

DOS RESPUESTAS MÁS A *MALUM PASSIONIS*, PERO DESDE LOS FUNDAMENTOS

Carlos Manuel Romero Berdullas¹

SUMARIO: 1 Introducción. 2. Respuesta a la perspectiva contractualista.
3. Respuesta a la objeción a la falacia naturalista. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, se ha procurado brindar una respuesta a *Malum Passionis*. *Mitigar el dolor del Derecho penal*², obra escrita por el Profesor Jesús M. Silva Sánchez, autor relevante, cuyos méritos en el ámbito del derecho penal son vastamente reconocidos.

El Mal y el Bien del Derecho Penal. Sobre “Malum Passionis” y una respuesta fundada en el realismo procuró dar el puntapié inicial para propiciar un diálogo amical con el doctrinario español, fundado en la caridad intelectual y el amor a la verdad, pues su libro plantea ciertos problemas del derecho penal que ameritan discutirse académicamente.

Renovando la aspiración de que las cuestiones tratadas sean profundizadas con el Profesor español en la tertulia de la Academia, este trabajo intentará aportar dos respuestas más a *Malum Passionis*, pero que partan de dos de sus fundamentos. Aludo puntualmente a: 1) cierta influencia de la perspectiva contractualista; y 2) la objeción a la denominada falacia naturalista, a la hora de atribuir un contenido racional al sistema penal.

La importancia de conocer estos puntos de partida se asume, pues si se pretende comprender cabalmente el alcance de *Malum Passionis* y los presupuestos del Derecho Penal moderno, es necesario precisar la fuente del discurso elaborado por el discípulo de Mir Puig, quien en *Aproximación*

¹Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador, Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina y Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Autor de *El Mal y el Bien del Derecho Penal - Una respuesta a Malum Passionis fundada en el realismo*, Hammurabi, 2021; *Derecho Penal Líquido, Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, Ad hoc, 2020; y *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, Hammurabi, 2020.

²Silva Sánchez, Jesús M., *Malum Passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

al derecho penal contemporáneo³ expone la parte principal del proyecto docente presentado para acceder a la cátedra de Derecho Penal de la Univesitat Pompeu Fabra. De este modo, la obra de Silva Sánchez nos ofrece una inmejorable oportunidad para analizar la medida de razonabilidad de estos dos fundamentos, que son compartidos ampliamente por la Doctrina Penal moderna.

Como se podrá comprobar, los temas expuestos serán abordados como una cuestión disputada, en tanto: *el poder que ejerce el entendimiento, para bien y para mal, es el argumento*⁴ y *...la búsqueda de la verdad es un común asunto humano, que de modo natural tiene lugar en forma de diálogo y discurso, incluso de polémica, de una polémica posiblemente interminable e indirimible en una solución final...*⁵.

Por tanto, en vistas a la ciencia buscada, primero enunciaremos la perspectiva del Profesor Silva Sánchez; luego nos detendremos en las situaciones aporéticas, es decir, aquellas en donde algunos han pensado de modo diverso; y finalmente, ofreceremos una solución a las cuestiones debatidas, afincada en un realismo siempre vigente.

2. RESPUESTA A LA PERSPECTIVA CONTRACTUALISTA

Hemos constatado cierta influencia del contractualismo, las ideas ilustradas y el liberalismo en la obra de Silva Sánchez⁶, cuando por ej. al tratar el principio de legitimación democrática procura apoyar las intervenciones jurídico-penales en lo denominado por él como “voluntad general”, pues según sus palabras *...es a esa voluntad general... a la que los individuos han cedido aspectos esenciales de su derecho a decidir autónomamente sobre su esfera de libertad y a responder a agresiones a esa esfera con nuevas agresiones a la esfera de libertad del agresor o de terceros. Por eso y solo por eso (esto es, por el contrato social) recae sobre el legislador (expresión de la voluntad general) la citada legitimación...*⁷.

Todavía más, esta posición pareciera ratificarse en *Malum Passionis* cuando define la posición de garante del Estado como protección negativa de la libertad, por cuanto *...ha asumido el monopolio de la violencia*⁸ en traza de resguardar a quienes se encuentran en su territorio frente a las

³Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., Bdef., Buenos Aires-Montevideo, 2012, 1.

⁴Pieper, Josef, *Obras*, vol. 3, *Escritos sobre el concepto de filosofía*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2000, 85.

⁵Pieper, Josef, *op. cit.*, p. 87.

⁶Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 15-16, 23, 308-309, 341, 409 y 448; y Silva Sánchez, Jesús M., *Malum Passionis...*, 76, nota al pie N° 177.

⁷Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 409.

⁸Silva Sánchez, Jesús M., *Malum Passionis...*, 76.

agresiones de terceros y evitar la vindicta privada, mediante el ejercicio igualitario de la coacción legítima derivada de la soberanía⁹. En efecto, apoyándose en una cita de Hobbes, el catedrático afirma que esta *primera dimensión de la posición de garante del Estado surgiría entonces por injerencia en el estado de naturaleza*¹⁰.

Por tanto, se advierte cierto influjo contractualista en la obra de Silva Sánchez, que también es el punto de partida de gran parte de la doctrina actual¹¹, la cual inicia su recorrido en la idea de un estado de naturaleza presocial y beligerante¹², escenario luego superado a través de un pacto social¹³. Es decir, un canje irrenunciable¹⁴, mediante el cual todos los contratantes se obligan voluntariamente a algo y aceptan las consecuencias de lo pactado¹⁵ para garantizar la coexistencia de libertades.

Así pues, a la luz del Derecho Penal moderno la autonomía de la voluntad se tornaría en el canon delimitador de los valores fundantes del Estado de Derecho; reflejando entonces, la concepción del Estado y el derecho como instrumentos artificiales originados para garantizar la libertad del individuo. Al punto tal, que en la actualidad el derecho penal sería asimilado así a una técnica de control social¹⁶, a través de la cual se limita la libertad de los ciudadanos, pues esta herramienta es necesaria para resguardar la autonomía personal de cada uno.

En cambio, nos encontramos con lo dicho por Tejedor, quien denuncia como ficticia la lógica pactista fundada en un contrato social instrumentado por los hombres para superar el estado de naturaleza. Pues en clave con el Génesis, observa que la sociedad no es consecuencia de una convención, pues existe porque es bueno para el hombre no hallarse solo¹⁷.

⁹*Idem.*

¹⁰Silva Sánchez cita *De Civede* Hobbes al afirmar esto (cf. *Malum Passionis...*, 76, nota al pie N° 177).

¹¹Cf. por ej. en Jakobs, Günther, "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo", en Jakobs, Günther– Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, colección claves del derecho penal, N° 6, 1° reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 19-64; e Isensee, Josef, *El Derecho Constitucional a la Seguridad: sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, trad. por Juan C. Gemignani y Teresa Manso Porto, 18-19.

¹²Cf. Hobbes Thomas of Malmesbury, *Leviathan or the matter, forme & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill*, Andrew Croke at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, London, 1651, first part, cap. XIV.

¹³Vale señalar, que si bien no se pretende afirmar esto desde un plano empírico; sí se procura dotar a las soluciones de cierta racionalidad.

¹⁴Cf. Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, t. I, 171-174).

¹⁵Cf. Beccaria, Cesare Bonesana, *De los Delitos y las Penas*, Losada, Buenos Aires, 2002, 35.

¹⁶Cf. Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 395, 399-401 y 447.

¹⁷Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Primera Parte, 2ª ed., Librería de CL. M. Joly, Buenos Aires, 1871, 7.

De hecho, la historia de la humanidad no da rastros de un momento presocial, pues los hombres han vivido en estado social, e integrado grupos de convivencia –léase familias, tribus, polis, civitas, etc.– o asociaciones con propósitos abarcadores de aspectos muy precisos de la vida –ej.: sociedades comerciales, escuelas, academias, partidos políticos, etc.– desde que se tiene noticia¹⁸.

Este es un dato empírico verificado permanentemente por la arqueología e historia, como así también la relación de la conducta de los integrantes de esas vivencias sociales con fines y normas de grupo sujetas a ponderaciones colectivas respecto a la rectitud o la carencia de ella, no solo en cuanto miembros de una asociación determinada, sino además por su propia condición de persona¹⁹.

