuestión a plantearse en un primer nivel será: *lex injusta non est lex...* (“el derecho injusto... ¿es derecho?”). Y es aquí donde el positivismo ha mostrado su lado oscuro.

Intentaremos una obligada síntesis al respecto. Si bien Platón, Cicerón y Aristóteles refirieron observaciones al respecto, fue San Agustín quien arriesgó la idea que “una ley que fuese injusta no parecería ser ley”. Tomás de Aquino lo citó, pero en forma más mesurada enseñó que se trataba de “actos violentos”, concluyendo que “*non lex sed legis corruptio*”, es decir “cuando la ley del hombre es en sí misma directamente contraria a la ley de la razón o a la ley de Dios, entonces no puede llamarse correctamente ley sino corrupción”. Así se plasmó durante años la concepción *ius naturalista*: “determinadas reglas no pueden ser ley debido a su iniquidad moral”.

En el siglo XX, Kelsen respondía afirmativamente el acertijo: “en tanto se cumpla con una serie de requisitos legales el derecho injusto no se puede negar que es derecho”, diría el maestro de Praga^[34]. En las antípodas del positivismo kelseniano se encontraba Radbruch, quien le negaba validez al derecho si violaba derechos humanos, ya que habría un límite en el legislador en cuanto no puede obligar lo imposible^[35].

Radbruch advierte la necesidad histórica de rescatar en la segunda mitad del siglo XX los “derechos humanos” como garantía de libertad. Dice, que el respeto ciego a la ley que postuló el positivismo hizo posible la implementación de un régimen totalitario por ello resulta valioso “reflexionar nuevamente sobre los derechos humanos que están por encima de todas las leyes . En su obra “Filosofía del Derecho” sostenía que “derecho es la realidad cuyo sentido consiste en servir a la idea del derecho”. Para él la idea del derecho está constituida por tres elementos fundamentales: *la justicia, la seguridad y la finalidad o funcionalidad*. Estos tres elementos están en permanente tensión y hasta contradicción entre sí, sin que la filosofía del derecho pueda indicarnos cuál de ellos debe prevalecer, porque la vigencia de estos valores jurídicos cambia según las épocas y las necesidades históricas de la sociedad... esto hace a la relatividad axiológica”. Pero aclara que “*cuando la injusticia del derecho positivo alcanza una medida tal que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo carece de significación frente a esta injusticia, el derecho positivo injusto tiene que ceder ante la justicia*”^[36].

La naturaleza de la cosa -sentencia Radbruch- es la pauta de todos aquellos que se esfuerzan por aminorar el rudo dualismo entre deber ser y el ser, realidad y valor, buscando la razón en los entes; es un lema en la lucha entre dos ideologías que en la historia del pensamiento clásico alemán se encarnó en dos grandes figuras Kant y Goethe...”^[37].

La tesis de Radbruch plasmada en “Injusticia legal y derecho suprallegal”, que indicaba que el “derecho incorrecto debe retroceder ante la justicia”^[38] fue citada por el Bundesgerichtshof (BGH St, Corte Federal de Alemania) siguiendo sus precedentes y analizada por Jakobs^[39], en el caso “los defensores del muro” que citamos precedentemente. Sodero dice que “la fórmula de Radbruch no identifica el derecho con la facticidad de la ley conforme al ordenamiento y la eficacia social, sino que establece para esa facticidad un límite en el umbral hacia la extrema injusticia, haciéndole perder allí el carácter jurídico y la validez jurídica”. Este criterio es respaldado por Alexy quien didácticamente dirá: “la injusticia extrema no es derecho”^[40].

Se dice que el fallo “los defensores del muro” sigue el derrotero que trazara oportunamente el juicio de Nüremberg a los criminales de guerra nazis. Esta jurisprudencia hizo opinar a Rommen sobre el “eterno retorno” del derecho natural. En opinión de Sacheri “es lo que se le debe al hombre en virtud de su esencia”, esto es por el sólo hecho de ser hombre^[41].

