

DERECHO PENAL Y DERECHOS HUMANOS

Los círculos hermenéuticos de la pena

Ana Messuti

Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1999, Año 7, no 28.

*Quell'è'l più basso loco e'l più oscuro,
e'l più lontan dal ciel che tutto gira ...*

Dante

I

Derecho penal y derechos humanos. Si excluimos el sustantivo, en un caso singular y en el otro plural, quedan frente a frente los dos adjetivos: "penal" y "humanos". "Penal" de pena, "humanos" de hombre, de seres humanos. Una pena por un lado y los seres humanos por el otro. Pero no hay que olvidar que ambos adjetivos están calificando un sustantivo: derecho y derechos, respectivamente. En un sentido literal, el derecho penal es el derecho que aplica penas a los seres humanos. Y los derechos humanos son los derechos que tienen los seres humanos, ante todo, a no sufrir penas. También denota una oposición el singular de "derecho penal" y el plural de "derechos humanos". El primero es el Derecho, único, manifestación del poder estatal, el segundo son los derechos, múltiples, no sólo en cuanto a su número sino en cuanto a sus titulares.

Sin embargo, parecería extraño referirse a las penas previstas por el derecho penal como a violaciones de los derechos humanos. El derecho penal está legitimado, dadas determinadas condiciones jurídicas, políticas e institucionales, para establecer penas. Así como lo estuvo hasta determinado momento para establecer como pena los suplicios más espantosos, a los que ahora no vacilaríamos en calificar de violaciones de los derechos humanos. Foucault recuerda que en la segunda mitad del siglo XVIII se levanta en forma casi unánime la protesta contra los suplicios. La protesta contra los suplicios se expresa "comme un cri du coeur ou de la nature indignée": en el peor de los asesinos, una cosa, por lo menos, hay que respetar: su "humanidad" (1).

La "humanidad" se erige entonces como límite al castigo. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿qué sucedía antes de la reacción contra los suplicios? Acaso los supliciados no tenían una "humanidad" que había que respetar? Evidentemente lo que cambió no fueron las características físicas o psíquicas de los supliciados. El cambio fue un cambio en la concepción del hombre y en la sensibilidad frente a él como tal, es decir, despojado de todos sus atributos sociales, culturales, económicos, etc. Y sobre todo, divinos. El término humanos no se contrapone a animales sino a divinos. La secularización del poder fue acompañada por la desacralización del destinatario de la pena y víctima del poder, que pierde su dimensión divina y se fragiliza. La reacción ante los suplicios obedece a una nueva visión de la víctima del suplicio, a la que antes se le atribuía la resistencia de los dioses y semidioses. Su cuerpo ya no se "desdobla" para recibir la pena, expresión de un poder absoluto (2). Se atenúa entonces la violencia que acompaña a lo sagrado.

II

La secularización no supone sólo el abandono de un fundamento religioso, sino el progresivo abandono de todos los fundamentos. El pensamiento como fundamentación está ligado a la idea del ser como estructura: el ser no es pensado en su devenir y su finitud, sino como una estructura permanente, estable, eterna. Secularización significa reconocimiento de la finitud (3). El discurso penal no ha reflejado este reconocimiento. Al contrario, siempre ha procedido como si fuese dueño del tiempo, tanto del pasado, al pretender restablecer el equilibrio alterado por el delito, como del futuro, al olvidarse de la duración posible de la vida del ser humano. Esta falta de conciencia por parte del derecho penal obedece a la aplicación de una filosofía racional y conceptual. Precisamente la filosofía que ha llevado a la aporía del derecho penal: "aquello que es más racional en la pena, a saber, que compensa el crimen es, a la vez, lo más irracional, a saber, que lo borra". No hay nada que sea más racional o que tienda más a la racionalidad que la noción de pena -dice Ricoeur- pero la racionalidad que pretende es inhallable, por cuanto establece un vínculo entre dos momentos

manifiestamente heterogéneos: el mal sufrido e infligido (por la pena) y el mal cometido (mediante el delito) (4).

No obstante, a pesar de todos los intentos por borrarla o disfrazarla con otros sentidos, esta aporía no ha sido totalmente descartada. Y ante la aporía persiste siempre la necesidad de buscar fundamentos en un infructuoso peregrinar filosófico. Por ello debe ensayarse una reflexión que trate de poner fin al círculo vicioso de racionalidad-irracionalidad en el que gira el derecho penal.

