

La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto. Una reflexión desde el derecho natural clásico

Sergio Raúl Castaño

Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET). Prof. titular de “Teoría Política” (Fac. de Derecho-Universidad FASTA – Bariloche). Prof. regular de “Teoría del Estado” (Fac. de Derecho – Universidad de Buenos Aires)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO DE VALIDEZ JURÍDICA: 1. *Justicia y derecho*. 2. *Los principios de la ley natural*. 3. *Las partes del derecho*.—III. JUSTO CONCRETO, POLITICIDAD Y POSITIVIDAD: 1. *Positividad y politicidad del derecho*. 2. *La configuración política del derecho concreto*. 3. *Justo concreto y derechos fundamentales: un ejemplo constitucional*.— IV. LO JUSTO CONCRETO EN MATERIA PENAL Y LA CUESTIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD: 1. *La composición entre lo prudencial y lo universalmente valioso*. 2. *La imprescriptibilidad de la acción penal respecto de ciertos crímenes*: a) La cuestión específica. b) A manera de hipótesis. c) Nuestra tesis. d) Imprescriptibilidad y jurisdicciones supranacionales.— V. LA ABSOLUTIZACIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD: 1. *¿Ante un nuevo derecho natural? El falseamiento del derecho natural clásico y la derogación de los principios del derecho penal moderno*. 2. *Sus presupuestos*: a) El individualismo social y la tergiversación de la naturaleza de lo político. b) La descalificación marxista del Estado y del poder político. c) La entronización de cierto paradigma de matriz teológica. d) Una forma *sui generis* de racionalismo. e) Intereses de poder político o ideológico. f) El peso psicosociológico de las modas.— VI. A MANERA DE CIERRE DE NUESTRA REFLEXIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

A nadie puede ocultársele la relevancia de la cuestión a que nos referiremos a continuación. Ella es hoy de acuciante actualidad, y resulta sin duda crucial para la vigencia de la verdadera justicia en el mundo entero. Cabe señalar que incursionaremos en el tema desde la perspectiva de los fundamentos del derecho, pues tenemos la convicción de que ese nivel de análisis resulta decisivo para su adecuado encuadre teórico. En efecto, la cuestión que nos ocupa necesariamente se resuelve a partir de la asunción de premisas que exceden el ámbito específico del derecho penal, y alcanzan la esfera de los principios mismos del orden jurídico-político. Entre esas premisas podemos mencionar desde ya la función constitutiva que invisten la politicidad y positividad en la configuración de lo justo concreto; y el hecho de que el carácter absoluto y universal de valiosidad práctica de los preceptos jurídicos se circunscribe a los preceptos primarísimos de la ley natural¹.

Nuestra incursión estará guiada por los principios de Tomás de Aquino. Alf Ross, eminente iusfilósofo frontalmente ajeno al iusnaturalismo del Aquinate (y a sus presupuestos metafísicos y antropológicos), hace, con todo, un agudo y grande elogio del realismo tomista. Con ese juicio —tanto más significativo cuanto que proviene de un adversario teórico— nos recuerda en dónde reside uno de los principales méritos de la doctrina que seguiremos. Dice el danés, en efecto, en *Sobre el Derecho y la justicia*, que el Aquinate “está lejos de un racionalismo abstracto que busca deducir mediante la razón una solución para cada cuestión específica concreta. Hay así mucho lugar en su construcción para una forma sociológico-realista de la política jurídica. Lo mismo ocurre con el tomismo de hoy”². En ese sentido, dejamos sentado claramente que

¹ Abordamos estos temas en *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, 2006, especialmente en los capítulos I y II.

² Trad. G. CARRIÓ, Buenos Aires, 1977, p. 228.

tomaremos algunos principios del tomismo como una ayuda para el mejor conocimiento de la realidad, y como un acicate para la reflexión y la discusión. Bajo ningún concepto pretendemos utilizarlos como un argumento de autoridad o intrasistémico, sólo válido para aquéllos que de antemano y en general se reconociesen “iusnaturalistas tomistas”. Antes al contrario: nos hemos propuesto el arduo cometido de apelar a un plano fundamental de racionalidad práctica objetiva.

II. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO DE VALIDEZ JURÍDICA

1. *Justicia y derecho*

La tradición clásica ha llamado a la virtud de justicia “perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”³, donde “su derecho” debe entenderse en el sentido de “lo suyo”. De allí que se afirme que el derecho, en su primer analogado de conducta jurídica debida a otro⁴, sea el objeto de la virtud de justicia. Pero la justicia y su objeto exigen ajuste según una medida objetiva; tal medida, de acuerdo con la cual se produce la igualación entre la conducta y lo debido, consiste en el título del otro u otros. Luego, sólo de acuerdo con un título (en su sentido de merecimiento por el cual algo es debido a alguien) puede establecerse la medida objetiva del derecho de cada cual. Ahora bien, la totalidad de todos los concretísimos títulos del orden de justicia de una comunidad histórica necesarios para establecer un ordenamiento jurídico no es cognoscible por sí misma, ni válida para cualquier época, lugar y circunstancia. Es lo que se verá enseguida.

³ *Digesto*, 1, 1, 10; *Institutas*, 1, 1, 1; citado por Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-IIae, c. 58 a. 1

⁴ Sobre los sentidos de “derecho” en la escuela tomista, cfr. la doctrina de los dos mayores representantes teóricos del iusnaturalismo clásico en la Argentina: GUIDO SOAJE RAMOS, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, mimeo, 1977; y JUAN A. CASAUBON, “Estudio crítico sobre la lógica del ser y la lógica del deber ser en la teoría egológica”, en *Ethos* n° 2/3, Buenos Aires, 1974-75, pp. 61-65.

2. *Los principios de la ley natural*

La cuestión central, a la hora de preguntarse por la validez de los primeros preceptos de la ley natural —entendida, cabe precisarlo, según la tradición platónico-aristotélico-tomista que llega hasta hoy⁵—, radica en saber si, a partir de la experiencia histórico-cultural de los pueblos, cabe inducir algunos principios universales de rectitud de la praxis. La respuesta, seguramente, debe ser afirmativa. Un escritor mercedamente famoso, cuya vida incluso ha sido llevada al cine (“Tierra de sombras”), Clive Stapleton Lewis, se sirvió de su enjundia filológica para compilar, en unas pocas páginas y nucleados bajo muy pocos principios, los que él llama “ejemplos de la ley natural”, recogidos del acervo tradicional de las más variadas culturas del orbe: indoamericanas, vikingas, babilonias, egipcias, indias, chinas, grecorromanas, etc. Tomemos los ejemplos más significativos de cada uno de esos principios fundamentales. 1) Del respeto a la vida inocente: “Confesión del alma recta”, del *Libro de los Muertos* del Egipto antiguo: “No he asesinado hombres”; *Volospá*, nórdico antiguo: “En el infierno yo vi asesinos”. 2) De la recta vida sexual y familiar, y del cuidado de los hijos: *De Officiis*, de Cicerón: “La Naturaleza y la Razón ordenan que nada inconveniente, nada afeminado, nada lascivo debe ser hecho o pensado”; el nórdico *Volospá*, citado: “En el Infierno vi seductores de esposas ajenas”; *De Officiis*, citado: “La naturaleza produce un especial amor a la prole”; de un testimonio piel roja: “Matar las mujeres y más especialmente los jóvenes varones y niños que constituirán la futura fuerza del pueblo, es lo más triste”. 3) Del