Aunque se aproximó al ius positivismo, el realismo escandinavo de Alf Ross, intentó soluciones alternativas diciendo que el modelo de ciencia jurídica debía ser no sólo descriptivo sino empírico. Es decir que la validez de una norma, sea justa o no, debía verificarse sobre la base de experiencias. De esta forma una validez “a priori” debía rechazarse, ya que el derecho no puede estar por encima del mundo de los hechos^[42].

Es oportuno señalar que Ross se ha opuesto reiteradamente a la “autorreferencialidad normativa” de Luhmann por considerarla lógicamente inadmisibles. Hay que considerar aquí que Ross pensaba que las normas hablan con frecuencia como si detrás del tiempo, del mundo y del espacio existiera otra realidad, un *mundo de relaciones jurídicas* determinadas por fuerzas puestas en libertad por hechos creadores, modificadores y extinguidores^[43].

John Austin -iuspositivista- entendía que sostener que la ley que contradiga mandato divino no es vinculante, es “enunciar un completo sin sentido”, pues las más perniciosas leyes realmente se han aplicado por los Tribunales. Geach niega importancia en cuanto llamarlas “leyes”, lo trascendente es “qué consecuencias se siguen”, agregando: “una legislación injusta existe de facto, como institución: pero no es un deber de justicia obedecerla, aunque pueda ser imprudente ignorarla”.

En su reconocida obra: “Derechos en Serio”, Dworkin vierte una profunda crítica al sistema iuspositivista y sugiere cambio de paradigma hermenéutico para replantear el papel del derecho, cuestionando el liberalismo político, apoyado en una ética liberal. El concepto central de su argumentación “no será el de libertad, sino el de igualdad”^[44].

Johannes Messner enfrenta con particular acuidad el conflicto “naturaleza y razón” y “los fines existenciales de la naturaleza humana”. Así dice: “la conciencia moral del hombre

individual completamente desarrollada, cuando se pregunta por el sentido de la vida, se ve remitida a los fines existenciales, que se encuentran trazados en la naturaleza humana... de allí que el principio de moralidad responda al de realidad, tomándose como parámetro para juzgar la rectitud o incorrección del funcionamiento de las instituciones y “sistemas sociales”^[45].

En Argentina, Sagües sentenció que “el comportamiento estatal injusto es, simultáneamente, inconstitucional”. Así fue aceptada esta posición por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en reiterados fallos (Saguir Dib; Maurizio, 305; 614; Nordensthol, 307; 326; etc.)^[46].

Karl Larenz calificó a la norma de la responsabilidad por el riesgo creado como “principio del derecho justo”. En su doctrina define al derecho justo como aquel que está internamente fundado, es decir que posee “exigibilidad intrínseca”. Esa clase de principios “no tienen vigencia en virtud del establecimiento o de la autoridad de un legislador, ni por una convicción jurídica generalizada, sino por su justeza”

Ya podemos entonces ingresar a la idea de Finnis, que a contrapelo del ius naturalismo clásico, se atreve a decir que “*el derecho injusto es derecho*”^[47]... pero de novedosa forma.

Esta aceptación de que el derecho injusto es derecho (secundum quid) no resulta ajena, por cierto, al pensamiento de Tomás de Aquino, como lo demuestra el propio Finnis^[48]. Por ese motivo, para este autor, aquél integra el objeto de la ciencia jurídica; afirmación que supone un deliberado intento de acercamiento de esta teoría del derecho natural al positivismo jurídico. El problema es que el ius positivismo, en su aceptación de un concepto amplio de derecho, que incluya al derecho injusto, éste será un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo^[49].

Finnis apela a lo que llama el “*caso central*” de la realidad analizada y el “*caso periférico o aguado*” de esa misma realidad.

Dicho sea esto con un pedagógico ejemplo: “un vaso de gaseosa puro es un caso central de gaseosa, mientras que un vaso de gaseosa con un pequeño agregado de agua o mucho hielo, también es gaseosa, pero aguada. Esta versión “aguada” no deja de ser gaseosa, a tal punto que quien la toma puede engañarse. De esta manera, afirma Finnis, un derecho injusto es un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo. Finnis entonces acepta que lo más relevante en el ámbito jurídico son las normas, pero éstas deben pasar por un *tamiz de razonabilidad*, así podrán acercarse al derecho justo.