El dato empírico no solo comprende así la vida social, sino también la significación ética, política y jurídica de esta. Así pues, la traición a la patria, el robo y el homicidio (entre otros ejemplos), entrañan tanto una consideración de mal socio respecto de su perpetrador, a la cual se añade su ponderación como un sujeto digno de reproche y sometido quizás a una sanción. Por tanto, este ligamen entre hombre, vida social y vida jurídica no constituye un mero accidente, ya que esta relación necesaria se funda en la naturaleza humana²⁰.

Resta añadir, que no existe una experiencia reveladora de la ausencia de estas tres realidades (léase, hombre, vida social y vida jurídica). De ahí que Lamas –en línea con el pensamiento aristotélico– describa al hombre como *un animal político, social y jurídico*, por cuanto estas tres realidades se fundan en la naturaleza humana, independientemente de que esta idea resulte reforzada, al no encontrarse experiencia pretérita alguna que brinde muestras de la inexistencia de este vínculo en el pasado²¹.

Esto permite constatar entonces, una divergencia entre esta postura relacionada a la natural sociabilidad del hombre con la desarrollada por el pactismo, donde precisamente lo propio del ser humano es el estado presocial o de naturaleza. Pues desde la perspectiva contractualista, la comunidad es vista como un artificio del hombre, que procede de un canje irrenunciable de libertades, acordado mediante la simple adhesión a un contrato en pos de posibilitar la coexistencia de libertades de todos los contratantes.

¹⁸Lamas, Félix A., *El Hombre y su Conducta*, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, Ciudad de Buenos Aires, 2013, 22-23.

¹⁹*Idem.*

²⁰*Idem.*

²¹*Idem.*

Respuesta

Toda investigación sobre lo humano se vio impelida a ponderar la condición social del hombre. Tan es así, que desde la Antigüedad ya Aristóteles definió al hombre como un animal cívico y social por naturaleza, pues este no puede vivir sin una sociedad, por cuanto de hacerlo sería una bestia o una deidad dotada de autosuficiencia²².

Al indagar acerca del buen vivir, el Filósofo aferra la certeza de que el bien o felicidad consisten en la virtud, pues el hombre feliz es el virtuoso. No obstante, precisa que esta felicidad solo es conquistable dentro de la *polis*, por cuanto en la vida social es donde se encuentran los presupuestos para alcanzar la virtud, y por consiguiente, el pleno desarrollo humano.

No puede obviarse en este contexto, que la propia naturaleza del hombre es la que determina las inclinaciones y fines naturales, a los cuales la persona ha de tender para alcanzar su perfección o plenitud de su ser, pues la fundamentación del bien radica –valga la redundancia– en el ser.

En consecuencia, el conocimiento de los preceptos primarios de la ley natural (ya sea tanto morales como jurídicos) dependerá de la comprensión de las tendencias e inclinaciones inscriptas por Dios en la naturaleza humana²³; y en este marco, la natural inclinación del hombre a vivir en sociedades uno de los presupuestos para alcanzar la virtud, el pleno desarrollo humano y la felicidad o buen vivir, pues en palabras del Estagirita: *La ciudad es la comunidad, procedente de varias aldeas, perfecta, ya que posee, para decirlo de una vez, la conclusión de la autosuficiencia total, y que tiene su origen en la urgencia del vivir, pero subsiste para vivir bien. Así que toda ciudad existe por naturaleza, del mismo modo que las comunidades originarias. Ella es la finalidad. Lo que cada ser es, después de cumplirse el desarrollo, eso decimos que es su naturaleza, así de un hombre, de un caballo o de una casa. Además, la causa final y la perfección es lo mejor. Y la autosuficiencia es la perfección, y óptima*²⁴.

La necesidad de la vida política no se fundamenta en evitar un mal o enmendar un defecto, como lo afirma el contractualismo. El hombre resulta impelido a ella por urgencias vitales (v. gr. colaboración e inter-

²²Cf. Aristóteles, *Política*, Alianza, Buenos Aires, 2014, L. I, cap. 2, 1253 a. Incluso, esto es ratificado por en Bidart Campos, Germán J., *Lecciones Elementales de Política*, Ediar, Buenos Aires, 2005, Lección tercera.

²³Sacheri explica que no se puede alcanzar la perfección personal, ni una duradera convivencia social, si no se observan cabalmente las inclinaciones humanas fundamentales. De ahí que nadie puede ser feliz si vive en la injusticia, la mentira, el robo, etc. Así pues, añade que el ser humano posee tres inclinaciones esenciales, que dependen del primer principio ético evidente por sí mismo, o sea el: *Hay que hacer el bien y evitar el mal* (cf. Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 6ª ed., Vortice, Buenos Aires, 2007, 54-55).

²⁴Vide Aristóteles, *Política*, Buenos Aires, Alianza, 2014, L. I, cap. 2, 1252 b; y Santo Tomás de Aquino, *El Gobernante Cristiano (De regimine principum ad regem Cypri)*, Córdoba, Athanasius, 2016, L I, cap. I.

cambio para alimentarse o la necesidad de unirse para resistir ataques de otros pueblos)²⁵, pero además es en la ciudad en donde se potencian otros bienes espirituales²⁶-materiales que posibilitan al hombre alcanzar el máximo de la perfección intramundana.

De ahí surge la autarquía (o sea, la autosuficiencia en el bien común), donde se conjuga la autodeterminación de la comunidad de su forma de vida (social, jurídica y política), de consuno a ese cultivar los bienes espirituales-materiales. Simplificando, así se afirma la natural politicidad del hombre en su esencia espiritual, que posee necesidades y fines naturales trascendentales de bienes necesarios e intermedios (ej. lo económico), pues estos se hallan ordenados a la consecución de un bien más pleno²⁷.

Por ello, se afirma la politicidad natural del hombre en la necesidad de alcanzar un bien supraordenado respecto de cualquier otro bien en una dimensión mundanal²⁸. Este bien en cuestión, que es medida y principio de racionalidad ordenador de la vida política, jurídica y moral no es otro que el bien común político.

Lo aquí expuesto permite comprender, que el Estado no es una creación artificial o un enemigo potencial de la libertad de cada uno, cuya esencia constitutiva radica en la violencia; o un instrumento utilitario ideado desde afuera y al servicio del desarrollo de la autonomía de cada persona. Por el contrario, es natural al hombre, por cuanto la misma sociopoliticidad ingénita a los seres humanos conduce a la formación de la comunidad política, que es precisamente el Estado y se encuentra llamada a concretar el bien común político.

Lo mismo cabe señalar del derecho y la ley penal, que no son un artificio o instrumento de control social mediante sanciones, tal como afirma parte de la doctrina actual, pues ambos se inscriben en la naturaleza humana (ya sea por su procedencia, como por su fin perfectivo), por cuanto *El Derecho es algo humano, porque procede naturalmente del hombre en cuanto persona y porque su perfección se inscribe en el orden de los fines naturales de la vida humana*²⁹. De hecho, es en este marco que la ley penal (regla de prudencia determinada por la razón) define lo justo a realizar para preservar la sociedad humana y lograr el bien común;

²⁵De hecho, es una necesidad moral, que además impera a socorrernos unos a otros por una ley de solidaridad. De ahí, que a modo de ejemplo el Código Penal de la República Argentina tipifica como delito la omisión de auxilio a quien se hallare en grave peligro (art. 108, C.P.).

²⁶Es fundamental entender que el hombre es en parte espiritual; y por lo tanto, el bien común político, que es el bien común temporal del ser humano presenta también una dimensión espiritual.

²⁷Castañó, Sergio R., *Lecturas Críticas sobre el Poder Político*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, I.I.

²⁸*Idem.*

²⁹Lamas, Félix A., *El derecho, en Circa Humana Philosophia*, III, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1998, 5.

en tanto el derecho constituye objeto de la justicia³⁰, medida que al dar a cada uno lo suyo y establecer o restituir el orden entre las personas (como partes de un todo) procura la conquista de este fin superior.