⁵ En efecto, no puede hablarse de “ley (o derecho) natural” a secas, sin riesgo de caer en la equivocidad y las consiguientes contradicciones (de las que Kelsen, en la primera edición de su *Teoría pura del derecho*, supo sacar partido para descalificar la respectiva doctrina; cfr. el cap VIII, 1. de esa obra). La ambigüedad de la locución “derecho natural” a lo largo de la historia del pensamiento jurídico ha sido puesta de manifiesto por ERIK WOLF en *El problema del derecho natural* (trad. cast. M. Entenza, Barcelona, 1960). En este artículo, nosotros utilizaremos indistintamente las locuciones mencionadas (vgr., “ley” o “derecho natural”).

dar a cada uno lo suyo: “Lista de pecados”, del babilonio antiguo: “¿ha erigido linderos falsos?”; en el mismo texto se elencan los siguientes pecados: “perjudicar, robar, hacer robar” y también “Quien no recibe sobornos, éste complace a Samas”; “Confesión del alma recta”, citada: “no he robado” y también “no he calumniado al esclavo frente a quien lo recibe”. 4) Del buscar la verdad: *Beowulf* (anglosajón antiguo): “no hice juramentos falsos”; Confucio: “El maestro dijo, sed de firme buena fe”; y allí mismo: “El maestro dijo: ama aprender, y si hay ataque está presto a morir por la Buena Senda”; del *Hávamál*, nórdico antiguo: “cualquier cosa es mejor que la traición”. 5) De la amistad social: Confucio: “nunca hagas a otros lo que no te gustaría que te hicieran”; “Leyes de Manú”: “no pronuncies una palabra por la que alguien pudiera ser herido”; “Libro de los muertos”, citado: “He dado pan al hambriento, agua al sediento, ropas al desnudo...”; *Hávamál*, nórdico, citado: “El hombre es la delicia del hombre”. 6) Del valor de la vida política: Cicerón, *De Officiis*: “Parte de nosotros es debida a nuestra patria, parte a nuestro padres, parte a nuestros amigos”; Confucio: “Si un gobernante logra la salvación de todo el Estado [...] sería sin duda un sabio divino”; de la *Eneida* de Virgilio: “Vinieron a los campos de dicha, al verde césped de los Bosques Afortunados y las moradas de los benditos... aquí estaba la compañía de aquellos que sufrieron heridas luchando por su patria”.

Lewis aclara que su lista no pretende ser completa. Y, además, puntualiza muy certeramente: “no estoy tratando de probar [la] validez [de tales preceptos] por el argumento del consenso común. Su validez no puede ser deducida. Para aquéllos que no perciben su racionalidad, ni aun el consenso universal se lo probaría”⁶. En efecto, el amplio consenso transcultural de los preceptos primarios de la ley natural no es constitutivo, sino sólo manifestativo, de su verdad práctica.

⁶ C. S. LEWIS, *La abolición del hombre*, trad., pról. y notas de JORGE N. FERRERO, Buenos Aires, 1983, apéndice: “Ejemplos del Tao”.

Por su parte, Tomás de Aquino propone un puñado de primeros preceptos de racionalidad práctica —es decir, principios de rectitud del obrar referidos al ámbito individual, familiar, jurídico, económico y político— con la propiedad de cognoscibles *per se* para todo hombre adulto y sano; y de objetiva y absolutamente valiosos para cualquier circunstancia de cualquier época en cualquier cultura. Pero con su propuesta, en buena medida, no hace sino ordenar y perfeccionar doctrinalmente la voz de la conciencia común de la Humanidad; voz que se encuentra conteste con el orden perfectivo de la persona humana. Tales primeros preceptos práctico-normativos —fundados en el principio generalísimo de hacer el bien y evitar el mal— son: el cuidado de la propia integridad y el consiguiente respeto a la integridad del inocente; la unión de los sexos en pareja, y el cuidado de la prole; la recta vida social, que incluye los primeros principios de ley natural jurídica (*suum cuique tribuere*) y de ley natural política (persecución y primacía del bien común político); y la búsqueda de la verdad, que culmina en la búsqueda de Dios⁷.

3. *Las partes del derecho*

Nos interesa poner de manifiesto ahora la imposibilidad de erigir un ordenamiento jurídico sobre la sola ley

⁷ Cfr., principalmente, *Summa Theologiae*, I-IIae. c. 94, a. 2. Tomás de Aquino afirmó sin ambages, a lo largo de toda su obra, tanto la primacía del bien común sobre el bien particular cuanto —ya en sede específicamente política— la tesis de la politicidad natural. Esta última tesis, dice el Aquinate en *S. Th.*, I-IIae., 72, 4, fue “probada en el libro I de la *Política*”. ARTHUR F. UTZ recogió en el apéndice al t. I de su *Ética Social* (trad. francesa de E. DOUSSE, Friburgo, 1960) los textos correspondientes, de entre los cuales cabe citar *IV Sent.* 26, 1, 1; *De reg.* I, 1; *C.G.* III, 85; III, 117; *S. Th.*, I-IIae., 61, 5. El mejor tratamiento acerca de la naturaleza del bien común político, y de su supraordenación respecto de todo bien particular mundanal, lo ha hecho LOUIS LACHANCE —principal exégeta del pensamiento político de Tomás de Aquino— en *L’humanisme politique de Saint Thomas*, París-Ottawa, 1939 y 1963 (obra maestra cuya reciente traducción al castellano por la Universidad de Navarra no puede dejar de celebrarse). En cuanto a la fundamentación de los derechos humanos en la ley natural (tomista), cfr. CARLOS I. MASSINI CORREAS, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Bs. As., 1987, pp. 143 y ss.; y *Los derechos humanos. Paradoja de nuestro tiempo*, Santiago de Chile, 1989, pp. 119 y ss. Para una confrontación de la doctrina tomista de los derechos humanos con posiciones individualistas, cfr. HÉCTOR H. HERNÁNDEZ, *Derecho subjetivo. Derechos Humanos*, Bs. As., 2000, pp. 273 y ss.