Este maestro australiano, coincide con Raz y Hart al decir: “ que la realidad central sub examine está constituida por reglas y por instituciones encaminadas a brindar vigencia y eficacia a esas reglas”, por eso su teoría se sustenta en la práctica social de la coordinación autoritativa de conductas mediante reglas”.

El caso “central” lo constituyen normas e instituciones que permiten la implementación ^[50] del sistema. Esta ley positiva es lo que el *lawyer* tiene ante todo ante su vista ^[51].

Si se admitiese este tópico, dable es razonar como corolario que “ *el caso central sería la expectativa social institucionalizada*”. En tanto, si ésta fuera injusta, sería “*un caso licuado*” de aquella.

“El derecho introduce precisión y claridad, y por tanto previsibilidad en las interacciones humanas, siendo de esta manera un SISTEMA de reglas INTERRELACIONADAS de tal manera que las reglas definen, constituyen y regulan las instituciones, y las instituciones a su vez crean y administran las reglas, y resuelven las cuestiones sobre su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento”^[52]. Entonces si el derecho “introduce” claridad al sistema (“lo reduce”), se pregunta Finnis cómo puede generarse una regla autoritativa sin previa autorización.

El derecho tiene un objeto de reflexión “práctico” (que es pensar acerca de “qué uno debe hacer”), referido a conductas e instituciones destinadas a satisfacer necesidades y exigencias humanas ^[53].

Sintéticamente –reiteramos-, Finnis coincide con los positivistas en que, lo más relevante son las normas, y con los ius naturalistas, en que éstas deben pasar por un *tamiz de razonabilidad* para justificar su carácter central ^[54]. Por eso reafirma que: “ Hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante *las instituciones de la ley humana* , y *exigencias de razonabilidad práctica* que sólo esas instituciones pueden satisfacer”^[55], sin dejar de la lado *el bien común*.

A modo de colofón la ley natural sería la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre. En tanto el contenido de la ley positiva se deriva de los preceptos de la ley natural mediante la determinación de reglas sobre los medios para obtener los fines naturales ^[56].

D. La vuelta del iusnaturalismo

“El renacimiento del derecho natural en los primeros años de posguerra fue, en sí, un episodio”^[57]. “Ello era lógico, ya que con posterioridad a tan espeluznante conflicto bélico predominaron en Alemania, por una parte, el criterio jusnaturalista, con el objeto de superar el desprecio por los valores del nazismo, y, por otra, el perfeccionismo dogmático finalista, con el objeto de recuperar la función garantizadora y ético social de la dogmática, que se había perdido con la Escuela de Kiel”^[58].

Hoy ocurre algo similar ante este estado de “crisis” del derecho penal, toda vez que el expansionismo punitivo tiende a vulnerar garantías, de allí la necesidad de reencontrarse en este “topoi” que venimos a llamar *derecho natural*.

En esta orientación la instalación dentro de las normas Constitucionales de la protección a los Derechos Humanos a través de las Convenciones Internacionales significó la más genuina aceptación del Derecho Natural. Pero esta cuestión no sólo se trata de nuestro país (art. 75 inc. 22). Véase que “en los Estados constitucionales modernos, los principios morales del derecho natural se han incorporado al Derecho Positivo”^[59]. A modo de ejemplo se observa que la Constitución Española en su artículo primero ha definido *el orden jurídico* como algo más que un mero *orden legal*, porque el orden jurídico español no sólo se compone de leyes, sino también de *valores superiores* (la justicia, la igualdad, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 de la CE). La potestad jurisdiccional está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento (no sólo de la ley), debiendo materializar las finalidades y los valores del orden jurídico. Así lo estableció el STC 89/83 al decir: “Ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez para resolver, mientras no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento”^[60].

Atienza entiende que la “fundamentación de los derechos humanos presupone una concepción universalista y no escéptica de la moral –agregando-. A ello habría que añadir ahora que fueran de un esquema democrático de gobierno”^[61]. Pues bien, nosotros consideramos que estas banderas son de estricto derecho natural moderno.