Por otra parte no es en vano señalar, que cuando aludimos al Estado, nos referimos a una comunidad política conformada por hombres (de ahí también su humanidad), que tiende a la perfección de los seres humanos; y por lo tanto, al resultar su fin natural el bien de estos comparte la misma bondad³¹. Por eso, en ese contexto un atributo del Estado es la autoridad, que se encuentra informada de ese bien, al igual que el orden normativo y el *ius puniendi* estatal. Es que por su constitutiva referencia al bien común político el Estado comprende el derecho subjetivo y deber de ordenar esa comunidad compuesta por diferentes sujetos a ese fin plenario. De modo que debe proponer y hacer imperar los medios adecuados para alcanzar esa plenitud³².

Esta autoridad que ordena las conductas de los hombres es una legítima potestad de derecho natural, pues sin esta no podría preservarse la sociedad política, a la cual se encuentra inclinado el hombre por esa politicidad inscripta en su íntima naturaleza. De hecho, la potestad pública de preceptuar y castigar³³ es necesaria para cumplir con las justas exigencias del bien común político³⁴.

En este sentido, es importante remarcar que la comunidad política no ejerce violencia. El poder del Estado que busca preservar a las actuales o potenciales víctimas del delito no ejerce violencia. *Stricto sensu*, ejerce la fuerza, pues la violencia es ejercida por quien delinque.

Por ello es importante no olvidar, que la coacción organizada tiene dos funciones: una tuitiva y otra punitiva. La función penal engloba una función tuitiva, que es de protección o prevención de delitos; y otra pu-

³⁰Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Colihue, Buenos Aires, 2015, L. V, cap. I, 1129^a y 1129^b 1-5, 2015; y Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 57, a.1 y q. 58, a.1, BAC, Madrid, 2001.

³¹El Estado es bueno por su causa eficiente (gobernantes/gobernados), su causa formal extrínseca (rectas normas jurídico-políticas) y el orden que debe imperar en este (cf. Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, caps. 18 y 28.

³²*Idem*.

³³El *ius puniendi* es un derecho humano del Estado (o sea, de la comunidad política), que no procede de determinaciones humanas, sino de la misma ley jurídica natural.

³⁴Dado que: a) el cuerpo social precisa de una cabeza o autoridad suprema que dirija a sus componentes, b) todos los integrantes de una misma comunidad política no pueden conducir coetáneamente, c) en circunstancias, los intereses particulares de los miembros del organismo social antagonizan con el propósito común; y d) en ocasiones, algunas acciones indispensables para el bien común no resultan de incumbencia de los particulares. Esta función directiva del poder político hubiese pervivido también en estado de inocencia, por cuanto la exigencia de la vida social y todo aquello necesario para su preservación se explica en la natural sociopoliticidad del hombre, no por el pecado o desorden alguno (Castaño, Sergio R., *Lecturas Críticas ...*, 82, 93 y 114).

nitiva, o sea de castigo con sentido retributivo³⁵. Ambas se encuentran ordenadas al bien común político, además de relacionarse con el ejercicio de la fuerza y no de la violencia³⁶.

Como enseña Castaño, no debemos perder de vista que la potestad política se encuentra *legítima y necesariamente investida del derecho al ejercicio de la coacción en vista del bien común, tanto en el ámbito interno como en el externo*³⁷. Si bien debe ponerse de relieve *la prelación de la faz directiva por sobre la imprescindible faz punitiva en el seno de la potestad política ...No obstante, señalamos desde ya a la facultad punitiva como una de las propiedades del poder político, tal como el que existe en un mundo signado por la defectividad espiritual del hombre*³⁸.

A su vez, es esencial comprender que la soberanía es un atributo de la autoridad política, quien dicta las leyes, las ejecuta; y en base a estas, también administra justicia. Esta soberanía *no implica de ningún modo la idea de una libertad o autonomía absoluta, cual la postula el liberalismo, como capacidad de autodeterminación de la multitud por sí misma. Tal concepto no rige siquiera para quien ejerce la autoridad pública, pues la facultad de dictar leyes está regulada por las exigencias del bien común nacional y por la misma ley natural. Soberanía, por tanto, no es sinónimo ni de potestad absoluta e indiscriminada, ni de arbitrariedad. Por ello la idea de una soberanía popular es un absurdo total, pues la multitud como tal no puede gobernarse a sí misma. Para lograrlo, tendría que mandarse y obedecerse a sí misma, lo cual es incongruente. La hipótesis del pueblo nunca se verificó históricamente...*³⁹.

En la concepción moderna el derecho se divorcia de la moral o cualquier naturalismo, pues se rechaza toda moral universal fincada en Dios y enraizada en la naturaleza, de ahí que el único elemento moral sea la convención expresada en la mítica “soberanía popular”⁴⁰. Sin embargo,

³⁵Ligada al fin primario de la pena, que es retributivo por cuanto procura la restauración de la justicia violada. Esta función es una necesidad del bien común reclamada por la justicia como virtud y la justicia en cuanto orden social justo.

³⁶La función tuitiva se relaciona a una necesidad evidente de protección de la comunidad política que se da hacia adentro y afuera. Así, podría plantearse una especie de función genérica de defender la comunidad política de potenciales enemigos exteriores y la necesidad preservarla a esta y sus miembros, como también a sus bienes jurídicos del avasallamiento producido por el delito. Desde ya, esta función tuitiva no es facultativa, sino que su ejercicio es obligatorio.

³⁷Castaño, Sergio Raúl, *Lecturas Críticas...*, 94.

³⁸*Idem*.

³⁹Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 211-212.

⁴⁰No obviemos que la democracia pura ha sido catalogada por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino como una forma viciosa de gobierno, que se encuentra en el reverso de la República (cf. Aristóteles, *Política*, 1279a y 1279b; y Santo Tomás de Aquino, *De regno*, cap. II.9 y II.10). Esto es importante destacarlo, en tanto la mentalidad moderna se encuentra irradiada por el mito de la democracia liberal, que degenera en demagogia u otros males. No olvidemos que Hitler fue escogido a través de un proceso democrático; y la persecución más grande contra el cristianismo es desarrollada en las democracias occidentales. Empero, esto no implica

con sustento en el magisterio de Bidart Campos⁴¹, podemos afirmar que la llamada “soberanía del pueblo” es un “mito”⁴² o “ficción”⁴³.

Esto se destaca, porque al apoyar las intervenciones jurídico-penales en el principio de legitimación democrática, Silva Sánchez pareciera partir de una visión pactista, en tanto se buscaría asidero en la fórmula “Voluntad General”⁴⁴, que se sabe es una terminología aplicada por Rousseau en “El Contrato Social”⁴⁵.

Cabe señalar, que si bien no se desconoce en Silva Sánchez, “la idea de que el Derecho no es una mera expresión de la voluntad del más fuerte o de la voluntad mayoritaria, sino el reflejo de la razón ordenada al bien común; y que, por tanto, debe existir una verdad objetiva y un derecho común a todo el mundo, porque el género humano es solo uno y los hombres somos esencialmente iguales”⁴⁶. Ni se obvia, que a su entender “esta es una de las grandes aportaciones de los teólogos juristas de la España del S. XVI a la historia de las ideas”⁴⁷; tampoco puede soslayarse el influjo del liberalismo en su doctrina⁴⁸ y la de su maestro Mir Puig, quien expresa que el Estado liberal nace para defender a la sociedad y salvaguardar las esferas de libertad de los ciudadanos ante ese *Leviathan*⁴⁹

negar la posibilidad de implementar una democracia sana y moderada (que preferimos llamar República), en línea con la doctrina del orden natural. Lo cierto es que la elección de una forma legítima de gobierno es una decisión prudencial, que debe ponderar las circunstancias concretas y peculiaridades de cada país en cada tiempo.

⁴¹Cf. Bidart Campos, Germán, J., *Lecciones...*, 236-237.

⁴²La concepción liberal de la soberanía es una quimera, pues se funda en un pacto históricamente inexistente.