natural. Las normas que se fundan en los bienes imperados por la ley natural tienen su misma universalidad, es decir, máxima extensión y mínima determinación. Y hablar de un valor humano universal, o de una norma ético-jurídica universal significa afirmar su validez para cada hombre concreto, histórica y espacialmente situado, racialmente diversificado, culturalmente educado, políticamente inserto. Luego, resulta necesario que, para la constitución de un ordenamiento jurídico, tales preceptos sean concretados por los hombres según épocas, circunstancias y talentos. Por ello la vida familiar —cuyo fin es, en sí mismo, un bien humano y social básico— no puede prescindir de la regulación concreta del derecho de familia. Así como tampoco el reconocer la necesidad de la propiedad privada hace ocioso —antes al contrario— la determinación positiva de todas las normas que regulan, por ejemplo, los derechos reales. Los valores básicos que se hallan en juego en esos casos —la supervivencia, el matrimonio, la educación de la prole, la justicia, la amistad social, entre otros— exigen la existencia del derecho positivo⁸. En conclusión, la positividad es una parte constitutiva del orden jurídico⁹. Y ella es de resorte —sea por producción, sea por reconocimiento— de los órganos de dirección (gubernativos, legislativos o judiciales) de la comunidad política.

Así pues, lo justo es concreto. No sólo exige un fundamento de valiosidad práctica, sino un principio de determinación. El derecho —ya se trate de una conducta, de una norma o de un poder jurídico— es una totalidad compuesta por dos partes, la natural (fundante) y la positiva (determinante). Pero, como veremos enseguida, la medida y el fundamento últimos de la positividad se hallan en la politicidad.

⁸ Gráfica y realista exposición de este tema aporta GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. C. LÉRTORA MENDOZA, Buenos Aires, 1977, cap. V (“Juridicidad del derecho natural”).

⁹ Sobre las funciones del derecho positivo, cfr. JEAN DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, París, 1929, pp. 84 y ss.

III. JUSTO CONCRETO, POLITICIDAD Y POSITIVIDAD

1. *Positividad y politicidad del derecho*

Los individuos y los grupos sociales no son mónadas independientes; sólo podrían ser vistos así desde un pensar abstractista que ampute su realidad concreta de agentes políticamente insertos¹⁰. Por ello cabe afirmar con Tomás de Aquino¹¹ —y jugando con los verbos modales— que el pleno y verdadero bien de la parte no “puede” ni “debe” desconocer la primacía del bien común político. No puede, en el sentido de que los bienes particulares no se darían, o se darían harto imperfectamente, fuera de la participación del bien común; no debe, en el sentido de que existe una obligación para las partes de la comunidad política de no perseguir sus fines con detrimento del bien común perfectivo del que se participa en sociedad. Etiológicamente hablando, el bien particular se ordena al bien común. Nos hallamos en la línea de la causalidad final.

Ahora bien, la sociedad que tiene como fin la consecución del bien común político será la que determine, a través de sus órganos de dirección, cuáles sean las obligaciones y derechos de los individuos y grupos intermedios. Es decir, la autoridad política concretará el orden del derecho según las exigencias del bien común. Esta segunda dimensión de la politicidad del derecho se funda en la primera, que la causa, explica y legitima. Nos hallamos aquí en la línea de la causa formal extrínseca o ejemplar, que impera normativamente las acciones de los hombres en comunidad¹².

2. *La configuración política del derecho concreto*

Demás está decir que “politicidad” no es idéntica a “estatalidad”, si con tal término se alude al derecho como un

¹⁰ Cfr., a este propósito, FÉLIX A. LAMAS, “Justo concreto y politicidad del derecho”, en *Ethos* 2/3, Buenos Aires, 1974/5.

¹¹ Cfr. *Summa Theologiae*, II-IIae., 47, 10 ad 2um.

¹² Resumimos aquí, respecto de las dos dimensiones de la politicidad del derecho, los desarrollos de nuestro *El Estado como realidad permante*, Buenos Aires, 2003, pp. 115 y ss.

producto de la maquinaria institucional del Estado, reducido al servicio de los fines contingentes de éste. En ese caso la justicia quedaría absorbida por y limitada al derecho positivo, y no cabría hablar de una norma, o mandato político, objetivamente injustos. Por el contrario, la tesis de politicidad del derecho significa que su fin es el bien común político. Ahora bien, dado que el fin político es y debe ser causa del perfeccionamiento de todos los hombres nucleados en comunidad, luego la consecución de ese fin político supondrá necesariamente el estricto cumplimiento de todos aquellos mandatos prepositivos ordenados a la consecución y tutela de los máximos bienes humanos; los cuales mandatos, además, precaven contra los mayores males humanos: es decir, el estricto cumplimiento de los preceptos primarios de la ley natural. Luego, la naturaleza del bien común político —que no consiste en una sumatoria de ventajas particulares o circunstanciales, sino en la máxima perfección intramundana participable— explica por qué tal bien jamás podrá albergar (en lo que tiene de tal, o sea, de verdadero bien) una transgresión a los principios básicos de rectitud práctica.

Por otra parte, la politicidad del derecho como horizonte de totalidad significa que lo justo, sea como conducta, como norma o como derecho subjetivo, es real y verdaderamente tal en la medida en que se integra dentro de un plexo de relaciones en el cual toda justicia se hace posible y desde el cual toda justicia se mide. Pero aquel primer principio en que se funda el carácter total del orden político, a saber, el bien común, no es un ente de razón, ni una abstracción universal, sino algo real y, por tanto, *concreto* (además de *completo* —en el plano mundanal—). Por ello hemos afirmado que el bien común político, máximo bien participable por la persona en el plano mundanal, consiste “en la promoción económica que atienda a tales particularidades geomorfológicas; en el cultivo de tales valores culturales; la determinación y tutela de tales principios jurídicos; la expansión de tal orden amical de convivencia; la subordinación autoritativa según tales usos inveterados; la veneración de tales paradigmas históricos ejemplares;

la madurez de tal conciencia política; la libertad de decidir su destino de tales ciudadanos; el honrar a Dios según tales tradiciones. Y así en cada dimensión humana axiológicamente relevante”¹³.

Politicidad del orden jurídico, pues, viene a significar, a la vez, que su fin es político y que su continente es la comunidad, que lo positiva a través de la autoridad política. Como ha mostrado Guido Soaje Ramos, la alteridad de las conductas jurídicas debidas supone, detrás del “otro” particular, siempre a un “otro” social y político, en sentido tanto teleológico cuanto imperativo¹⁴. El segundo sentido, precisamente, alude al carácter frontal de la potestad pública respecto del derecho positivo vigente, sea por aceptación de la costumbre, sea por conclusión o determinación de los principios universales de razonabilidad jurídica.

