

XXIII JORNADAS ABIERTAS DE PROFUNDIZACIÓN Y DISCUSIÓN

LA ENCARNACIÓN DEL ESPÍRITU
(LA NATURALEZA HUMANA Y LA UNIDAD SUSTANCIAL DE CUERPO Y
ALMA)

Las aporías empíricas en el derecho penal

(Gabriele Civello)

1. El tema de las “aporías empíricas del derecho” en la doctrina de Félix Adolfo Lamas. –

En el capítulo V de *La experiencia jurídica*, Félix Lamas aborda las denominadas “aporías empíricas del derecho”, verdadero corazón de la doctrina general de la concreción del Derecho a partir de la experiencia jurídica.

El carácter ontológico del derecho, que hace posible la aparición de las “aporías empíricas”, es su intrínseca **dialecticidad**, la cual implica al menos cuatro aspectos: **i)** el hecho de que el derecho tiene que ver esencialmente con cosas de tipo **cualitativo**, como la oposición entre lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito; **ii)** el carácter meramente **probable** del silogismo jurídico, que, a diferencia del razonamiento metafísico, lógico o matemático, no llega a conclusiones universales y absolutas, sino puramente probables, dada la estructura esencialmente **contingente** del actuar humano; **iii)** la presencia de al menos **dos “protagonistas”** del derecho dotados de títulos jurídicos opuestos y correlativos (acreedor-deudor, dañante-dañado, sujeto activo del delito-comunidad representada por el Estado o por el Ministerio Público); **iv)** en fin, la

presencia, dentro de la esfera del derecho, de la continua oposición entre situación de hecho y exigencias normativas o, como se suele decir, entre “*hecho*” y “*valor*”, “cuestión de hecho” y “cuestión de derecho”.

Dada la naturaleza ontológicamente **dialéctica** del Derecho, por su propia naturaleza, está destinado a enfrentarse a una serie fundamental de *aporías*.

Tal como las estudia Félix Lamas no son simplemente “aporías del derecho”, sino “aporías *empíricas* [del derecho]”, en cuanto el mismo “entra en aporía” - de manera necesaria – en cuanto se produce la concreción, a partir de la experiencia jurídica, en el hecho concreto individual e irrepetible.

2. Las aporías empíricas del derecho penal:

El supuesto fundamental que guía las breves reflexiones que siguen es que, introduciendo estas aporías empíricas al interior del derecho penal, será posible comprender y dilucidar mejor la *estructura dialéctica fundamental* del delito y de la pena.

3. Totalidad y particularidad (primera aporía).

La primera aporía empírica que se destaca es la relativa a la oscilación entre “**totalidad**” y “**particularidad**”.

La característica esencial de una **totalidad concreta** es que no puede ser reducida a una mera suma de aspectos particulares, abstraídos del todo: por muchos que sean los enunciados particulares recogidos para describir una totalidad, siempre quedará una cierta *inefabilidad* de lo concreto, indescriptible en términos de pura yuxtaposición de partes.

Ahora bien: para el jurista la aporía consiste en el hecho de que, por una parte, el derecho debe necesariamente referirse a aspectos de la vida y la experiencia (como, por ejemplo, un determinado título jurídico o un determinado uso de un

cierto bien mueble o inmueble) que para su consideración deben particularizarse. Este procedimiento “particularizante” resulta al mismo tiempo “abstractivo”, ya que tenderá - precisamente - a abstraer (es decir, separar, aislar, suprimir, *abs-trahere*) una parte específica, que en el conjunto real y concreto está unida al todo, respecto a la totalidad de la entidad que es objeto de atención (en este caso del delito) que incluye, obviamente, los sujetos activo y pasivo, además el contexto situacional, etc.

Para el penalista, esta aporía suscita numerosas sugerencias y significativos motivos de reflexión.