⁴³Sobre este tema resulta interesante el estudio efectuado por Castaño, en donde se repasan otras posturas críticas a esta afirmación de la soberanía del pueblo, como por ej. las de Isensee, Kelsen y Dabin [cf. Castaño, Sergio R., *Lecturas Críticas...*, cap. IV; Castaño, Sergio R., “La realidad del poder constituyente, entre el mito liberal y el cuestionamiento contrarrevolucionario”, *Cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, Año 63, Nº 147, enero-junio, Espíritu, España, 2014, 141-169, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/367905>, (fecha de consulta: 11/05/2017); y Castaño, Sergio R., *El Poder Constituyente entre mito y realidad*, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, Universidad Católica de Cuyo, San Luis, 2012].

⁴⁴Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 409.

⁴⁵Rousseau, Jean Jacques, *Discurso sobre las Ciencias y Artes – Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres – El Contrato Social*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2001, 177-299.

⁴⁶Cf. Silva Sánchez, Jesús M., *España: una elegía apologética*, publicado en Diario del Derecho Iustel sobre una publicación original en el diario *El Mundo* del 27/11/2014 (fecha de consulta: 21/03/2020), pero también considérese lo expuesto en la “Respuesta a la objeción a la falacia naturalista”, pues se advierten dificultades a la hora de conjugar armónicamente lo aquí afirmado. Por cierto, lo aquí escrito contradice lo vertido en Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 409, donde pareciera seguirse la idea pactista de la voluntad general.

⁴⁷*Idem*.

⁴⁸Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 15-16, 23, 308-309, 341 y 448.

⁴⁹Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, 16-17, 20 y 23.

Por este motivo, en aras de proponer una comprensión más cabal de nuestra perspectiva, deviene necesario establecer cierta distinción con la lógica contractualista y liberal del derecho penal moderno, que procura resolver la dialéctica individuo-vida social mediante la supresión de uno de los términos de la relación.

Aunque la dialéctica individuo-vida social puede caracterizarse de problemática dentro del realismo, ciertamente la respuesta superadora a esta aporía no se basa en la supresión de alguno de estos términos, sino en saber conjugar ambos bajo la razón de bien común. De ahí que, en miras de lograr un recto entendimiento sobre esta cuestión, primero se advierte indispensable diferenciar al bien común del individual y el colectivo.

La diferencia entre el bien individual, particular o singular y el bien común se basa en una diferencia de naturaleza o cualitativa. Es importante retener esto, dado que cualquier asimilación del bien común a una sumatoria o adición de bienes individuales o un bien colectivo⁵⁰ es incorrecta.

Nótese la existencia de bienes individuales, que por su propia naturaleza son únicamente poseídos y participados por una sola persona. Ejemplo de este supuesto es el alimento, bien comestible por una persona. Tal es así, que al apropiarse alguien de este bien, automáticamente se excluye de su fruición al resto⁵¹. Por ello Sacheri explica, que *cada ciudadano tiene razón de parte, en ese todo que es la sociedad. Y así como el bien y la operación propia de cada parte no se identifica con el bien y la operación del todo, así también el de cada individuo difiere esencial y específicamente del de la sociedad, llamado bien común*⁵².

Por otra parte, la experiencia demuestra la existencia de bienes comunes en sí mismos. Es decir, bienes apropiables y participables por muchas personas de manera ilimitada. Ejemplifica este último caso la ciencia matemática, bien de suyo común, por cuanto resulta apropiable y participable por todos⁵³. En tanto que los bienes colectivos (léase las autopistas, aeropuertos, colegios, hospitales, transportes, etc.) son bienes materiales susceptibles de disfrutarse en común, pero solo por un número determinado de personas, de ahí que al participar o disfrutar de estos, se excluya a los otros, además de enseñarse su carácter privado, pues su propiedad es reservada por el Estado para garantizar el uso comunitario⁵⁴.

No es en vano resaltar, que el bien común es un término análogo; y en consecuencia, comprende diversos significados. En primer lugar, existe

⁵⁰Repetto, Alfredo "El derecho penal realista y una aproximación al bien común", en *Diario de Política Criminal*, N° 235-1246, *El Derecho*, Buenos Aires, 2009, acápite 9.4; y Sacheri, Carlos A.: *El orden natural*, 190.

⁵¹Cf. Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 189.

⁵²Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 189.

⁵³*Idem*.

⁵⁴Repetto, Alfredo "El derecho penal realista...", acápite 9.4; y Sacheri, Carlos A.: *El orden natural*, 190-191.

un bien común temporal (fin de la comunidad política), subordinado a un fin sobrenatural y supratemporal (Dios, fin último de todo el universo creado)⁵⁵. Pero como el fin del hombre consiste en la fruición divina, el bien común político también se encuentra integrado por el elemento religioso; y por ello el Estado tiene ciertos deberes, derechos y competencia en esa materia⁵⁶.

Clarificado esto, debemos advertir que en el orden temporal coexisten disímiles bienes comunes y legítimos de comunidades menores, todas fundadas y referidas al bien común de la sociedad política (ej. la familia, las asociaciones profesionales, etc.)⁵⁷, pero cada una de estas con un fin propio ajustado a su específica condición.

Ejemplifica esto, que a la familia le corresponde el fin de conservar la vida humana en el orden de la generación; mientras a la comunidad política o Estado le compete el bien común político, el cual se encuentra integrado por todos aquellos bienes propiamente humanos o conductores hacia la felicidad o plenitud humana, culmen a conquistarse con el esfuerzo coordinado de todos los integrantes de la comunidad⁵⁸. De ahí que Aristóteles y Sampay aludan a un orden como disposición de las partes⁵⁹ en el interior del todo y justiprecian la tarea del legislador en ese quehacer de reglar los actos externos concernientes al orden de la comunidad organizada⁶⁰.

Vale poner de relieve, además, que *entre los elementos principales del bien común político se encuentran: la ciencia, la justicia, el orden, la segu-*

⁵⁵La diáda es temporal-supratemporal.

⁵⁶Tal es así, que la Constitución Argentina prescribe que *el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano* (art. 2).

⁵⁷Cf. Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 189.

⁵⁸*Idem*.

⁵⁹Vale agregar que toda persona es un *ser sui iuris* –señor de sí–, ya que si bien comparte un bien común y forma parte de la comunidad; no por ello pertenece a esta, pues preserva su alteridad por cuanto es otro. De ahí que el ser humano se posee a sí mismo ontológicamente y contiene una esfera de dominio sobre su persona no comunicable al todo social [Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 8ª ed., Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1994, 56 y 64-65]. En ese marco, existen derechos integrados al estatuto del hombre atribuidos por la misma naturaleza humana que conforman su objeto de dominio y son suyos por el solo hecho de resultar un ser humano. Estos derechos generan un deber de respeto en los demás y quienes ejercen el poder estatal (Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, caps. 11, 12 y 30). Es que al ser estrictamente derechos naturales de la persona, deben encontrarse librados de cualquier negación. De lo contrario, se rechazaría el mismísimo carácter de persona (*ibidem*, 67-79 y 85). Se comprende entonces, que toda forma de colectivismo, totalitarismo o especie de absorción del hombre por la sociedad es negatoria de la realidad connatural del hombre. Toda concepción que coloca al ser humano como un mero engranaje de un Estado, al cual sirve en su totalidad y sin poseer derecho alguno frente al ejercicio de sus potestades, es definitivamente negatoria de la condición de persona.

⁶⁰Sampay, Arturo E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, 38.

ridad⁶¹; y de su realización resulta la paz⁶², pues la tranquila convivencia en el orden... es el signo que manifiesta la efectiva realización del bien en una sociedad determinada. De ahí el carácter esencialmente dinámico del bien común político, el cual no es tanto algo que se posee y reparte, sino un bien moral que todos contribuyen a realizar cotidianamente y del cual todos participan y disfrutan en común⁶³.