III

El pensamiento hermenéutico es una reflexión sobre y a partir de la experiencia. Es un pensamiento que se dirige a un saber que ya existe. Un pensamiento rememorante, que conoce aquello que ya sabe. Nos ofrece otra vía para pensar sobre el derecho penal, desde el derecho penal. Una vía que no pretende legitimarlo a través de nuevos fundamentos. La filosofía racional y conceptual procede a través de razonamientos que se vinculan entre sí sistemáticamente en un universo lógico, mientras que el pensamiento hermenéutico, sin deponer su carácter racional, mantiene la referencia a la experiencia que se propone aclarar. En la experiencia nos damos cuenta de que las cosas no eran como creíamos. Experimentado es quien conoce los límites de sus previsiones y la inseguridad de sus proyectos. En la experiencia todos los dogmatismos encuentran un límite insuperable. En el sentido más auténtico, experimentado es quien es consciente de la finitud de la experiencia humana, quien sabe que no es dueño del tiempo ni del futuro (5).

El pensamiento hermenéutico supone el alejamiento del racionalismo metafísico hegeliano. Pero también del cientificismo positivista y del estructuralismo. Este último se caracterizó por la imposición de esquemas rígidos de clasificación y descripción encaminados, ante todo, a la formulación de principios rectores, en desmedro de las consideraciones en cuanto al contenido. Llevado a sus consecuencias extremas, el método estructuralista reduce el contenido a la inesencialidad, porque coloca al sujeto en una situación de abstracta neutralidad, delimitando netamente la separación entre observador y observado.

La hermenéutica es un pensamiento motivado principalmente por razones éticas. Nace como reacción ante un mundo que se perfilaba como el mundo de la organización total. Que significaba el triunfo de la mentalidad objetivante, calculante. Esta mentalidad permite que se despliegue la tendencia metafísica a identificar el ser con lo que está presente y es controlable. Y en esa identificación la existencia humana queda reducida a la simple presencia, calculable y manipulable (6).

IV

La hermenéutica filosófica no significa interpretación de textos filosóficos, sino el imponerse de la interpretación como cuestión fundamental de la filosofía. La hermenéutica jurídica, que se inspira en la hermenéutica filosófica, no se limita a la comprensión de los textos y materiales jurídicos, a la relación entre la ley y la sentencia. Considera al sistema jurídico como parte del mundo. Por ello, el intérprete del derecho no puede limitarse al documento escrito, como si únicamente éste fuera el texto objeto de su labor. Texto son también las instituciones sociales, los principios, las normas no escritas (7).

La hermenéutica manifiesta el malestar ante un pensamiento que no tiene en cuenta la efectiva colocación histórica del observador. En el horizonte de la reflexión hermenéutica entra tanto el observador como lo observado. Los jugadores somos a su vez "jugados"; los reflexionantes, "reflexionados". No se exige a los jugadores ninguna acreditación previa para entrar en juego. Y en el juego participamos tal como somos y nos encontramos, con todos nuestros condicionamientos y prejuicios.

"Prejuicio" no significa necesariamente "juicio falso". Prejuicio significa sólo un juicio pronunciado antes de proceder al examen de los elementos pertinentes. El prejuicio fundamental del iluminismo, el prejuicio contra los prejuicios en general, es reflejo del ideal de la "autoconstrucción absoluta de la razón", que constituye a su vez un prejuicio (8).

La existencia humana -dice Gadamer-, incluso la más libre, está limitada y condicionada de múltiples formas. El ideal de la razón absoluta no ofrece ninguna posibilidad a la humanidad histórica. La razón existe para nosotros sólo como razón real e histórica, lo que significa que no es dueña de sí misma, sino que está subordinada a las situaciones concretas en las que actúa.

De ello cabe deducir que para dar cuenta del ser histórico y finito del ser humano se requiere una rehabilitación sustancial de los prejuicios y un reconocimiento de que hay prejuicios legítimos. Sólo el reconocimiento del carácter constitutivo que tiene el prejuicio en cada comprensión de un problema permite esa comprensión. Son los prejuicios de los que no somos conscientes los que obnubilan la comprensión (9).