3. *Justo concreto y derechos fundamentales: un ejemplo constitucional*

Si acudimos al derecho comparado, la Constitución de la República de Chile nos muestra de modo cabal cómo los derechos fundamentales de individuos y grupos sólo son verdaderamente tales en la medida en que reciben su ajuste definitivo dentro del Estado, según las exigencias del bien común político. En el cap. I, art. 1º, la Carta reza: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común [...]”. Tras tal reconocimiento respecto del fin de la comunidad política y del poder del Estado, la Constitución, en su cap. III (“De los derechos y deberes constitucionales”), enumera un elenco de derechos —y libertades— fundamentales, muchos de los cuales pueden ser considerados auténticos derechos subjetivos naturales, vgr. anclados en exigencias objetivas de la naturaleza humana. Así, entre

¹³ *Orden político y globalización*, Buenos Aires, 2000, p. 165.

¹⁴ Cfr. *El concepto de derecho*, cit., sección “La conducta jurídica”.

otros, la libertad de enseñanza, consistente en el “derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” (11°); el derecho de asociarse (15°); la libertad de trabajo (16°); el derecho a la actividad económica (20°) y el derecho de propiedad (21°). Ahora bien, para el ejercicio de todos y cada uno de esos derechos y libertades la norma constitucional establece un límite en forma explícita. Y dicho límite se halla siempre constituido por valores humanos participables que integran necesariamente el contenido del bien común político: la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional, la salubridad pública o el interés nacional. El principio que se induce —y reafirma— desde la Constitución chilena es claro: los derechos fundamentales se miden a partir de las exigencias del bien común político. Repárese en que tal concreción (*de suyo*) no significa desmedro para los bienes imperados por preceptos primarios de la ley natural. Así, si puede ser lícito expropiar un inmueble por razones de utilidad pública, nada podría, en cambio, justificar la “expropiación” de la vida de inocentes con fundamento en un pretendido interés general¹⁵.

¹⁵ La razonabilidad de la expropiación por causa de utilidad pública introduce la cuestión del llamado “derecho natural secundario”. Existe, en efecto, una suerte de zona intermedia entre el derecho natural primario y el derecho positivo, de disposiciones jurídicas, sociales y políticas que se hallan muy cercanas a los primeros preceptos. Así, por ejemplo, si es evidente que los bienes de la tierra se ordenan a la satisfacción de las necesidades materiales de los hombres, resulta casi tan evidente, aunque ya sea pasible de una mínima inferencia, que es provechoso para las personas administrar algunas cosas como propias, como el medio más humano para atender a esas necesidades. De allí que el instituto jurídico de la propiedad privada pueda ser llamado de *derecho natural secundario*, en tanto se subordina a fines que lo fundamentan y lo invisten de sentido y valiosidad práctica (tales como la digna subsistencia de las personas y, en consecuencia, el bien común político). Los preceptos secundarios poseen la naturaleza de medios —aunque no en el sentido instrumental-utilitario que se asigna habitualmente al término “medio”—; o de vías, o caminos, o modos, ordenados a los preceptos primarios como al fin que les da sentido y racionalidad. Tomás de Aquino los caracteriza como “casi conclusiones” próximas, inmediateamente deducidas de éstos últimos (*S. Th.*, I-IIae, 94, 4). Sobre el tema de los preceptos secundarios cfr. JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO, *Razón práctica y derecho natural*, Valparaíso, 1993, pp. 133 y ss.

IV. LO JUSTO CONCRETO EN MATERIA PENAL Y LA CUESTIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

1. *La composición entre lo prudencial y lo universalmente valioso*

Los órganos de autoridad de la comunidad política se hallan obligados por ciertos preceptos que promueven y tutelan bienes humanos irrenunciables. Así, por ejemplo, el de no realizar acciones intencionalmente ordenadas a causar daño a un inocente. Se trata de una *obligación jurídica* fundada en un precepto primario de la ley natural. Ahora bien, si la vida humana inocente debe ser tutelada, y esto es inmediatamente evidente en su validez universal, no ocurre lo propio con las normas y disposiciones concretas en que esa tutela debe traducirse en la vida histórica. De allí que las leyes sobre el homicidio, las penas que establecen y las políticas penales no sean universalmente evidentes, sino posibles de ponderación y mutación. No hay una cognoscibilidad inmediata de la obligatoriedad absoluta de una modalidad de sanción penal determinada, precisamente por el hecho de que no existe una determinada modalidad de sanción penal como norma universalmente válida (jurídicamente valiosa) para todo tiempo y lugar. Así, por ejemplo, el *quantum* de la pena del homicidio no es —en sí mismo— de derecho natural, aunque sí lo sea el fundamento sobre el que se erige la legitimidad de la sanción penal. Costumbres, épocas y circunstancias harán *prudencialmente* recomendables penas más o menos benignas, más o menos rigurosas. Lo único que dice el envés negativo del precepto natural es que matar al inocente intencionalmente es un disvalor grave. Dicho de otro modo: el precepto mismo de *derecho natural primario*, en la obligación *erga omnes* que impone, sólo ordena el respeto de la integridad del inocente. No dice cómo deberá tutelarse ese bien. Lo que se determine al respecto será *derecho positivo*.

Respecto de la última afirmación, deben hacerse las siguientes puntualizaciones: 1) por un lado, no resulta in-

distinto estatuir —o no— leyes contra el homicidio, es decir, no cabe asignar idéntico valor jurídico a la persecución legal del homicidio o al desinterés o la complicidad de las potestades públicas ante tal conducta, gravísimamente antijurídica; 2) por otro, una recta concreción positiva de la justicia exigirá atender la condición humana del culpable, y esto por una necesidad del propio bien común, que sufriría desmedro con una rigurosidad draconiana que no constituyese una retribución punitiva conmensurada a la vez a la falta cometida y a la dignidad de la persona (dando por sentado que —para la doctrina tomista y para la teología moral católica— no cabe oponer bien común a dignidad humana, como ha demostrado claramente Antonio Millán Puelles¹⁶); 3) por último, el *suum cuique tribuere* —que legitima la aplicación de una pena al culpable— no consiste en una regla abstracta que regula relaciones de coordinación entre individuos o grupos aislados, sino en el ajuste de la retribución de acuerdo con exigencias que, en última instancia, resuelven su legitimidad en la ordenación al fin por el que existe la comunidad política: el bien común político (el fin terreno más perfecto).