Desde esta perspectiva, se observa entonces que el antagonismo entre el bien común y el bien personal no es tal, pues ambos bienes no solo no se excluyen recíprocamente, sino se implican mutuamente⁶⁴. Más aún, tal es esta recíproca imbricación, que sin bienes particulares el bien común se tornaría irrealizable; y a la inversa, la no concreción del bien común volvería inviable la consecución de bienes individuales⁶⁵. Esto responde, a que el bien total del hombre se integra por bienes de naturaleza individual y bienes de naturaleza común. Sencillamente, tanto el alimento como la verdad y virtud moral son bienes indispensables, amén de no poseer idéntico valor o jerarquía, pues *por su esencia el bien común tiene una primacía natural sobre el bien individual y, en consecuencia, este último se ordena a aquel, como lo inferior y menos perfecto se ordena a lo superior y más excelente*⁶⁶. Es que justamente, *...el bien común es la idea clave de todo pensamiento social y político conforme al orden natural. La razón de ello es simple: puesto que por bien común se designa el fin mismo de la sociedad política, todos los demás conceptos se ordenan a aquel, como*

⁶¹Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 190.

⁶²*Idem*.

⁶³*Idem*.

⁶⁴Repetto, Alfredo "El derecho penal realista...., acápite 9.4; y Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 191.

⁶⁵Explica Soaje, que *El bien común no es un bien ajeno para la persona humana; no es ni un bien personal de nuestro prójimo... ni la suma total de los bienes propios. No hay ni puede haber oposición ni tampoco "tensión" ... entre bien común y bien propio... el bien común es el mejor bien del singular; en este caso, en que el singular es la persona humana, cada uno de sus bienes comunes es en su orden propio el mejor bien de la persona. En efecto, si el verdadero bien de un ente es aquello que este desea naturalmente como su perfección, entonces tal perfección es para ese ente su bien. Pero la persona concreta tiene una ordenación natural a varios bienes capaces de perfeccionarla, entre los cuales se cuenta no solo el bien que le concierne precisamente en tanto que es un individuo, sino también ciertos bienes cuya perfección constitutiva les permite perfeccionar a este singular y a otros a la vez; es decir, bienes que son comunicables a una pluralidad de singulares, o sea, bienes comunes. Bienes que son comunes por su abundancia intrínseca y su inconmensurabilidad al bien singular en cuanto tal; bienes en que se hallan contenidos y de los que dependen los bienes propios en el orden respectivo. De ahí que esos bienes comunes no tengan la formalidad de bienes ajenos respecto del singular que se halla naturalmente ordenado a ellos como a sus bienes propios, como sus mejores bienes propios, y tanto mejores cuanto más comunicables a otros, comunicabilidad que es manifestación y medida de su perfección y de su consiguiente capacidad perfecta* (Soaje Ramos, Guido. "Sobre la politicidad del derecho", Boletín de Estudios Políticos, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1958, N° 9, 91).

⁶⁶Cf. Sacheri, Carlos A.: *El orden natural*, 191.

*los medios se ordenan al fin. De ahí que una recta comprensión de su naturaleza sea absolutamente indispensable...*⁶⁷.

Basta agregar, que si según el Profesor Silva Sánchez, son crecientes el arraigo de filosofías de corte relativista en una sociedad pluricultural, como así también las dificultades para sostener en este contexto una argumentación apelando a estructuras inmutables del ser⁶⁸, pues el derecho penal sería una realidad condicionada subjetiva y culturalmente (tal como habría enseñado el neokantismo)⁶⁹. Luego, se advierte contradictorio aludir a un bien común. Es que si el valor constituye un bien; y el valor es subjetivo, entonces, se evanece toda chance de afirmar razonablemente la posibilidad de un bien común objetivo o universal.

El pensamiento moderno podría referirse a un bien común no procedente de la naturaleza, sino del consenso previo. Pero surgiría la pregunta, de si en este marco no se vuelve todo en pactable, pues si los valores provienen del arbitrio humano y no del ser de las cosas, se abriría camino al imperio de la voluntad del más fuerte.

Por consiguiente, parece complicado referirse en este último caso a un bien común, ya que la utilidad pública, no sería más que el interés o bien de algunos individuos (mas no propiamente un bien común).

Claro que los discursos pluriculturalistas no logran sortear una contradicción intrínseca. Es que la misma afirmación de que en el campo del “deber ser” (léase el de los valores) todo es relativo y subjetivo, luego conduce inexorablemente, a colocar en crisis la validez absoluta de la premisa afirmada. En otras palabras, si desde el punto de vista moderno se concluye que existen tantas verdades como individuos; cabe inferir entonces, que esta conclusión no respeta una mínima medida de razonabilidad, pues si se afirma la relatividad de todo dada la ausencia de verdades objetivas; luego se deduce, la imposibilidad de ratificar la verdad y objetividad de esa proposición relativista. Por ende, al afirmarse esto se estaría ratificando implícitamente la existencia de la verdad objetiva, pues si la verdad no existiese, la verdad predicada sobre este “no existir” demostraría que algo es “verdadero”; y valga la redundancia, si algo es “verdadero”, luego es necesario que “exista la verdad”.

Huelga añadir, que todo relativista (o sea, quien niega la existencia de verdades objetivas) o escéptico (léase, quien rechaza la posibilidad de conocer algo con certeza) se encuentran encerrados en una aporía imposible de sortear. Pues al afirmarse la inexistencia de la verdad, implícitamente se reconoce su existencia, ya que de lo contrario no podría predicarse verdad alguna sobre aquella afirmación.

⁶⁷Cf. Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 188.

⁶⁸Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 106.

⁶⁹Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 92.

Tal como ya se explicó en “Mitos y realidades del proceso acusatorio”⁷⁰, la contradicción e inepticia se evidencian si se afirma que todo es relativo, pues así se erige a verdad de verdades el lema de “todo es relativo”. A la vez, si se asevera la imposibilidad de conocer algo con certeza también se incurre en una contradicción, por cuanto al aplicar nuestro entendimiento a resolver este problema; admitimos implícitamente la capacidad de la mente para conocer. En otras palabras, al afirmar la incapacidad de conocer algo con certeza, suponemos el conocimiento de algo como verdadero.

La verdad es la reproducción fidedigna de la realidad objetiva. La filosofía clásica distingue entre verdad ontológica (verdad de las cosas mismas) y verdad lógica (adecuación de la inteligencia humana con la realidad)⁷¹. Se enfatiza en esto, ya que los deberes éticos se fundan justamente en la realidad, es decir en el ser de las cosas. Por ello es imprescindible conocer la verdad de las cosas, en donde se manifiesta lo que “es”. Esto es así, dado que para hacer el bien y lo justo, una premisa fundamental es conocer verdaderamente la realidad. *Contrario sensu*, si se rechaza lo real y actúa con una mirada no adecuada a lo que las cosas son, simplemente por una contradicción óptico-lógica se hará el mal⁷². Y aquí vale hacer una observación esencial, la realidad es independiente de nuestra voluntad, intención, valores, ideologías, pensamientos⁷³ o mayorías⁷⁴. Por tanto, la verdad no puede negociarse; y de ahí la incorrección de aludir a una justicia o verdad negociadas. Es que la verdad y la justicia no son convenciones humanas. Para ser justo, necesariamente debemos relacionarnos con lo real en forma objetiva. De lo contrario, no podremos adecuar nuestro obrar a lo que las cosas son.

Pieper define esto como una justicia con el ser, alcanzable en la medida que el hombre se deje determinar objetivamente solo por la realidad y no busque co-determinar el conocimiento queriendo que algo sea, no sea o sea otra cosa diferente de lo que es, echando así a perder

⁷⁰A continuación se reproduce lo vertido en el punto 3 de Romero Berdullas, Carlos M., “Mitos y Realidades del Proceso Acusatorio”, en *Prudentia Iuris* N° 86, UCA, Buenos Aires, 2018), 133-167.

⁷¹En palabras de Sacheri, *el conocimiento es verdadero en la medida en que la idea que yo me formo de la realidad coincide con lo que la realidad es* (Sacheri, Carlos, *Filosofía e Historia de las Ideas Filosóficas*, Escipión, Mendoza, 2016, 49). Cf. también Repetto, Alfredo, *El acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2007, 47-49; y Hernández, Héctor, *Inseguridad y Garantismo abolicionista*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2017, 321-322).

⁷²Cf. Pieper, Josef, *La Realidad y el Bien – La Verdad de las Cosas*, Librería Córdoba, Buenos Aires, 2009, 11-13.

⁷³*Idem*.