La interpretación jurídica siempre parte de un fondo de suposiciones, de un trasfondo de conocimientos implícitos "sobre cuya incidencia el pensamiento jurídico no había reflexionado lo suficiente en el pasado y sobre los cuales la hermenéutica jurídica llama constantemente la atención" (10).

Nuestra convivencia con el derecho penal supone la conservación de una serie de prejuicios que son parte de nuestra realidad histórica y social, que hemos recibido y que seguramente, aunque no necesariamente, traspasaremos. Es decir, tienen un carácter temporal, finito, histórico. La hermenéutica filosófica nos invita a tomar conciencia de ellos y a considerarlos en la perspectiva histórica que les corresponde. A no asignarles la categoría de fundamentos, ni a buscar otros fundamentos que los sustenten. A interrumpir nuestra búsqueda de presupuestos fuertes y estructurales de legitimación, y a emprender una interpretación de los actuales presupuestos.

V

La interpretación se va desarrollando en movimientos circulares. Por ejemplo, una regla hermenéutica dice que se debe comprender el todo a partir de las partes y las partes a partir del todo. La anticipación de sentido que abraza la totalidad se convierte en comprensión explícita en la medida en que las partes, que son determinadas por el todo, determinan a su vez ese todo. El movimiento de la comprensión va constantemente del todo a las partes y de éstas al todo. La unidad de sentido se va extendiendo o ampliando en círculos concéntricos. Para Heidegger, en cambio, el círculo hermenéutico se caracteriza por que la comprensión de un texto es determinada permanentemente por el movimiento anticipador de la precomprensión. Quien interpreta un texto pone en acción siempre un proyecto: "La comprensión de aquello que se da a comprender consiste toda ella en la elaboración de este proyecto preliminar ..." (11)

Es importante señalar que la anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto meramente subjetivo, sino un acto determinado por aquello que tenemos en común con la tradición. Esta comunidad, sin embargo, no constituye un presupuesto dado de una vez para siempre, sino que se va dando en un proceso continuo. Somos nosotros mismos quienes la establecemos en la medida en que contribuimos activamente a la subsistencia y a la evolución de la tradición, y de esa forma la llevamos adelante. "Por lo tanto, el círculo de la comprensión no es en manera alguna un "círculo metódico", sino que indica la estructura ontológica de la comprensión." (12). El comprender es una característica constitutiva de la existencia humana.

VI

La precomprensión es uno de los conceptos centrales de la hermenéutica jurídica, "es el motor que pone en acción el proceso del comprender, con una hipótesis del posible significado, que luego se deja corregir constantemente por hipótesis sucesivas, que adecuan, mejoran o sustituyen a la primera ..." (13). De los tres círculos hermenéuticos que distingue Alexy, el primero configura la relación entre la precomprensión y el texto. Aquélla es una hipótesis que sostiene el intérprete y que expresa su suposición o expectativa con respecto a la correcta solución del problema jurídico. Su contenido está determinado por la concepción general que tiene el intérprete de la sociedad y por sus propias experiencias. La imagen del círculo representa la interacción entre el texto de la norma y la hipótesis de interpretación. A este círculo corresponde el "postulado de reflexividad".

El segundo círculo engloba la relación entre las partes y el todo. Por un lado, para comprender una norma es preciso comprender el sistema normativo al que pertenece. Por otro lado, no es posible comprender el sistema sin entender las normas que lo integran. A este círculo corresponde el "postulado de coherencia". Gadamer señala que la idea de orden jurídico "implica que el juicio del juez no debe nacer de una arbitrariedad imprevisible, sino de la justa valoración del conjunto" (14). Esto significa que no se trata solamente de una coherencia meramente formal entre las normas que integran un ordenamiento jurídico, sino de una coherencia de contenido. Ésta equivale a la "unidad e interdependencia de sentido del discurso jurídico" (15).

Aún más amplia es la esfera con la que la norma debe mantenerse coherente según la concepción del derecho como integridad de R. Dworkin. Conforme a ella, el jurista debe someter a prueba su interpretación de cualquier parte de una amplia "red de estructuras políticas y decisiones de la comunidad a la que pertenece preguntándose si su interpretación podría o no formar parte de una teoría coherente que justificara la red como un todo" (16).