Si nos preguntamos sobre la **esencia** o **causa formal** del delito, este dato esencial debe identificarse en primer lugar en la lesión de un bien jurídico que bajo un aspecto es de una parte pero, también, lo es de la totalidad de la comunidad. Esta lesión, precisamente, se produce cuando una parte del cuerpo social, el infractor, pretende imponerse de forma desordenada al todo del que forma parte; y la comprensión “penalista” más madura de este supuesto fáctico puede alcanzarse única y exclusivamente si se supera la dicotomía moderna y contemporánea entre “bien individual” (privado) y “bien colectivo” (público), recuperando la brillante intuición clásica según la cual la raíz de ambos “bienes” (el de la persona y el de la comunidad) está constituida por el **mismo y único Bien**, precisamente porque no se da un verdadero bien de la parte sin el bien del todo, y viceversa.

Por esta razón, el delito puede ser definido como aquel acto humano voluntario realizando el cual el sujeto agente, tomando como fin un bien meramente aparente y falaz, antepone su propio interés contingente y parcial al Bien del todo, produciendo así un mal para sí mismo y para la comunidad.

Por otra parte, tales intuiciones interlocutorias, que requieren de una mayor profundización, relativas a la teoría del delito, producen una consecuencia

dogmática contextual en el seno de la **teoría de la pena**, ya que la sanción penal, a la luz de la mencionada dialéctica entre el todo y la parte, se convierte en el verdadero instrumento para restablecer la igualdad de la justicia objetiva, es decir, para reafirmar la preeminencia ontológica y axiológica del bien del todo sobre el bien de la parte o, mejor dicho, sobre el bien puramente aparente elucubrado y, más tarde, buscado por el individuo.

Esto demuestra *ab imis* la falta de fundamento de las teorías puramente reparatorias de la pena, que confunden la justicia *correctiva* de la sanción penal con la justicia puramente *conmutativa* típica de las relaciones estrictamente “horizontales” entre individuos. En efecto, solo insertando los fundamentos de la pena – intimada, promulgada y finalmente ejecutada – en la dialéctica del “todo” y de la “parte” es posible comprender que la sanción penal no podrá nunca reducirse a la simple reparación y compensación del daño mediante una acción igual y contraria (**ya que esto solo atendería al limitado plano de la parte versus otra parte**), sino que tendrá que asumir y cumplir la más compleja función de restablecer de modo racional, la integridad espiritual del bien común comprometido (**y por lo tanto, del todo agredido por la parte**), más allá de la mera restauración del perjuicio individual y material.

4. La aporía empírica de la estabilidad y la mutabilidad (segunda aporía). -

Uno de los analogados del Derecho lo define como norma de conducta jurídica y, en ese sentido, no puede sino estar dotado de una cierta estabilidad y “rigidez”: una regla que fuera constantemente mudable con el cambio de los acontecimientos expresaría una *contradictio in adiecto*, sería una no-regla, ya que no tendría la forma y la esencia reguladora, la cual presupone, como se ha dicho, que ante el devenir empírico de los hechos y de las acciones se sitúe algo fijo; razón por la cual, por ejemplo, Platón y Aristóteles criticaron la excesiva

mutabilidad de las leyes de la *polis*, de la que se derivaba una general incertidumbre de la ley y una consecuente desorientación de la comunidad.

También esta segunda “aporía empírica” desencadena, al examinarla más de cerca, un extraordinario potencial fenomenológico en la comprensión de la materia del delito.

Ante todo, la dialéctica entre estabilidad y mutabilidad permite comprender la verdadera naturaleza de la acción humana y su despliegue mundano a lo largo de lo que la ciencia penal denomina “líneas causales”: de hecho, la misma introspección que cada uno de nosotros es capaz de llevar a cabo en el seno de su propia alma muestra y testimonia que cada momento consciente de nuestro vivir adquiere su propio significado solo cuando es inscrito en un esquema ontológicamente “procesal”, que incluye como factor esencial, el fin como motivo. A su vez, este fin implica el concepto de “previsión”, que no es posible sino en un horizonte de relativa estabilidad.

También en las interacciones entre diversos sujetos, es verdadero que el comportamiento de cada individuo se presenta en sí mismo libre y contingente, y por lo tanto dotado de una dosis ineliminable de extemporaneidad e imprevisibilidad; sin embargo, sabemos bien que el llamado principio de confianza permite a cada consociado esperar un cierto tipo de conducta-tipo o una cierta reacción-típica de los demás ciudadanos, según un criterio de ordinaria razonabilidad, por ejemplo el usuario de la carretera espera que los demás conductores cumplan las leyes vigentes, ya que la propia ley, como norma general de conducta jurídica, implica una cierta “previsión colectiva” respecto a la conducta de todos los hombres.