⁷⁴Con buen tino, el maestro Hernández explica que la verdad del bien no la determina el criterio prevaleciente de una sociedad dada, baremo del relativismo sociológico [cf. Hernández, H., *Inseguridad y Garantismo...*, 321-322].

cualquier pretensión de obrar prudente, justo y bueno⁷⁵. Así, la medida de lo moral lo determina la prudencia (madre de las virtudes cardinales), que primero debe conocer la realidad objetiva de las cosas para concluir lo que es bueno⁷⁶ para el hombre al ajustarse a su naturaleza y el bien común político de la comunidad.

3. RESPUESTA A LA OBJECCIÓN A LA FALACIA NATURALISTA

Hemos corroborado que el profesor Silva Sánchez intenta sortear la llamada falacia naturalista y rehúye a derivar el “deber ser” del “ser”, acogiendo así una perspectiva teleológica, en vista de atribuir un contenido racional a su sistema penal, dentro de una sociedad plural y pluricultural⁷⁷.

Se evidencia esto, cuando loa al neokantismo por enseñar *las ineludibles referencias valorativas de la construcción conceptual en Derecho penal, y la caracterización de estos valores como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales ni inmutables, sino condicionados subjetiva y culturalmente. El descubrimiento del Derecho penal como realidad condicionada por los valores dominantes en una cultura concreta ha de ser, a su entender, uno de los pilares fundamentales de toda consideración dogmática...*⁷⁸.

Más aún, esto se hace también patente cuando objeta la metodología finalista por partir de una ligazón absoluta entre el legislador y las estructuras previas; como así también al impugnar la llamada “falacia naturalista”, que deriva el “deber ser” del “ser”⁷⁹. Explica entonces, que *del ser no deriva el deber ser*⁸⁰ y la “naturaleza de las cosas” no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que tan solo se limita a fijar un marco... que encuadra los términos de la creación de los conceptos jurídicos... por tanto, es el legislador quien determina cuál de los aspectos de la realidad prejurídica desea tomar como fundamento de su regulación...⁸¹.

El autor español estipula así, que el factor determinante en la metodología dogmática dominante se halla integrado por las ponderaciones teleológico-valorativas, dado *el creciente arraigo de filosofías de corte relativista, que obviamente han influido también en la evolución de la*

⁷⁵Pieper, Josef, *La Realidad y el Bien...*, 39.

⁷⁶*Ibidem*, cap. II.

⁷⁷Cf. Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 105-107, 154 y 186.

⁷⁸Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 92.

⁷⁹Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 105.

⁸⁰El rechazo de la denominada falacia naturalista se vuelve a manifestar en Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 154 y 186.

⁸¹Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 105.

dogmática jurídico-penal⁸², como a su vez, a que paradójicamente, la orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político criminales se ha revelado... como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y pluricultural⁸³. Pues el doctrinario explica, que en esta clase de sociedad resulta extraordinariamente difícil sostener una argumentación apelando a “estructuras inmutables del ser”⁸⁴.

Por tanto, dado que el discípulo de Mir Puig procura sortear al naturalismo⁸⁵, antes de examinar esta cuestión no es en vano recordar la idea de Hume, según la cual debe distinguirse el “ser” y el “deber ser”, en tanto sería imposible fundar la validez del “deber ser” a partir del conocimiento del “ser”⁸⁶, por cuanto el recurso a la naturaleza no suministraría fundamento objetivo para formular una inferencia de esa clase⁸⁷, pues en palabras de Welzel ...*Ningún mortal ha estado sentado en el consejo de los dioses cuando se sancionaba la Tabla de lo recto y de lo justo...*⁸⁸.

En cambio, está lo enseñado por Casaubon, quien explica que *Del ser al deber ser no se pasa por un procedimiento lógico, sino por uno real: existe un ente, el hombre, cuyo perfeccionamiento no es un mero proceso natural, sino una recta actuación de su libertad; y esta recta actuación de su libertad es ya, no solo ser, sino también y ante todo deber ser*. Por tanto, será recta su actuación en la medida que sea conforme a la ley (en este caso, a la ley natural); y de esta ley natural se descubre su contenido comprobando las inclinaciones naturales del hombre, como se hace en *S. Theol I-II, q. 94, 2*⁸⁹.

⁸²Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 106.

⁸³Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 106-107.

⁸⁴Silva Sánchez, Jesús M., *Aproximación al ...*, 107.

⁸⁵El rechazo a la posibilidad de derivar el “deber ser” del “ser” se advierte por ejemplo en Roxin, Claus, *Derecho Penal -Parte General-, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. de la 2ª ed. Alemana, Civitas, Madrid, 1997 (reimp. de 2001), t. I, 243 y 265; y como así también en Donna, Edgardo A., *Derecho Penal...*, t. I, 78-79.

⁸⁶Cf. Donna, Edgardo A., *Derecho Penal...*, t. I, 78-79, donde se cita a Serrano Gómez, La *insociable sociabilidad. El lugar y la función del Derecho y de la política en la filosofía práctica de Kant*, Rubi, Anthropos editorial, Barcelona, 2004, 26.

⁸⁷Cf. Donna, Edgardo A., *Derecho Penal...*, t. I, 94.

⁸⁸Cf. Welzel, Hans, “Verdad y límites del derecho natural” y “Ley y conciencia”, en Welzel, Hans, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección de Maestros del Derecho Penal, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013, 122 y 238.

⁸⁹Casaubon, Juan A., “La ley natural según Santo Tomás de Aquino”, Buenos Aires, Moenia, 1987, N° XXX/XXXI, 47, nota 6 bis. Cf. también Repetto, Alfredo, “La importancia del derecho y del derecho penal”, en *Diario de Política Criminal, El Derecho*, Buenos Aires, N° 11.780, 15 de junio de 2007, 2.3.

Respuesta

A fin de responder adecuadamente esta cuestión, ineluctablemente debe partirse de una perspectiva realista. Por eso es importante comprender, que el realismo gnoseológico admite como principio que el ser (léase la realidad) *determina el pensamiento, tanto en su acto... como en su contenido objetivo, cuyo valor de verdad se juzga por comparación –conformidad– con el ser*⁹⁰; mientras el idealismo gnoseológico pondera que la realidad (del ser) es constituida por el pensamiento o la conciencia⁹¹.

Este distingo no es superfluo, ya que según el pensamiento moderno la existencia y convivencia no se encuentran ligadas a norma alguna emergente de la realidad humana. Por el contrario, el orden procedería de la construcción autónoma de la conciencia de las personas.

Hecha esta aclaración de índole propedéutica, haremos un conciso repaso de las nociones del *ente* y los *trascendentales clásicos* (léase unidad, bondad, esencia, cosa, algo de otro), con el afán de alcanzar un recto entendimiento del pasaje del *ser* al *deber ser* al cual alude Casaubon.

Apartir de la experiencia, lo primero que nuestra inteligencia aprehende es un ente (ej. un árbol, un animal, etc.); y al aferrar ese conocimiento, de manera inmediata, evidente y por contraposición se conoce el no ente⁹². Simplemente, lo captado es el principio especulativo y lógico de no contradicción, cuyo fundamento es real u ontológico, y manifiesta que a) nada puede ser-no ser al mismo tiempo desde el mismo punto de vista, b) un ente no puede ser-no ser simultáneamente, bajo idéntica relación; c) ninguna proposición puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo y desde igual perspectiva; d) y no puede afirmarse y negarse una cosa simultáneamente y bajo la misma relación.

Vale precisar, que denominamos ente a aquello (sujeto, objeto o cosa) que “es” (ej. ruiseñor, árbol, hombre) y esencia a aquello por lo cual algo “es” “lo que es” (ej. en razón de su esencia intrínseca el hombre es un hombre, el león un león, el abedul un abedul, etc.), de modo que el acto de ser posibilita que la esencia exista⁹³. A esta noción de ente, cabe añadir

⁹⁰Cf. Repetto, Alfredo, *El acto culpable...*, 46-47; y en igual sentido, puede leerse el magisterio de Sacheri, Carlos A., *Filosofía e ...*, 37-48.