El hecho que desde tiempo se busque un derecho penal de alternativas a las penas de encierro^[62] intentándose vías reparatorias o de mediación para la solución de casos penales^[63] o bien la instalación de un “derecho penal mínimo”^[64], implica que la ciencia penal es ya “una ciencia crítica”^[65] que funciona –en la opinión de Fernández- “como módulo “reductor”, sirviendo entonces como instrumento limitativo del poder penal, conforme a la ideología *minimalista de la última ratio* y de la intervención mínima^[66]”.

Sin un catálogo de derechos naturales (léase derechos humanos) como punto de partida, o para decirlo de manera “posmoderna”: “sin principios o éticas mínimas (Habermas)^[67]” o “mínima moralía” (Cortina)” destinada a los operadores del derecho, la comunidad jurídica no encontrará su rumbo norte, precisamente el que necesita para afrontar las nuevas, complejas y abundantes situaciones delictivas - expansivas.

4. Corolario

a. La justicia como valor jurídico “totalizador” implica el “mejor entendimiento societario” (Cossio) y se encuentra asociada con la equidad, que es “una especie de justicia que se adapta al terreno”^[68], corrigiendo así los rigores de las leyes abstractas.

La justicia es una virtud completa que da a cada uno lo que se le debe y en forma oportuna.

b. El “iusnaturalismo de principios” inspiró a la Escuela Clásica del Derecho Penal (Carmignani, Carrara).

El “iusnaturalismo de normas” se referenció con la Escuela de “la naturaleza de las cosas” (Welzel, Radbruch).

El “iusnaturalismo de soluciones” se compadece con el “funcionalismo moderado” (Roxin, Silva Sánchez). Hoy se aspira a un derecho penal que se nutra de las necesidades básicas de la sociedad y en este sentido sea una herramienta “práctica” al servicio del bien común.

Prof. Carlos Parma
(Mendoza)

^[1]Bacigalupo, Enrique; “Manual de Derecho Penal”; pág. 1; Editorial Temis, Bogotá; año 1998.

^[2]Jakobs niega esa posición. Ver: ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2000.

^[3]Hassemer - Munoz Conde; “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”; pág. 116; Editorial Tirant lo Blanch; año 1989.

^[4]Roxin, Claus; “Política criminal y sistema del derecho penal”; 2da. Edición; pág. 101; Editorial Hammurabi; año 2000.

^[5]De la Cuesta Aguado, Paz; “Tipicidad e imputación objetiva”; pág. 19/20; Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina; año 1998.

^[6]Jakobs, Günther; “Problemas capitales del Derecho Penal moderno”; pág. 33; Editorial Hammurabi; año 1998.

^[7]Lesch, Heiko; “Intervención delictiva e imputación objetiva”, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1ra. Reimpresión, año 1997, ps. 13.

^[8]Con cita a Carra, de Luigi Ferrajoli en “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, Madrid, 1997, ps. 332

^[9]Stratenwerth, Günther; “¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?”, Ed. Cuadernos Universidad Externado de Colombia, nro. 8, año 1996, ps. 38.

^[10]Fontán Balestra, Carlos; “Tratado de Derecho Penal”, parte general, Tomo I; pág. 136; Editorial Abeledo Perrot; año 1990.

^[11]“El libre albedrío es el sólido fundamento sobre el que se apoya esta escuela... también llamada *indeterminista*” (Cfr.: “Principios fundamentales del Derecho Penal”; Cathrein, Víctor; pág. 17; Editorial Gili, Barcelona, año 1910.

^[12]La teoría de “la naturaleza de las cosas” ha sido abordada bajo distintos tópicos o léxicos tales como “rerum natura”; “hechos naturales”; estructuras lógicas en el objeto a regular”; la nature des choses”; “dones réelles”; presupuestos reales”; “relaciones objetivas dadas”; “derecho suprallegal”; “die natur der Sache”; “datos ontológicos fundamentales”; “estructuras lógico – objetivas”; etc. . Lo nuestro será una mención a título ilustrativo de algunos autores del siglo XX.