La aporía mencionada está llamada, asimismo, a regir el razonamiento penalista sobre la subsistencia de una **culpa**, entendida esencialmente como negligencia, imprudencia o impericia: como es sabido, en efecto, no se puede dar verdadera

culpa sin un hecho concretamente **previsible** y **evitable** por el sujeto agente. Otro aspecto del delito se presta a ser dilucidado por medio del prisma aporético de la “estabilidad” y la “mutabilidad”, es decir, de la dialéctica entre la **estructura esencial** de la imputación y los aspectos cambiantes y variables de la particular figura del delito.

La ley positiva, de hecho, en el respeto de los cánones generales de la racionalidad y de la Constitución, podrá esculpir siempre nuevas figuras de delito, pero siempre deberá tener en cuenta algunas estructuras indeformables de la acción humana de su imputación: pensamos en los conceptos de intención, de prudencia, de causalidad eficiente, de autoría personal (que excede la mera causalidad “física”) y de responsabilidad (que presupone, además de la causa eficiente y la autoría personal, el carácter de la voluntariedad del acto)¹.

A la inversa, solo una madura recuperación de la dialéctica entre estabilidad y mutabilidad puede permitir al penalista contemporáneo comprender la presencia, dentro del propio delito, de *estructuras imputativas perennes* (como “causa”, “omisión”, “propósito” o “culpa”) que, siendo consecuencia de la naturaleza ontológica del actuar humano, no podrán nunca ser abandonadas a la mutabilidad de la voluntad política contingente y, menos aún, del *arbitrium iudicis*.

5. La aporía empírica de la normalidad y la excepción (tercera aporía). - La tercera aporía empírica destacada por Félix Lamas en su investigación sobre el concepto de “experiencia jurídica” es la que surge de la dialéctica entre “**normalidad** jurídica” y “**excepción**”.

La ley, precisamente en cuanto regla general y abstracta, pretende regular el mayor número posible de casos, es decir, las situaciones “normales” que suele

¹ F.A. LAMAS, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, IEF Santo Tomás de Aquino, 2013, 24.

ocurrir en la experiencia jurídica ordinaria; queda por entender, por lo tanto, cómo deben regularse las hipótesis que pueden considerarse excepcionales y anormales.

Como es bien sabido, el pensamiento moderno, especialmente el de Hume y de Kant, tiende a anquilosarse en un concepto monolítico de “normalidad”, negando a las hipótesis excepcionales una verdadera dignidad jurídica.

Por otra parte, el pensamiento clásico, desde Aristóteles hasta Santo Tomás de Aquino, siempre ha reconocido que, cuando una norma jurídica es aplicada a un caso singular y excepcional, y de esa aplicación inflexible pueden derivarse efectos manifiestamente contrarios al fin y a la *ratio* de la misma norma, el jurista está indudablemente llamado a recurrir al instrumento de la **equidad** “correctiva” para evitar esos efectos anómalos.

Hay que tener presente que este concepto aristotélico-tomista de “equidad” no tiene nada que ver con una “suspensión” o una “traición” a la ley, ni debe confundirse con un instrumento genérico de “justicia del caso concreto” (como la *aequitas* romana) sino que, por el contrario, representa una ulterior confirmación y validación de la ley general y de su *ratio*².

Dicho esto, el verdadero problema que merece ser estudiado y afrontado por el penalista es el de la posible aplicación del concepto aristotélico de *epieikeia* a la materia penal.

Habiendo afirmado, sin duda alguna, que la equidad o la *epieikeia* nunca pueden implicar la ampliación del ámbito de punibilidad o un endurecimiento de las sanciones, dado que en el derecho penal existe la más rigurosa prohibición de la analogía *in malam partem*, será necesario establecer si, en

² Esta parece ser la razón por la que Santo Tomás de Aquino prefiere no usar el término genérico (y equívoco) *aequitas*, sino que recuerda la palabra griega *epieikeia* (ἐπιεικεία), en cuanto está dotada de un significado más específico y focalizado en los fines de la ley, más perfectamente conforme a la *ratio legis*.

virtud de un criterio equitativo, se puede acceder a interpretaciones o aplicaciones *in bonam partem* del tipo incriminatorio.