Zaccaria hace referencia a una "comunidad de interpretación jurídica". El criterio que determinaría la aceptabilidad de la elección de una u otra interpretación se apoyaría en la referencia a la comunidad interpretativa que vincula entre sí a los miembros de una determinada tradición jurídica (17).

El tercer círculo representa la relación entre las normas y los hechos. Le corresponde el "postulado de concreción". La hermenéutica jurídica -dice Zaccaria- se define a partir del reconocimiento de que la norma abstracta revela una estructura necesariamente incompleta, completable solamente en el procedimiento hermenéutico de "concretización" de la norma jurídica en el contexto de la decisión del caso práctico. Este vínculo entre la interpretación y la aplicación permite dar una lectura al texto normativo a la luz de la situación concreta a la que se ha de aplicar. Dicha situación deja de ser la destinataria pasiva de la aplicación de la norma, para pasar a determinar el significado mismo de la norma de cuya aplicación será objeto. Esto no significa -aclara este autor- reconocer una fuerza normativa al hecho, haciendo depender en definitiva la norma jurídica del caso concreto, sino admitir que la norma jurídica, que no puede ser escogida por el intérprete sin una orientación previa con respecto a los hechos que han de juzgarse, no tolera ser separada, so pena de una pérdida decisiva de su normatividad, de aquella sección de la realidad social a la que se refiere (18). Esta relación que establece la hermenéutica jurídica entre Sollen y Sein constituye su aporte fundamental y una tesis clave. "Sólo cuando Sein y Sollen, una concreta relación de vida y una o varias normas, entran en recíproca correspondencia, sólo entonces puede tener lugar la concretización del derecho ..." (19).

VII

Todo ello refleja la importancia que la hermenéutica filosófica atribuye a la aplicación. Gadamer recuerda que en la tradición hermenéutica más antigua se distinguía entre una "subtilitas intelligendi", es decir, el comprender, una "subtilitas explicandi", la explicación, y una "subtilitas aplicandi", la aplicación. Se consideraban los tres momentos constitutivos de la interpretación, y el hecho de que se llamaran "subtilitas" significaba que no se los consideraba tanto como métodos, sino como facultades que exigían particular agudeza de espíritu. Más tarde, el romanticismo reconoce la íntima unidad del intelligere y el explicare. Se considera que la explicación no sucede a la comprensión; la comprensión es siempre explicación, y ésta es la forma explícita de la comprensión. Gadamer observa que esa íntima fusión entre la comprensión y la explicación tuvo como consecuencia la exclusión del ámbito de la hermenéutica de aquel que era el tercer momento de la interpretación: la aplicación. La aplicación de las Sagradas Escrituras en la enseñanza y en la prédica cristiana se consideraba totalmente distinta de la comprensión histórica y teológica de las Escrituras mismas. Gadamer afirma en cambio que en la comprensión se verifica siempre un tipo de aplicación del texto que se interpreta, y considera que la aplicación es, junto a la comprensión y a la explicación, un aspecto constitutivo del acto interpretativo concebido como unidad. Tanto en la hermenéutica teológica como en la jurídica es esencial la tensión que se establece entre el texto y el sentido que éste adquiere en su aplicación, en el momento concreto de la interpretación, por ejemplo en el juicio del tribunal o en la prédica (20). En la interpretación jurídica, el conocimiento de un texto legal y su aplicación al caso concreto no son dos actos separados sino un proceso único (21).

A ese respecto, G. Zaccaria señala que para que un comportamiento humano pueda ponerse en relación con una "fattispecie" legal resultan indispensables dos pasajes que suponen actividades de

carácter hermenéutico. En primer lugar, el intérprete, sobre la base de la idea de derecho que es el punto de partida de su acercamiento al caso, convierte la circunstancia de hecho en circunstancia relevante para el derecho; en segundo lugar, pone en relación el caso concreto, jurídicamente construido y reelaborado, con el modelo normativo abstracto de la norma. El procedimiento tiene un carácter circular: un modelo normativo es el punto de partida que guía al intérprete en la selección, dentro del caso concreto, de las circunstancias jurídicamente relevantes; un modelo normativo (aunque no necesariamente idéntico al del punto de partida) es el punto de llegada. "La norma, mientras atribuye connotaciones de juridicidad a los hechos en ella subsumidos, a su vez se enriquece de las connotaciones de novedad histórica de esos hechos." (22)

En el mismo sentido Gadamer afirma que el contenido normativo de la ley debe ser determinado sobre la base del caso específico al que ha de aplicarse (23). Da el ejemplo de la comprensión de una orden: comprender una orden significa aplicarla a la situación concreta a la cual se refiere: el verdadero sentido de la orden se determina en la dimensión concreta de su ejecución adecuada (24).