⁹¹Simplificando, en el realismo es el ser el que determina el pensamiento (y no a la inversa), pues se conoce una realidad trascendente a la inmanencia del conocimiento humano; mientras en el idealismo, el pensamiento determina al ser (y no al revés), por cuanto se niega la cognoscibilidad de realidades fuera del pensamiento del hombre.

⁹²Cf. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 94, a.2.

⁹³Cf. Repetto, Alfredo, “Otras precisiones sobre el Derecho Penal Realista (hecho, valor y norma)”, en *Diario de Política Criminal*, N° 11.910, *El Derecho*, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007, 5.1.1.1.

otras nociones expresivas de una misma realidad (léase uno⁹⁴, bueno⁹⁵, cosa⁹⁶, algo de otro⁹⁷, verdadero⁹⁸), aunque desde una perspectiva diversa, de ahí que se distingan en el plano de la razón o significación⁹⁹, mas no en el plano fáctico¹⁰⁰. Así pues, el ente, la verdad y el bien se implican mutuamente, porque a la misma cosa la denominamos “ente” por ser, “verdadera” por resultar cognoscible, y “buena” por su carácter de apetecible¹⁰¹.

Enseña el Aquinate, que todo ser en cuanto ser es bueno, en tanto se encuentra en acto y de algún modo es perfecto, por cuanto todo acto es alguna perfección. Por lo tanto, como lo perfecto tiene razón de apetecible y de bien, se puede inferir que todo ser en cuanto tal es bueno¹⁰². Todavía más, podemos sellar a la luz del Doctor Angélico, que el mismo ser es lo más perfecto de todas las cosas, si lo comparamos a todas las cosas en cuanto acto, pues nada tiene actualidad sino en cuanto es¹⁰³.

Lo expuesto permite deducir, que el bien es aquello deseado por todas las cosas, o sea la perfección. Por ende, el bien es la perfección y todo lo conducente a esta¹⁰⁴. De ahí que: *“Todo lo que es tiene tanto de bueno como tiene de ser”. La perfección y el bien no significan otra cosa que la plenitud del ser... La fuente de la que se alimenta el movimiento esencial de lo real es la inclinación natural de todo ente a ser lo que es. Y puesto que el bien, en este sentido, tiene el carácter de meta y punto final, “por*

⁹⁴La unidad (*unum*) alude a la indivisibilidad del ente, pues cada ente es indiviso.

⁹⁵La bondad refiere a la perfección y lo apetecible del ente.

⁹⁶La cosa alude a la esencia del ente.

⁹⁷Pieper enseña que todo ente es un *aliquid*, pero la traducción inmediata de *aliquid* por “algo” podría conducir a exégesis equivocadas. Por tanto, sería más conveniente referirnos a *aliquid quid* (siguiendo la etimología de *aliquid* brindada por el medioevo), que significa “algo de otro”. En consecuencia, podemos afirmar que todo ente es algo de otro, lo que implica la distinción de los entes entre sí, por cuanto poseen límites frente a los otros (cf. Pieper, Josef, *La realidad y el Bien*, Librería Córdoba, Buenos Aires, 2009, publicado junto a *La Verdad de las Cosas*, pp. 101-102).

⁹⁸Todo ente es verdadero, pues la verdad se halla en todo lo que es. De modo que ninguna cosa es falsa, y toda cosa es verdadera (cf. Pieper, Josef, *La realidad y el bien...*, p. 98).

⁹⁹Explica el Aquinate, que así como el bien se identifica con el ser, también hace lo propio lo verdadero. Empero, como lo bueno agrega al ser la razón de apetecible, por su parte lo verdadero también añade algo por su relación con el entendimiento (Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, q.16, a.3.). Así pues, el entendimiento aprehende el mismo “ser”; y luego de conocer al “ser”, apetece el “ser”. De ahí que primero obtenemos el concepto de “ser”; luego el de lo “verdadero”; y finalmente, el de “bien”, amén que este se dé en las cosas (Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, q.16, a.4., 2obj.). De modo que, en la realidad el bien, la verdad y el ser resultan idénticos, amén de diferir en la razón (Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 29, a.5.).

¹⁰⁰Cf. Repetto, Alfredo, “Otras precisiones sobre ...”, 5.1.1.1.

¹⁰¹*Idem*.

¹⁰²Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, q.5, a.3.

¹⁰³Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I, q.4, a.1, 3 obj.

¹⁰⁴Cf. Pieper, Josef, *La realidad y el bien...*, pp. 52-54.

eso la razón capta como bueno todo aquello hacia lo que el hombre tiene una inclinación natural”. Es decir que el bien es aquello hacia lo que lo real se mueve esencialmente. Por eso es su propia realización. El bien es la misma cosa real en su plenitud ontológica. El bien es lo real al final de su movimiento natural¹⁰⁵.

Entonces, el bien es un aspecto del ser: es la perfección –apetecible– del ente; el bien... se fundamenta en el ser –en el acto de ser–, en el acabamiento ontológico de la realidad¹⁰⁶. Como el bien importa perfección y resulta apetecible, necesariamente el bien es aquello a lo que todos tienden, según su naturaleza. Es que la perfección es el fin de la naturaleza y esta es fin.

Así, se evidencia el sentido del mundo, y el *thelos* de una naturaleza de cada cosa no neutral axiológicamente, sino encastrada a un orden natural instituido por Dios, al cual cada ente debe orientarse a los fines perfectivos¹⁰⁷. Por consiguiente, todo deber se funda en el ser, la realidad fundamenta la ética y el bien es lo ajustado a lo real¹⁰⁸.

Luego, podemos inferir que la fundamentación del bien en el ser se encuentra afinada en la real y específica naturaleza del hombre, en tanto esta lo determina hacia inclinaciones naturales intrínsecas a sus fines perfectivos. Por lo que este conocer las inclinaciones naturales del hombre posibilita el conocimiento de los preceptos primarios de la ley natural, los cánones de acción y una posterior adecuación de la conducta humana a la naturaleza de cada cosa para poder alcanzar el bien mediante el recto ejercicio de la razón.

Recapitulando, podemos decir entonces, que el “ente” existe por el acto de “ser”. Este acto es su primera perfección y bondad radical del ente, pues huero de este acto de ser no podría ser perfecto, perfectivo, ni apetecible. Este acto de ser genera una primera perfección (bien en cierto sentido), pero ordenada a segundas perfecciones o una perfección ontológica (simplemente bien), que el hombre –en tanto racional– y a diferencia de otros vivientes (como por ejemplo los animales) debe alcanzar mediante actos libres, imperados por una elección de la voluntad irradiada por el intelecto¹⁰⁹.

¹⁰⁵*Idem*.

¹⁰⁶Cf. Repetto, Alfredo, “Otras precisiones sobre ...”, 5.1.4.

¹⁰⁷Nos ayuda a comprender mejor esta cuestión la lectura de Aristóteles, *Física*, Gredos, Madrid, 2011, II.8, 199a 25-35 y 199b 15-20 y Aristóteles, *Política*, LI, cap. 2, 1252b8-9, 1253^a, Gredos, Madrid, 2011, donde se evidencia que la perfección es el fin de la naturaleza.

¹⁰⁸Cf. Pieper, Josef, *La realidad y el bien...*, caps. I-II; y Romero Berdullas, Carlos M., “Derecho Penal Líquido: Derrame de la expresión constitucional”, 119-182, en AA.VV., *Forum IV*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UCA, EDUCA, Buenos Aires, 2016.

¹⁰⁹En palabras de Pieper: *El devenir es el paso del ser-así desde el estado germinal de poder ser al estado de actualización. Al comienzo de todo devenir hay una mínima actualización del ser-así; en su...final hay un ser-así máxima y completamente actualizado... lo real*

Es aquí donde se descubre el pasaje del “ser” –tendencias naturales– al “deber ser”. Es decir, del bien ontológico al bien moral, paso aprontado por un procedimiento real, pues el perfeccionamiento del hombre en cuanto ente es producto de la recta actuación de su libertad. Por tanto, este devenir no es producto de un proceso natural (un solo ser), sino ante todo es fruto de un “deber ser”, bien conveniente y necesario éticamente (aunque capaz tanto de realizarse como de no efectuarse debido a la libertad psicológica de todo hombre), que se actualiza cuando la libre actuación se ajusta rectamente a la ley natural¹¹⁰.