A este respecto, es útil un interesante ejemplo de Santo Tomás de Aquino en su comentario a la *Ética Nicomaquea*.

El *Doctor Angelicus* pone el caso de que, en una determinada ciudad, la ley vigente prohíbe a los ciudadanos subir a las murallas fortificadas, bajo pena de castigo, por razones de orden público. Ahora bien, si los ciudadanos contradicen este precepto sancionado penalmente, pero en la excepcional situación de tener que defender la ciudad de un imprevisto ataque extranjero, parecería intrínsecamente injusto aplicar a esos sujetos la sanción prevista en situaciones de normalidad para los ciudadanos que invadan abusivamente las fortificaciones.

Pues bien, el ejemplo de Santo Tomás de Aquino parece esclarecedor: si se examina detenidamente, en el caso citado, la equidad no parece excluir un juicio de referibilidad abstracta del hecho histórico con respecto al tipo incriminante, sino un juicio que hoy llamaríamos de concreta “antijuridicidad”. Si, por lo tanto, en otras ramas del ordenamiento, como el derecho civil y administrativo, en las que el instrumento de la analogía no solo es admitido sino incluso impuesto por los criterios hermenéuticos ordinarios ante la necesidad de fallar en todos los casos, la noción de equidad está destinada a funcionar casi como método ordinario y común, en el derecho penal, regido por los más rigurosos principios de legalidad, taxatividad y determinación, la equidad en sentido clásico parece destinada a funcionar de manera mucho más frugal: nunca *in malam partem* y, cuando *in bonam partem*, con el solo fin de excluir la antijuridicidad del hecho según el esquema de las causas de justificación codificadas, pero no con el fin de incidir directamente en el área del tipo específico, aun en clave restrictiva de la punibilidad.

De hecho, un recurso inmoderado a la “equidad” en materia penal, aun en clave benigna y más favorable al reo, podría ser la antesala de una acrítica adhesión a ciertas tendencias modernas hacia el abolicionismo, la denominada “justicia reparatoria”, justicia restaurativa, *poena naturalis*, acuerdos conciliatorios o de suspensión del juicio a prueba o juicio abreviado, incluso la evasión del castigo y el recurso a sanciones mucho más “garantistas”.

6. La aporía empírica de la generalidad y la singularidad (cuarta aporía). -

La cuarta y última aporía empírica destacada por Félix Lamas en *La experiencia jurídica* es la que surge de la dialéctica entre “generalidad” y “singularidad”.

No se trata, reductivamente, de una “aporía de la ley” sino, más ampliamente, de “aporías **del derecho**” entendido como *ipsa res iusta*, derecho que se extiende gradualmente desde la máxima abstracción de los principios, a la concreción media de la ley, hasta la máxima concreción de la sentencia judicial y de su ejecución efectiva.

Como se ha mencionado antes, la experiencia jurídica da lugar a una especie de procesión gradual desde lo máximamente abstracto a lo máximamente concreto³: esta progresión se despliega a lo largo del arco que parte **i)** de los máximos principios de la *sindéresis* (“hacer el bien y evitar el mal”) y de los mandamientos más amplios (“no matar”, “no robar”, etc.), **ii)** llega a la generalidad y abstracción de la ley como derecho en potencia (“quien cause la muerte de un hombre de modo antijurídico y culpable, será castigado...”); **iii)** pasa por el momento, máximamente concreto, del delito como hecho negativo del derecho *in actu* (un asesinato específico o un robo perpetrado *hic et nunc*)⁴; **iv)** y llega, a un segundo momento de máximo grado de concreción del derecho

³ Sobre el punto se remite al clarísimo examen de L.A. BOSSINI, *La verdad del derecho: justicia, orden y bien común*, Buenos Aires, IEF Santo Tomás de Aquino, 2020, 209 ss.

en la sentencia del juez que acredita un hecho ilícito específico e impone a la persona del imputado la justa sanción, destinada entonces a ser concretamente ejecutada sobre el cuerpo o el patrimonio del culpable.