VIII

De todas las premisas precedentes se deduce el papel fundamental que la hermenéutica atribuye a la función judicial, dado que reconoce que la norma abstracta revela una estructura necesariamente incompleta, que se completa en el proceso de decisión del caso práctico. Como dice Gadamer, se verifica por parte del juez un perfeccionamiento creativo de la ley (25). También destaca la labor jurisdiccional A. Osuna Fernández Largo, quien hace notar que la hermenéutica "ha puesto en claro la necesidad de la aplicación concreta como elemento ineludible de la comprensión de una norma general y distante en el tiempo". Y agrega: "Sin la referencia a lo jurídico concreto y aplicado, no es posible la comprensión del derecho. Por eso la comprensión jurídica modélica es la sentencia judicial, donde se aúnan la comprensión de la norma y su relevancia aplicativa." (26)

La sentencia expresa la tensión entre la universalidad de la norma y la singularidad del caso concreto; la tensión entre la proposición teórica y la práctica. Es necesario cubrir la distancia entre la universalidad de la ley y la concreta situación del caso particular. La característica esencial de cualquier orden jurídico es el ser tan elástico como para dejar un espacio suficientemente abierto para que sea posible su aplicación a cada caso particular. Ese espacio no termina con la formulación de la sentencia que interpreta y aplica la ley, mejor dicho, que interpreta la ley aplicándola. También la sentencia debe ser aplicada y por consiguiente interpretada. Gadamer dice que la emisión concreta de un juicio en un caso determinado no consiste sólo en la formulación de una proposición teórica sino en un "hacer cosas con las palabras". Por ello cabe decir -agrega- que cada aplicación de la ley va más allá del simple comprender el sentido de la misma, dado que crea una nueva realidad (27).

Esta incidencia de la interpretación en la creación de la realidad es fuente indudable de responsabilidad para el intérprete del derecho. Cuando hablamos de la importancia que los filósofos hermenéuticos atribuyen a la aplicación, no estamos hablando sólo de la operación por la que se recorre la distancia entre lo universal y lo particular, sino de la distancia entre la formulación de un enunciado prescriptivo, como la sentencia, y su aplicación práctica.

La aplicación que nos interesa aquí no consiste en la traducción de un enunciado general a un enunciado particular, sino en la traducción, si puede llamarse así, de una proposición lingüística a la realidad concreta. Es ésta la que determinará, en última instancia, el contenido normativo de la ley. Si consideramos a la sentencia equivalente a una orden, le resultarán aplicables las palabras de Gadamer: "el verdadero sentido de la orden se determina en la dimensión concreta de su ejecución adecuada". El verdadero sentido de la sentencia que establece la pena se determina en la dimensión concreta de la ejecución de la pena. Cada término de la sentencia debe ser interpretado con miras a su aplicación práctica. Y es esta aplicación la que determinará el significado de cada término.

IX

Las condiciones de ejecución de la pena, es decir, las condiciones de aplicación de la sentencia, definirán el contenido de la primera y el significado de la segunda. No concluye la labor interpretativa con la formulación de la sentencia. Es necesario continuarla más allá de la sentencia, en la traducción de ésta a los actos, hechos y condiciones prácticas que le darán cumplimiento.

En muchos ordenamientos nacionales, entre la sentencia y su ejecución suele haber otras normas que sirven de puente entre una y otra. Constituyen el derecho de ejecución penal. Refiriéndose al saber que se ocupa de ese derecho, Zaffaroni dice que: "es tan necesario como el saber penal, porque un poder punitivo que opere sin límites normativos, en cuanto al trato que debe recibir una persona desde que el tribunal pronuncia la condena hasta que se extingue por agotamiento de la pena, implicaría dejar librada a la arbitrariedad la faceta más real de la pena ...". Y agrega que ese derecho debe regirse conforme a los mismos principios interpretativos que obligan al derecho penal en sentido estricto (28).