2. *La imprescriptibilidad de la acción penal respecto de ciertos crímenes*

a) *La cuestión específica*

Tras haber revisado los fundamentos prácticos que dan razón de la existencia y de la legitimidad de un ordenamiento jurídico, planteemos ahora la cuestión específica que nos interesa: la imprescriptibilidad de la obligación de perseguir penalmente a los responsables de crímenes contra derechos humanos fundamentales ¿es la concreción

¹⁶ Cfr. *Gran Enciclopedia Rialp*, t. 4, pp. 229-230, voz “bien común”. Al comenzar el párrafo dedicado a la supuesta antinomia, dice enérgicamente el ilustre filósofo español: “Uno de los aspectos de la problemática del b.c. que de hecho han sido tratados con la más perniciosa ambigüedad es el de la primacía de este bien, y ello en virtud de su aparente antagonismo con el principio de la dignidad de la persona humana”.

histórico-positiva de un precepto de ley natural (el cual impera la necesidad de realizar cierta conducta)? La aceptación internacional de tal principio ¿constituye la puesta en vigencia de una obligación válida (jurídicamente valiosa) para toda sociedad, bajo cualquier circunstancia, así como lo es la prescripción de no dañar intencionalmente al inocente?

b) *A manera de hipótesis*

Supongamos una comunidad política históricamente dividida entre dos confesiones religiosas. A lo largo del tiempo, ambas culturas se han enfrentado en muchos terrenos, y la guerra civil ha estallado en varias oportunidades. Cada vez que uno de los sectores llegó a tener preponderancia, el otro sufrió injusticias y violencias. Durante las épocas de paz, los enconos no han cedido; antes al contrario. En un momento dado, miembros del sector confesional "A" acceden al poder, e inician una cruel persecución (casi colectiva) contra la confesión "B". Ese gobierno tiránico que, en alguna medida, se pretende representante de la confesión a que pertenecen sus miembros (y que en alguna medida lo es, dado el consenso de que goza entre los suyos) no trepida —incluso— ante el asesinato de miembros de la confesión "B". Nos enfrentamos, por lo menos respecto de algunos de esos excesos, con transgresiones al derecho natural primario: se ha quitado la vida a algunas personas por el solo hecho de profesar una religión. Pero continuemos con nuestro hipotético ejemplo. El régimen cae. Los crímenes cometidos, además de la condena moral, merecen y de hecho reciben un justo castigo. Entre los esbirros del régimen derrocado se cuentan importantes jefes, que son condenados al poco tiempo a penas muy severas; y jefes secundarios, que van siendo investigados, procesados y condenados en los años subsiguientes. Pero —como no podía ser de otra manera— también ha habido responsabilidades, anuencias y complicidades de variada naturaleza por parte de miles y miles de

miembros (muchos de ellos muy jóvenes) de la confesión "A". En el momento de producirse los delitos, estos individuos contaban, en numerosos casos, con menos de veinte años de edad. Y es aquí donde surge la pregunta. Se trata de una sociedad donde las divisiones y el resentimiento entre bandos hasta ese momento irreconciliables han llevado a la comunidad política al borde del abismo, y han provocado algunos de los mayores males humanos: el odio y la muerte. Tras haber castigado a la primera y la segunda línea de los responsables —a lo largo de varios años de procesos— ¿cabe afirmar que a los sucesivos gobiernos les quepa la obligación de perseguir, investigar, acusar, procesar —a lo largo y ancho de toda la geografía nacional e internacional— a los antiguos responsables del brazo político de la confesión "A", sin descanso, cual si fuera una suerte de cruzada que no se habría detenido ni siquiera tres generaciones después de sucedidos los hechos, es decir, setenta y cinco años más tarde, porque todavía entonces sobrevivirían posibles responsables? La respuesta debe ser matizada. Semejante persecución penal no obliga en forma absoluta a los poderes públicos, como sí lo hace el velar por la vida de las personas inocentes. Pues podría ser prudencialmente aconsejable continuar la persecución penal *sine die*. Pero también podría ser prudencialmente aconsejable, en orden a restañar el tejido social y la concordia política, evitar mantener constantemente presente el recuerdo del conflicto a través de un sempiterno estado de procesamiento que —por lo menos mediata o implícitamente— no dejaría de recaer sobre la mitad de los miembros de la comunidad política.

c) *Nuestra tesis*

La tesis de estas líneas es la siguiente: *la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, así como la de cualquier otro delito grave —o incluso aberrante—, sin ser contradictoria con el derecho natural, con todo no constituye ni concreta positivamente un precepto de derecho natural.*

En efecto, la persecución de ciertos crímenes no puede ser erigida en una obligación absoluta, que impidiera al gobierno de un Estado adoptar —en ciertos casos— decisiones prudencialmente aconsejables en orden a restaurar, o a comenzar a forjar, la paz y la concordia; decisiones tales como la prescripción de ciertos graves delitos. Ello porque la forma más alta de justicia es aquella cuyo objeto es el bien común, vgr., la justicia general. Y aquí no se trata de contraponer u optar entre el bien común y, por ejemplo, la comisión directa o indirecta de actos tendentes a quitar la vida de inocentes por razón de su religión; pues esta última transgresión sería siempre inordenable al bien común (tanto más cuanto que ella sería cometida por el poder del Estado, el cual, al violar un precepto primario de ley natural, estaría traicionando flagrantemente su función específica)¹⁷. Por el contrario, los que podrían llegar a colisionar en este caso son, de un lado, una parte substantiva del bien común (la amistad social y la paz) y, de otra, una cierta política penal. Ahora bien, el Estado (como los particulares, desde ya) tiene interdicción estricta respecto de la transgresión de preceptos primarios de ley natural, transgresión que se corresponde con muchos de los crímenes tipificados por las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Pero de allí no se sigue que el Estado tenga la obligación absoluta de sostener *sine die* una política penal determinada, por más que las acciones penales se refieran a delitos en cuya represión la propia comunidad internacional se halle interesada¹⁸. Dicho de otro modo, el mandato universal y permanente de derecho natural recae sobre la prohibición —para individuos y para colectividades— de la comisión de ciertos actos, contrarios

¹⁷ De allí que la complicidad de un particular respecto de la práctica del aborto resulte cualitativamente menos disvaliosa —y aquí “disvaliosa” equivale a *antijurídica*, porque *coadyuva a la violación de derechos de otro*— que la permisón y la colaboración con tal práctica por parte del poder del Estado.

¹⁸ Un ejemplo de lo que se viene diciendo —genérico, si se quiere— lo brinda la facultad reconocida al titular del ejecutivo en algunos ordenamientos, como el argentino (*C.N.*, art. 99, inc. 5), para indultar y conmutar penas. Análogo juicio podría merecer el instituto de la amnistía (en Argentina, de resorte del legislativo —*C. N.*, art. 75, inc. 20—).

a bienes humanos fundamentales. Para el Estado, el mandato universal se traduce en la obligación de tutelar esos bienes, y funda la correspondiente potestad punitiva, encargada de perseguir y castigar a quienes atenten contra ellos. Mas el mandato no impera una forma particular de persecución y sanción penal de delitos —por graves que éstos fueren—.