Pues bien: la generalidad y la abstracción de los principios y de las leyes es necesaria para que el derecho no incurra en la mera arbitrariedad de cada individuo entendido como átomo o mónada asocial (como intuyeron perfectamente Platón y Aristóteles), y se exprese en la generalidad del bien común y de la ley.

Por otra parte, la conducta jurídica que “realiza” el derecho, así como el propio sujeto que la realiza, son entidades necesariamente individuales y singulares, situadas en circunstancias específicas e irrepetibles de lugar, tiempo y contexto. Frente a los dos polos – la **generalidad** y la **singularidad** – al penalista se le exige una profunda reflexión sobre la vía de comunicación entre lo “general” y lo “singular”; en efecto, si el derecho y la ley general fueran totalmente heterogéneos respecto a los entes singulares, no se podría dar nunca la aplicación del *ius* a un hecho concreto; además, la norma jurídica abdicaría incluso de su propia función de guía de los comportamientos individuales, dado que la ausencia de una mínima homogeneidad entre precepto y comportamiento concreto impediría a este último modelarse sobre la base del primero, entendido como “esquema de conducta”.

Por esta razón, al penalista que pretende profundizar en las aporías empíricas del derecho dentro de la materia penal se le plantea una pregunta crucial: ¿qué “comunicación” existe entre el tipo incriminatorio abstracto y el caso concreto? ¿Cuándo es posible afirmar que un determinado hecho histórico “entra” en el ámbito descrito por la norma penal y es imputable a la persona que es acreditada como responsable del hecho mismo?

⁴ Cfr. Bossini, L.A., *La verdad del Derecho*, Buenos Aires, IEF “Santo Tomás de Aquino”, 2020, p. 209-10.

El camino hacia la progresiva solución de la cuarta aporía está representado – como magistralmente indica Félix Lamas – por el estudio metafísico de las relaciones dialécticas entre **igualdad** y **desigualdad**. Por un lado, de hecho, la justicia exige una cierta igualdad; por otro lado, los hombres son desiguales entre sí y aún más desiguales se muestran sus conductas concretas⁵.

Por otra parte, si la concretización (o particularización) del derecho se redujera a un simple procedimiento de determinación judicial, prosigue Félix Lamas, se producirían consecuencias inaceptables: significaría, en efecto, que, antes de un pronunciamiento del juez, no existiría un verdadero Derecho previamente determinado y, por lo tanto, la sentencia nunca sería declarativa de un derecho pre-determinado, al menos en parte, sino incluso constitutiva del mismo.

La vía adecuada para la comprensión y la resolución de la aporía empírica de la “generalidad” *versus* la “singularidad” está representada por la admirable investigación aristotélica-tomista del concepto de **prudencia**, entendida como aquella virtud que permite determinar *in concreto* lo que se debe hacer, de acuerdo con los principios y normas generales, pero de forma siempre adecuada respecto a las circunstancias concretas de la acción.

Desde este punto de vista, se impone al penalista de hoy en día un nuevo estudio de la teoría clásica de la prudencia, sin la cual nunca será posible

⁵ En cuanto al primer aspecto, la igualdad que representa lo *propium* de la justicia, no es una igualdad meramente aritmética, sino geométrica o proporcional, como en el caso de la justicia distributiva. En cuanto a la singularidad de la acción humana, en cada caso *sub iudice*, y a la relación entre esta singularidad y la generalidad del derecho y los principios jurídicos, es evidente que tal relación dialéctica nunca puede reducirse a una simple aplicación del derecho al hecho, ni una simple subsunción del hecho dentro del derecho, como el ingenuo reduccionismo jurídico de matriz kantiana. “Es evidente que la concreción jurídica no puede reducirse a la aplicación de la ley o a la subsunción de hechos en los términos de la ley. Para que ello fuera posible, la ley misma o los hechos deberían agotar la realidad del Derecho. Con más razón, pues, es inaceptable la reducción kelseniana de la concreción a la mera individualización o particularización de la norma” (F.A. LAMAS, *El problema de la concreción del derecho*, in www.viadialectica.com, 14-15).

comprender en modo correcto y verdadero la relación entre tipo incriminatorio y hecho histórico concreto.

GABRIELE CIVELLO