Dentro de este contexto explicativo es fundamental también considerar, que los primeros principios prácticos se identifican con la ley natural, cuyo primer principio o sindéresis¹¹¹ es “el bien debe hacerse y el mal evitarse”, que incluye las normas jurídicas naturales del bien común debe hacerse y evitarse todo lo que lo obstaculice; como también lo justo debe hacerse y lo injusto evitarse.

Como explica Santo Tomás de Aquino al tratar los preceptos de la ley natural, estos constituyen en el orden práctico, lo que son los primeros principios en el orden especulativo, de ahí que unos y otros resultan evidentes por sí mismos¹¹². Más así, ...*como el ente es la noción absolutamente primera del conocimiento, así el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación; porque todo agente obra por un fin, y el fin tiene razón de bien. De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien, y se formula así: “el bien es lo que todos apetecen”. En consecuencia, el primer precepto de la ley es este: “el bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse. Y sobre este se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que cuanto se ha de hacer y evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica naturalmente aprehende*¹¹³.

deviene lo que es... la perfección y el bien...significan... la plenitud del ser... (Pieper, Josef, La realidad y el bien..., 53).

¹¹⁰Cf. Repetto, Alfredo, “La importancia del ...”, acáp. 2.3; y Repetto, Alfredo, “Otras precisiones sobre ...”, acáp. 5.2.1.

¹¹¹La sindéresis es un hábito natural e innato del espíritu humano, mediante el cual se emite un juicio originario e infalible acerca del bien, en cuanto fin del obrar humano ordenado por la ley natural. En lo que respecta a su contenido, la sindéresis es la ley moral natural. Así, esta primera dirección de todos nuestros actos hacia el fin domina toda la faz práctica (cf. Pieper, Josef, *La realidad y el bien*, 47-56). En concreto, la sindéresis es *tener presente la ley moral natural, es decir, lo que se opone a la ley moral natural nunca puede ser, en ninguna situación concreta, prudente y bueno* (Pieper, Josef, *Tratado sobre las virtudes: I virtudes cardinales*, Librería Córdoba, Buenos Aires, 2008, 69).

¹¹²Cf. Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 94, a.2.

¹¹³*Idem*.

A su vez, ...como el bien tiene razón de fin, y el mal, de lo contrario, síguese que todo aquello a lo que el hombre se siente naturalmente inclinado lo aprehende la razón como bueno y, por ende, como algo que debe ser procurado, mientras que su contrario lo aprehende como malo y como vitando. De aquí que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales...¹¹⁴.

Por lo tanto, vale inferir que es la propia naturaleza del hombre la que determina las inclinaciones y fines naturales, a los cuales la persona ha de tender para alcanzar su perfección o plenitud de su ser, pues la fundamentación del bien radica –valga la redundancia– en el ser¹¹⁵, pues como enseña el maestro Repetto: *En el caso del hombre el bien humano (su bien moral) es el correspondiente a su naturaleza racional; serán bienes humanos naturales todos aquellos fines a los que el hombre se inclina naturalmente, pero conforme con su dinamismo propio; como ser racional, su actividad –sus acciones– estará dirigida por la razón y la voluntad libre*¹¹⁶.

Así las cosas, se puede entrever que el conocimiento de los preceptos primarios de la ley natural (ya sea tanto morales como jurídicos) dependerá de la comprensión de las tendencias e inclinaciones inscriptas en la naturaleza humana¹¹⁷. De modo que todo lo hasta aquí explicado nos permite concluir que no existe una falacia naturalista, en tanto el obrar práctico (cuyo primer principio es el bien debe hacerse y el mal evitarse) seguiría al ser o naturaleza de las cosas, concebidas por la gramática divina.

¹¹⁴*Ibidem*.

¹¹⁵Cf. Repetto, Alfredo, "La importancia del derecho y del derecho penal", en *Diario de Política Criminal*, N° 11.780, *El Derecho*, Buenos Aires, 15 de junio de 2007, 2.3.

¹¹⁶Cf. *Ibidem*, 2.3.

¹¹⁷Existe una tendencia común a todos los vivientes, definida por el deseo de toda sustancia de conservar su ser, según su naturaleza. De lo que infiere la pertenencia a la ley natural de todo aquello ordenado a preservar la vida e impedir su antagónico. También se observa otra tendencia común a todos los animales, cómo es la unión de ambos sexos; y otra propia del hombre, que corresponde a su naturaleza racional por buscar la verdad acerca de Dios y vivir en sociedad (Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 94, a.2. y Sacheri, Carlos A., *El orden natural*, 54-55). Esto incluso es ratificado por Welzel, quien explica que *en el ámbito de la naturaleza empírica del hombre ... encontramos los tres aspectos elementales del ser, sin cuya interpretación no es concebible ningún proyecto social; la necesidad física del hombre, la diferencia de sexos y su "socialidad"*, es decir su estar remitido a otros hombres y su dependencia de ellos (Welzel, Hans, *Estudios de ...*, 125).

4. CONCLUSIONES

A partir de las cuestiones aquí tratadas, podemos inferir desde el realismo clásico, que:

- a) El Estado o comunidad política, el derecho y la ley penal no son una creación artificial o un instrumento de control social mediante sanciones, pues ya sea por su procedencia; o por su fin perfectivo, ambos se inscriben en la naturaleza humana e incardinan en la concreción del *bonum commune*, bien moral del cual todos participamos y contribuimos a realizar. Por tanto, no debe perderse de vista la bondad de la ley penal (regla de prudencia determinada por la razón), que define lo justo a realizar para preservar la sociedad humana y lograr el bien común; en tanto el derecho constituye objeto de la justicia¹¹⁸, medida que al dar a cada uno lo suyo y establecer o restituir el orden entre las personas (como partes de un todo) procura así la conquista de este fin superior.
- b) No existe una falacia naturalista, tal como lo afirma la doctrina penal moderna, en tanto el obrar práctico (cuyo primer principio es el bien debe hacerse y el mal evitarse) debe seguir al ser o naturaleza de las cosas, concebidos por Dios. Pues como ya vimos, es la propia naturaleza del hombre la que determina las inclinaciones y fines naturales, a las cuales la persona ha de tender para alcanzar su perfección o plenitud de su ser, pues la fundamentación del bien radica en “el ser”.

Y esto es trascendental, pues *el derecho positivo es válido en la medida que contiene al derecho natural y que Dios, al crear la naturaleza humana con la intrínseca propensión a su propio perfeccionamiento, es el supremo legislador de ese orden jurídico objetivo, con lo cual los gobernados quedan moralmente inmunes al riesgo de someterse a una legalidad suficiente en sí misma, lo que equivale a decir, asentada en la voluntad exclusiva de los hombres que ejercen los supremos poderes del Estado*¹¹⁹.

De esta forma, se niega cualquier concepción totalitaria del Estado, deriva pasible de darse cuando la regla del bien y el mal, y lo justo e injusto se reduce a lo dispuesto en las leyes por el legislador¹²⁰. Pues *una sociedad que se niega a tener como fundamento el bien objetivo se transforma en una dictadura del vacío... Una sociedad fundada sobre sí misma se derrumba antes o después... El derecho exige un fundamento trascendente recibido por el hombre. No puede constituirse a sí mismo sin*

¹¹⁸Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Colihue, Buenos Aires, 2015, L. V, cap. I, 1129^a y 1129^b 1-5, 2015; y Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 57, a.1 y q. 58, a.1.

¹¹⁹Sampay, Arturo E., *La Filosofía Jurídica...*, 49-50.

¹²⁰*Ibidem*, 28-29.

que la autoridad política ceda a la tentación de Prometeo y se convierta en un poder totalitario¹²¹. De ahí la significancia, de alzar una barrera contra la arbitrariedad totalitaria que prescinde de la ley natural¹²², pues la libertad va esencialmente unida a la verdad¹²³.

¹²¹Sarah, Robert-Diat, Nicolas, *Se hace tarde y anochece*, Palabra, Madrid, 2019, 359.

¹²²*Ibidem*, 363.

¹²³*Ibidem*, 344.