^[13]Se recomienda ver: “Filosofía del Derecho”; Radbruc, G.; Rev. De Derecho Privado, Madrid, año 1952; “Experiencia jurídica, naturaleza de las cosas y lógica razonable”, Recasens Siches, Eniversidad Autónoma de México, año 1971; “Textos y estudios sobre Derecho Natural”; Sánchez de la Torre, Angel; Universidad Complutense de Madrid, año 1985; “Lecciones de Filosofía del Derecho”; Villoro toranzo, Miguel; Editorial orría, México, año 1973; “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Larenz, Karl; Editorial Ariel, año 1966; “Qué queda del Derecho Natural”. Reflexiones de un jurista cristiano; Novoa Monreal, Eduardo; Editorial Depalma, año 1967; “Filosofía del Derecho”; Cathrein, Víctor; Editorial Reus, año 1950; “Filosofía del Derecho”; Batiffol, Henri; Editorial Eudeba, año 1972; “Introducción a la filosofía del derecho”; Goldschmidt, Werner, Editorial Depalma, 6ta. Edición, año 1983 y “El sentido del Derecho”; Atienza, Manuel, Editorial Ariel, año 2001.

^[14]Maihofer partía de un derecho natural concreto, con base existencialista, que sería “fuente del derecho” de carácter vinculante cuando logra captar íntimamente los hechos. La naturaleza de las cosas es naturaleza de la situación jurídica, de la estructura y orden inmanente.

^[15]Welzel, Hans; “Derecho Penal”, parte general; pág. 1; Editorial Depalma, año 1956.

^[16]Tale, Camilo; “Derecho de daños y derecho natural”; en El derecho, 14/5./2001. Suplemento de filosofía del derecho nro. 1.

^[17]Radbruch, Gustav; “La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento”; pág. 79; Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; año 1963.

^[18]Hervada, Javier; “Introducción crítica al derecho natural”; pág. 176; Editorial Eunsa; año 1990.

^[19] Goldschmidt, Werner; “Justicia y Juristas”, en L.L. año 1980, A, pág. 919. Al respecto no se debe trazar paralelismo con la posición de Fernando Martínez Paz en torno al “derecho natural general y derecho natural aplicado”, pues este último está sujeto a circunsancias históricas, es un derecho deducido y sus principios son secundarios (Introducción al derecho; pág. 312; Editorial Abaco, año 1994).

[20]Silva Sánchez, Jesús; “Perspectivas sobre la política criminal moderna”; pág. 30; Editorial baco, año 1998.

[21]Lo dicen: Zaffaroni en su “Tratado...”, t.II, pág. 429 y Radbruch en “Introd....”pág. 155. Citado por Gonzalo Fernández en “El principio de culpabilidad: para una teoría del sujeto”; pág. 146, en Revistas de Ciencias Penales nro. 5, año 2.000, fundación cuadernos de Cátedra. MAVE Editora, Argentina.

[22]Cfr.: “ La enseñanza del Derecho”; Martinez Paz, Fernando; Pág. 17; Editorial García, Córdoba, año 2001.

[23]Parma, Carlos; “Culpabilidad - lineamientos para su estudio -; pág. 69, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

[24]Quiles Ismael; “Filosofía de la persona según Karol Wojtyla”; pág. 10; Editorial Depalma, año 1987.

[25]Cfr.: “Los principios generales del Derecho”; Del Vecchio, Giorgio; pág. 71; 2da. Edición; Editorial Barcelona, año 1948.

[26]Ver: “Derechos humanos y constitución”; Scala, Jorge; Diario “El derecho”; serie Filosofía del Derecho, pág. 11; Nro. 1; Univ. Católica Argentina; Mayo del año 2001.

[27]Resolvió un recurso planteado por tres miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana (Alemania del este) y por un guardia fronterizo, a quienes se los encontró responsables de las muertes de personas que habían querido cruzar el llamado “muro de Berlín” y perdieron sus vidas por explosiones de minas “personales” o por disparos de armas de fuego.