La posición que acaba de plantearse, además de fundarse en principios permanentes de racionalidad práctico-jurídica —como lo son los principios de derecho natural—, no constituye una tesis solitaria. Veamos lo que sostiene al respecto uno de los más importantes constitucionalistas contemporáneos, el profesor Gustavo Zagrebelsky, juez del Tribunal Constitucional de Italia: “[...] en los ordenamientos actuales existen normalmente instrumentos constitucionales excepcionales que dan la prevalencia a la política cuando la tensión [entre política y derecho] es demasiado fuerte. La amnistía es eso [...] Es lo que sucedió en Italia tras el período de la resistencia en la etapa fascista. Digamos que, además de la razón jurídica, existe también una cierta forma de razón de Estado, o de razón política. ¿Por qué habríamos de pensar que sólo cuentan las consideraciones jurídicas? No. No vale *fiat justitia et pereat mundus*. No vale”¹⁹.

d) *Imprescriptibilidad y jurisdicciones supranacionales*

La imprescriptibilidad —con carácter absoluto— se torna aun más cuestionable en el caso de que ese principio resulte esgrimido por instancias jurisdiccionales supranacionales. La razón estriba en que la más directamente interesada en restaurar y conservar la paz social, y la más indicada para arbitrar los concretísimos medios, es la propia comunidad afectada por los crímenes en cuestión. Eso, por supuesto, en tanto y cuanto los conflictos sufridos no

¹⁹ Cfr. “El derecho constitucional de pluralismo. Conversaciones con el Profesor Gustavo Zagrebelsky”, por MARINA GASCÓN ABELLÁN, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 11, 1999.

hayan anarquizado definitivamente —o, incluso, destruido— a esa comunidad política como tal (caso de los “*failing States*”, o “Estados en descomposición o desfallecimiento”, al decir de Pastor Ridruejo²⁰).

Cualitativamente más grave —y, por tanto, más objetable— es el caso de la intervención de tribunales extranjeros enancados en pretensiones de jurisdicción universal para entender en conflictos internos de un Estado. Tales pretensiones, además de la cuestión por nosotros discutida, desconocen el *factum* de la existencia de una pluralidad de comunidades políticas —es decir, la no estatalidad de la comunidad internacional—; y pivotan sobre un principio que, asumido en su integridad, difícilmente contribuiría a la paz y a la justicia en el mundo. Pero éste sería el tema de otro trabajo, por lo cual no podemos extendernos ahora en él.

V. LA ABSOLUTIZACIÓN DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

1. *¿Ante un nuevo derecho natural? El falseamiento del derecho natural clásico y la derogación de los principios del derecho penal moderno*

En su voto en el fallo “Simón” (14/6/2005), fallo que confirma la imprescriptibilidad para los delitos de lesa humanidad, el ministro de la Corte Suprema argentina y distinguido jurista Antonio Boggiano afirma que la imprescriptibilidad de los delitos llamados de lesa humanidad forma parte de “los derechos básicos de la persona humana” (cfr. consid. 13-21). La imprescriptibilidad, al referirse a un “valor humano fundamental”, no puede ser derogada o enervada por “ninguna convención, pacto, o norma positiva” (consid. 38).

Argumentos como los que aparecen en este fallo no resultan hoy insólitos, dentro y fuera de la Argentina. Si bien no en todos los casos se recurre a una fundamenta-

²⁰ Cfr. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 2001, p. 285.

ción de corte expresamente iusnaturalista —como sí ocurre en el voto que se acaba de citar—, con todo resulta frecuente que la defensa del principio de imprescriptibilidad absoluta apele a valoraciones suprapositivas²¹. Tales valoraciones confunden absoluta disvaliosidad de un delito con absoluta obligación para el Estado de perseguir penalmente *sine die* a quien lo ha cometido. Por otra parte, y con fundamento en semejante confusión, este género de posiciones preconiza la derogación de otros principios, los cuales, además de la razonabilidad que en general poseen, forman parte del acervo de valores del denominado derecho penal liberal.

Nos hallamos, de esta suerte, ante un principio suprapositivo que oculta sus falencias bajo el amparo del nombre de “derechos humanos”, o de “derechos de la persona humana”, y cuya pretensión de absoluto no podría aceptarse acríticamente. Este principio —así absolutizado— irrumpe en la vida jurídica y política internacional enfrentando o desconociendo la validez y la vigencia de varios fundamentos axionormativos de la convivencia humana. En efecto, por un lado, parece inflar preceptos indiscutibles del derecho natural clásico (como cuando extiende la universalidad del respeto a la vida inocente a determinadas formas de política penal). Por otro, desconoce otros principios de ese derecho natural clásico (como cuando pospone exigencias prioritarias del bien común). Por último, da al traste con principios positivos que unen a su objetiva legitimidad el título de grandes logros del espíritu moderno, democrático y liberal (como

²¹ Como en el caso del fallo citado, los términos utilizados por quienes propugnan la imprescriptibilidad absoluta traslucen, a menudo, la referencia a valores universales y suprapositivos —notas específicas del derecho natural— (cfr., por todos, ADELA LOIANNI, “Leyes del perdón y del olvido: verdad vs. impunidad”, *La Ley*, Buenos Aires, 27/8/2004: “cuando [...] se desconoce el respeto a los derechos humanos o se niega el acceso a la jurisdicción recurriendo a métodos reñidos con *elementales principios éticos y morales*, el Estado queda comprometido en su responsabilidad interna e internacional a juzgar y sancionar [...] parece simple encontrar la *justificación axiológica* de la jurisdicción universal cuando se trata de juzgar esos delitos, porque es precisamente *la humanidad entera* la víctima cuando se violan *los derechos de la persona humana*” (subrayado nuestro).

cuando impone la retroactividad de la ley penal). Recordemos, a este último respecto, que el propio Karl Larenz (autor, como Zagrebelsky, extraño a la órbita del iusnaturalismo clásico) enumera la irretroactividad entre los principios fundamentales del Estado de Derecho, los cuales son, al mismo tiempo, principios irrenunciables del Derecho justo. Y conste que para Larenz el último fundamento del Derecho justo es el respeto a la dignidad del hombre²².

2. *Sus presupuestos*

En nuestra opinión, pues, estamos ante un nuevo derecho natural. En algunos autores podría fungir como un sucedáneo del derecho natural de la tradición clásica y cristiana, que se recubre con el prestigio de éste y utiliza una terminología afín, pero introduce subrepticamente nuevos criterios y contenidos. Sin aludir a un autor determinado, ni tan siquiera a una corriente determinada de todas aquellas que propugnan principios como la imprescriptibilidad absoluta (u otros subsidiarios de análogos presupuestos), nos arriesgaremos a identificar algunos de

²² Así juzga Larenz el valor jurídico de la irretroactividad: “La inadmisibilidad de la retroactividad (genuina) de las leyes onerosas es un principio del Derecho justo [...] Es un principio del Estado de Derecho, porque sólo el Estado de Derecho conoce una vinculación del legislador a principios jurídicos [...] La inadmisibilidad de la retroactividad tiene una especial importancia en el Derecho penal” (*Derecho justo*, trad. L. DIEZ-PICAZO, Madrid, 2001, pp. 163-164 (la obra original es de 1978)).

Resulta pertinente recordar aquí la defensa que en su momento hizo el juez argentino Tomás Casares de la irretroactividad de la ley en su voto en disidencia en el fallo “Basavilbaso” (de fecha 7/12/1950; cfr. Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, *Fallos*, tomo 217, pp. 687 y ss.). Su argumentación, si bien referida a materia impositiva, no deja de fundarse en principios que hacen a lo justo en tanto tal. En esencia, el gran universitario y hombre público incluye a la irretroactividad dentro de aquel orden de justicia en que consiste el bien común. Casares sostiene que los derechos adquiridos con sujeción a un régimen legal que ha dilucidado una determinada situación jurídica no pueden ser derogados por la aplicación de una nueva norma sino en el “caso extremo” en que los efectos de una ley “hagan imposible” el bien común y la estabilidad de la comunidad política. Salvo en esos casos excepcionales, el bien común impone respetar la “estabilidad que está en la raíz del orden jurídico”, so pena de violentar no ya los derechos adquiridos, sino el derecho mismo, concluye Casares.

los elementos comunes que estructurarían su trasfondo doctrinal y sus motivaciones coyunturales.

a) *El individualismo social y la tergiversación de la naturaleza de lo político*

Para las ontologías individualistas modernas, cuya trayectoria se inicia con Hobbes, la sociedad carece de entidad real; es una suerte de ente de razón, un nombre o un concepto, excogitado con fines prácticos. Sólo existen los individuos, que resultan, en principio, autosuficientes para conseguir sus fines particulares. Su contacto con los otros estriba, fundamentalmente, en relaciones de coordinación (pactos e intercambios). En el caso de que se postule una ley natural (como en Locke), ésta reduce su prescripción a la obligación de no interferir en la vida, libertad y propiedad del otro. Ahora bien, es un dato empírico que hay envidia y violencia, actual o potencial, entre los hombres. Luego, se hace necesario la coacción organizada para proteger la vida (y, ya en el universo liberal, la propiedad) de los individuos yuxtapuestos. No otra cosa es, en esencia, el Estado: una agencia de seguridad al servicio de los particulares; y su fin común queda —de hecho— absorbido por la preservación de la libertad negativa (es decir, por la preservación de un espacio libre de interferencias, tanto de otros individuos como del Estado mismo). La amistad social deja de ser reconocida como causa protagónica de la vida política; y la justicia queda identificada con el cumplimiento de los pactos. La misión del Estado es la coacción que preserva las reglas del juego de los agentes sociales, reglas establecidas con libertad (libertad entendida como ausencia de impedimentos externos). El bien común deja de ser un fin supraordenado y causal respecto de los bienes particulares, y se convierte en la sumatoria de los fines particulares de los individuos. La comunidad política deja de ser vehículo y salvaguarda de un estilo humano de la convivencia, para devenir un espacio de orden extrínsecamente impuesto. La vida política, por último, ya

no es un *bonum honestum*, fundado en la necesidad y la primacía del bien común, sino que es categorizada axiológicamente como un bien útil, de la especie de un mal menor o de un remedio de males. Encontramos un buen ejemplo de esta posición genérica en el fundador del liberalismo político, John Locke²³.

A partir de tales planteamientos aparecerían, por lo pronto, dos consecuencias. En primer lugar, en la medida en que lo político se identifique —en esencia— con la coacción organizada en orden a la seguridad de las partes, no se hallará sentido alguno en subordinar el ejercicio de funciones punitivas a la necesidad de afianzar la amistad cívica y recomponer los vínculos de benevolencia entre los ciudadanos. Allí tendríamos, pues, un fundamento para postular la imprescriptibilidad absoluta. En segundo lugar, en la medida en que no se vea en la vida política una empresa social participativa que resguarda un modo idiosincrático peculiar de realizar su perfección común de persona moral; en esa medida, cualquier órgano tendrá derecho a asumir la potestad punitiva, es decir, cualquier instancia jurisdiccional (planetaria) tendrá, salvo por conveniencias accidentales de cercanía geográfica, idénticos títulos para juzgar delitos. Y aquí tendríamos una razón para la jurisdicción universal.

b) *La descalificación marxista del Estado y del poder político*

En *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Engels caracterizaba al Estado como un producto de las inconciliables contradicciones de clase, que no pueden ser resueltas sino a través de un poder —colocado sobre la sociedad, y cada vez más divorciado de ella— al servicio de los intereses de la clase dominante. El Estado,

²³ Nos hemos ocupado de la filosofía política de Locke, en particular, en *Defensa de la política*, Buenos Aires, 2003, cap. IV: “El valor de la vida política en el individualismo liberal”. A ese trabajo nos remitimos para el estudio de los textos mismos del autor.

decía Engels en esa obra, no ha existido desde siempre, sino que corresponde a una etapa del desarrollo económico signada por la división en clases antagónicas (estadios esclavista, feudal y capitalista)²⁴. Por otra parte, agrega en *Anti-Dühring*, el Estado está llamado a desaparecer. Tan pronto como no haya que mantener una clase social en la opresión, tan pronto como la dominación de clase y la lucha por la existencia individual —fundada en la anarquía de la producción— sean eliminadas, entonces ya no quedará nada por reprimir, que haga necesario un poder coactivo, es decir, un Estado. Éste, pues, afirma Engels, no es “abolido”, sino que *se extingue*. Y, en lugar del gobierno sobre las personas aparece la administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción²⁵.

La asociación operada por el marxismo entre política y represión clasista se remonta a las obras de los fundadores de la escuela. En la medida en que las divisiones de clase desaparezcan y se concentre toda producción en manos de los asociados, decían Marx y Engels²⁶, entonces perderá el poder público su carácter político (*politischen Charakter*). En la misma línea, Engels afirmaba que la autoridad política (*politische Autorität*) se adormecería cuando la división en clases y la anarquía productiva desaparecieran²⁷. Plena coincidencia con los clásicos hallamos en Lenin: cuando desaparezca el Estado reinará la libertad²⁸. Para el marxismo, la efectiva instauración del comunismo pleno viene acompañada no sólo de la rectitud de la intención sino incluso de la generosidad y la solidaridad entre los hombres; y es bajo esa condición como podrán extinguirse la política y el poder. Así pues, siempre dentro del contexto y de los principios del marxismo, puede afir-

²⁴ *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, Karl Marx-Friedrich Engels, *Werke*, ed. Dietz, Berlín, 1962, t. 21, pp. 152 y ss.