[28] Esta visión de los casos difíciles lo tengo desarrollado in extenso en la Revista de Ciencias penales contemporáneas sobre “Violación de Secretos”; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001, nro. 1.

[29]Eduardo Soderó se ha encargado de confeccionar una brillante ponencia denominada “El caso de los guardianes del muro”; presentada en las Primeras Jornadas de Derecho Natural en San Luis, organizadas por la Universidad Católica de Cuyo, en Junio de 2001. Cita Soderó como antecedentes: “Roberto Alexy en “Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit”, Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius - Gesellschaft der Wissenschaften e. V., Hamburg, Jahrgang 11 - 1993 - Heft 2, Verlag Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1993; Der Beschluß der Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996”, Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius - Gesellschaft der Wissenschaften e. V, Hamburg, Jahrgang 15 - 1997 - Heft 3, Verlag Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1997... También se cita a Arthur Kaufmann, W. Knopp entre otros”.

[30]“Diccionario de pensadores contemporáneos”; pág. 95, Editorial Emecé, año 1996.

[31] Dworkin, Ronald; “El imperio de la justicia”; pág. 15 y 290; Editorial Gedisa, año 1998.

[32] Russo, Eduardo; “Teoría general del Derecho”; pág. 58; Editorial Abeledo Perrot, año 1997.

[33] Cfr.: “Elementos de análisis jurídico”; Capella, Juan Ramón; pág. 97 y 51, Editorial Trotta, año 1999.

[34] “Una norma es válida cuando tiene fuerza obligatoria... la validez es una propiedad normativa”.

[35] Radbruch propone la “naturaleza de las cosas” como fundamento de “la progresiva transformación de una relación jurídica en una institución jurídica. Esta institución jurídica deriva de los hechos de la naturaleza, de las costumbres, tradiciones, usos o de las relaciones vitales, en una especie de tipo ideal que se obtiene “mediante la tipificación e idealización de la individualidad de la relación vital que se considera” (Cfr.: “Introducción al derecho”; Aftalión, Vilanova y Raffo; Pág. 317, Editorial Abeledo Perrot, año 1999.

[36] Cfr.: “La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento”; Radbruch, Gustav; pág. 55 a 59, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1963.

[37] Cfr.: “Relativismo y derecho”; Radbruch, Gustav; Monografías jurídicas nro. 82; pág. 53; Editorial Temis, Bogotá; año 1992.

[38] Puede verse: “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, Editorial abeledo Perrot, Argentina, año 1962).

[39] La publicación salió en Neue Zeitschrift Strafrecht, año 1994, nro. 586.

[40] Cfr.: “El concepto y la validez del derecho”; Alexy, Robert; pág. 45 y conc; Editorial Gedisa, Barcelona, año 1994. Citado también por Eduardo Sodero, donde se dice: “El carácter jurídico se pierde cuando la injusticia alcanza una *medida insoportable*”.

[41] Cfr.: “El orden natural”; Sacheri, Carlos; pág. 24 y 25; Editorial Cruzamante; año 1980.

[42] Cfr.: “Algunos modelos metodológicos de las ciencias jurídicas”; Nino, Carlos.

[43] Cfr.: “Deber jurídico”; Llabrés de García, Margarita; pág. 13; Revista Colección Notas de Filosofía del Derecho, nro. 6; Córdoba, Editorial Atenea, año 1995.

[44] Dworkin, Ronald; “Los derechos en Serio”; pág. 388; Ed. Ariel, año 1989.

⁴² Cfr.” Etica social, política ...”; Messner, J.; pág. 39 y siguientes; Madrid, 1967.

[46] Puede verse al respecto: “Bien común y derecho constitucional”; Santiago, Alfonso (h); Editorial Abaco, año 2002.

[47] Reconoce Finnis un antecedente en Tomás de Aquino (ver: “La estructura del Conocimiento Jurídico”; Martínez Doral, J.M.; pág. 68, Universidad de Navarra, Pamplona, año 1963)

[48]“Hart. Abogado del positivismo jurídico”; Orrego Sánchez, Cristóbal; pág. 182, Ediciones EUNSA, año 1997. En idéntico sentido José María Martínez Doral. Citado por Legarre.

[49]Ver: “El concepto de derecho en John Finnis”; Legarre, Santiago; Revista: “Persona y Derecho”, nro. 40-1999, pág. 70; Universidad de Navarra, España.

[50] Ver: “El ius naturalismo positivista de John Finnis”; Legarre, Santiago; en El Derecho tomo 179, pág. 1202/1213, Argentina.

[51]Cfr.: “John Finnis y el derecho natural”; Soaje Ramos, Guido; En “Anuario de Filosofía jurídica y social”, nro. 7, pág. 96, año 1987, Editorial Abeledo Perrot, Argentina.

[52]Cfr.: “Ley Natural y Derechos Naturales”, Finnis; pág. 296, Ed. Abeledo, 2000.

[53]Legarre considera que en otras palabras “es un obrar deliberadamente ordenado hacia un fin “. De allí que el jurista deberá observar muy bien la finalidad práctica, lo que lo hará a la hora de analizar la realidad social atender a su razón de ser, su porqué” (Extraído de la ponencia presentada por Santiago Legarre en las Iras. Jornadas de Derecho Natural en San Luis, en Junio de 2001, organizadas por la Universidad Católica de Cuyo).

[54]Parma, Carlos; “El pensamiento de Günther Jakobs”; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.

[55] Cfr.: “ Ley natural y Derechos Naturales”; Finnis, John; pág. 36, Editorial Abeledo Perrot, año 2000.

[56]Hervada, Javier; “Introducción crítica al derecho natural”; 5ta. Edición; pág. 164 y 167; Ediciones Universidad de Navarra, año 1998.

[57]Kaufmann, Arthur; “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”; pág. 223; en “Las razones del derecho natural”; Ed. Abaco, año 1998.

[58]Bustos Ramírez, Juan; “Introducción al derecho penal”; pág. 175; Editorial Temis, año 1994.

[59] Zagrebelsky, Gustavo; “El derecho dúctil”, pág. 114, Editorial Trotta, año 1999.

[60]Bacigalupo, Enrique; “Principios constitucionales de derecho penal”; pág. 122, Editorial Hammurabi, año 1999.

[61] Atienza, Manuel; “El sentido del Derecho”; pág. 222; Editorial Ariel, año 2001.

^[62] Pueden verse las críticas que vierte Zaffaroni a las ideologías de la resocialización (tendencia genocida afiliada a la prevención especial negativa).”Zaffaroni, Eugenio; Derecho penal; parte general”; pág. 891; Editorial Ediar, año 2000.

^[63] Se recomiendan los siguientes trabajos de Daniel Cesano: “Reparación y resolución del conflicto penal: su tratamiento en el Código Penal Argentino” en “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”; pág. 497 y siguientes; Editorial Lerner; año 2001 y “De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas” en http://criminet.urg.es/recpc_03-05.html

^[64] “Que propone una revisión del sistema penal y un proceso de despenalización que deje reducida la intervención penal a las formas básicas de violencia e incorpore formas de criminalidad que tradicionalmente no han sido consideradas (delitos económicos)”. Ver: Baratta, A; “Criminología crítica y crítica del derecho penal”, en Revue Internationale de Droit Penal, nro. 1, pág. 43/55; año 1978.

^[65] “Hacia una ciencia crítica del derecho penal”; Muñoz Conde, F.; en Doctrina Penal nro. 5, pág. 33, Editorial Depalma.

^[66] Con citas de Baratta, Ferrajoli y Pavarini debe verse: “El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal”; Fernández, Gonzalo; pág. 213, en “De las penas”, Editorial Depalma, año 1997.

^[67] Mardones, José; “El desafío de la posmodernidad al cristianismo”; pág. 16/17; Editorial Sal Térrea, Santander, año 1988.

^[68] Guitton, Jean; “Sabiduría Cotidiana”; pág. 112; Editorial Sudamericana, año 2002.