²⁵ Cfr. “*Anti-Dühring*”, edición Dietz, Berlín, 1978, t. 20, p. 262. Las mismas ideas las reitera Engels en *Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*, t. 19, p. 224 de la edición Dietz.

²⁶ *Manifest der kommunistischen Partei*, parte II *in fine* (Karl Marx, *Die Frühschriften*, Stuttgart, 1953, p. 548).

²⁷ Cfr. *Die Entwicklung des Sozialismus...*, ed. cit., p. 228.

²⁸ Cfr. LENIN, *El Estado y la revolución*, trad. ed. Cartago, Bs. As., 1974, pp. 395 y ss.

marse sin ambages que la política y su concreción socio-institucional, el Estado identificado con el poder, son efecto de —o, por lo menos, poseen una vinculación esencial con— la maldad humana. Y de ese estadio histórico vicioso la humanidad está llamada a redimirse.

Ante semejante demonización del poder y de las instituciones del Estado —victimarios por antonomasia de los oprimidos—, cabe la pregunta: ¿la impregnación del marxismo en la cultura sociológica y jurídico-penal contemporánea será acaso del todo ajena al harto peculiar principio de circunscribir —de modo exclusivo y metódico— los crímenes imprescriptibles —y, entre ellos, los de lesa humanidad— a aquellos delitos cometidos por los agentes del poder estatal? En efecto, el dato de la reducción de la imprescriptibilidad a las transgresiones que tienen lugar en general en el ámbito de la *polis* y en particular por acción de los órganos del Estado no parece desvinculado de lo que cabría calificar como criminalización implícita de la política y de sus exigencias. Se trataría de una suerte de culpa, actual o potencial, que recaería sobre la política y su concreción socioinstitucional, el Estado y sus órganos, en tanto asociados nocionalmente con la injusticia y la violencia.

c) *La entronización de cierto paradigma de matriz teológica*

La vigencia política y cultural de los principios católicos —en el mundo de hoy— ha sufrido un retroceso evidente. Disputar sobre esto resulta palmariamente ocioso. Ahora bien, tras el progresivo abandono del paradigma cultural centrado en el perdón y la caridad, parece operarse la cristalización de otro, de impronta veterotestamentaria, centrado en la reciprocidad estricta de la justicia, la criminalización del adversario (ya casi como réprobo)²⁹, e, incluso,

²⁹ Sobre la contemporánea criminalización del adversario (en referencia al derecho de la guerra) es interesante releer las lúcidas y premonitorias páginas de CARL SCHMITT (cfr. *El nomos de la tierra*, trad. D. SCHILLING, Madrid, 1979, espec. pp. 330 y ss.).

en la venganza. Este último paradigma se vehiculizaría —entre otras fuentes— a través del calvinismo. Dijo, en efecto, el reformador de Ginebra: “David enseña a odiar a los enemigos... Vos direís que esto sucede bajo la ley del rigor, cuando todavía era lícito odiar al enemigo [es decir, antes de la venida de Cristo]. Pues bien, Señora, una interpretación así podría subvertir toda la Escritura y por eso debemos evitarla como veneno mortal”³⁰.

d) *Una forma sui generis de racionalismo*

Cabría constatar, en el tema que nos ocupa, una *forma mentis* racionalista, que pretende reducir cualquier norma particular a la aplicación de un esquema general. Ya no se trata, como en el tomismo, de un principio que debe ser concretado sin desatender la realidad empírica, sino de un modelo que, aunque configurado según determinaciones fundadas en situaciones e intereses particulares, se presenta como absolutamente válido para todo tiempo y lugar. En efecto, ese modelo universal con frecuencia aparece elaborado a partir de un principio o norma que sólo reviste rectitud (o mera vigencia) histórica o local. Así pues, si en la *via inventionis* pierde de vista la inducción de los elementos verdaderamente esenciales, en la *via iudicii* este racionalismo busca subsumir toda conducta, norma o pretensión concretas bajo un esquema extrapolado desde ciertas circunstancias determinadas. Además, doctrinas de ese cuño a menudo han ido de la mano de tesis individualistas, que abstraen ciertas relaciones sociales del marco de la totalidad política —presidido por el bien común—, en el que necesariamente se insertan y por el que miden su último valor de justicia. En este horizonte abstractista, el *summum ius* orilla la *summa iniuria*.

A estos elementos, de raigambre doctrinal, cabría agregar algunos otros, de carácter coyuntural:

³⁰ *Cartas*, II, 470, cit. por ERNST TROELTSCH, *Le dottrine sociali delle Chiese e dei gruppi cristiani*, trad. G. SANNA, Florencia, 1960, t. II, p. 269 (en el párrafo titulado “avvicinamento alla morale giudaica”).

e) *Intereses de poder político o ideológico*

La imprescriptibilidad como principio absoluto, al referirse (y con tipos penales a veces amplios³¹) a conductas ilícitas que por desgracia se cometen a menudo en la órbita del poder del Estado, pone *sine die* en el banquillo a una ingente cantidad de hombres y regímenes. Dado que sería ilusorio iniciar persecución penal contra todos ellos, la situación se presta al direccionamiento internacional de tal persecución, de acuerdo con los intereses político-estatales o ideológico-transnacionales preponderantes.

f) *El peso psicosociológico de las modas*

Las vigencias epocales suelen ejercer sobre los hombres un implícito aunque no por ello menos operante influjo. Si “el tren de la Historia” parece discurrir en cierto sentido, es dable que muchos consientan con algo aun sin estar convencidos de ello. Y hoy resulta “políticamente incorrecto” poner en tela de juicio un postulado como éste, que aparece con la fuerza de un dogma.

VI. A MANERA DE CIERRE DE NUESTRA REFLEXIÓN

Concluamos con un corolario de nuestro hipotético ejemplo de marras. Supongamos que, derrocado el régimen tiránico de la confesión “A”, quien fuese investido de la máxima potestad resultara ser un miembro conspicuo y representativo de la confesión “B”, líder de la resistencia contra la persecución a los suyos. Supongamos, asimismo, que, en aras de acallar los antiguos odios y de unir definitivamente a todos los ciudadanos bajo una misma bandera, y haciéndose eco (él, y su grupo a través de él) de aque-

³¹ Véase la siguiente enunciación de una conducta típica de “crimen de lesa humanidad” por el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional: “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (art. 7).

lla palabra que ha aconsejado “poner la otra mejilla”, ese gobernante contestase los agravios de la persecución con una amnistía. Pues bien, si la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad concretara el contenido inmutable de un precepto de derecho natural, entonces ese gobernante estaría traicionando frontalmente su misión. No sería un patriota, ni un jefe de Estado prudente, sino un cómplice o encubridor de delitos aberrantes.