Sin embargo, son muchos los sistemas penales en los que, incluso cuando existen esas normas de ejecución, las condiciones en las que se aplican las penas de privación de la libertad son tales que suponen el padecimiento de muchas otras penas además de la privación de la libertad (29).

X

Recordemos otra vez los suplicios y las penas corporales. En la ejecución de la sentencia que los imponía, la labor de traducción de la norma al caso concreto no planteaba grandes dificultades. Con respecto al primer círculo hermenéutico, la precomprensión, es decir, las expectativas frente a la interpretación de la norma, no quedaban fundamentalmente defraudadas, dado que la crueldad en la aplicación de las penas no estaba en contradicción con lo que se esperaba del ejercicio del poder soberano en esa época. Con respecto al segundo círculo, la relación entre las partes y el todo, nada había, al parecer, en el sistema normativo que obstaculizara abiertamente ese tipo de penas. Y en cuanto al tercer círculo, la relación entre la norma y los hechos, cabe decir que la crueldad de las penas estaba meticulosamente indicada en las normas de ejecución, de modo que en la aplicación había más espacio para la suavización que para la agravación de la pena.

Nos encontramos en una situación completamente distinta. Para ser coherentes con la importancia que hemos atribuido a la aplicación, hemos de invertir el orden de los círculos.

Partimos del tercer círculo, el que encierra la relación entre la norma y los hechos. Corresponde al "postulado de compleción", dado que el significado de la norma se "completa" en los hechos. Para responder a la pregunta: ¿qué significa la expresión "privación de la libertad"?, hay que observar cómo se traduce en la práctica esa pena. En qué condiciones se desarrolla su ejecución. Y serán esas condiciones las que indicarán qué significa "privación de la libertad". Cuando esas condiciones sean de una precariedad extrema, que favorezca el contagio de enfermedades, alteraciones físicas y psíquicas de todo tipo, e incluso la muerte, por privación de la libertad ha de entenderse el sometimiento del condenado a esas condiciones de precariedad extrema y, por consiguiente, a todos los sufrimientos que ellas suponen.

Creo que no sería demasiado discutible incluir el derecho a no ser sometido a esas condiciones en la expresión "derechos humanos". Ni considerar que la sentencia que condena a ese sometimiento es una norma que prescribe la violación de los derechos humanos.

Una vez definido el contenido de la sentencia, podemos pasar al segundo círculo hermenéutico, el de la relación entre las partes y el todo. En este círculo, hay que examinar cada ordenamiento para determinar si existen normas que prohíben la violación de los derechos humanos. Si la respuesta es afirmativa, y no se permite en ningún caso esa violación, la sentencia que condene a la privación de la libertad en condiciones violatorias de los derechos humanos entrará en conflicto con todas las normas del ordenamiento que establecen la prohibición. Por lo tanto, será incompatible, a pesar de su validez formal, con las normas del sistema jurídico en cuyo marco se dicta. Y, desde un punto de vista hermenéutico, no respetará el "postulado de coherencia" que corresponde a este círculo.

Y en nuestra cuenta regresiva, llegamos al primer círculo. En la gran mayoría de países miembros de la comunidad internacional, todas las hipótesis que constituyen nuestra precomprensión de las normas están determinadas por una cultura en la que "no se espera" que al amparo del orden jurídico y en virtud de sus normas se violen los derechos humanos. Podríamos referirnos a esa cultura como a la "cultura de los derechos humanos" (30). En ella, el proyecto preliminar que se elabora en la precomprensión de la sentencia no anticipa el sentido que finalmente tendrá la sentencia. En realidad anticipa otro sentido, más conforme a las pautas de la cultura de los derechos humanos, pero que no

corresponde al significado que la sentencia tiene en su dimensión práctica. En la medida en que esa dimensión práctica se mantiene oculta tras los muros de las cárceles, y en que los sufrimientos infligidos por la ejecución de la sentencia tienden, a diferencia de los suplicios, a quedar apartados de la conciencia cotidiana, ese otro sentido "precomprendido" podría paradójicamente facilitar el olvido de la contradicción que se vive en el seno de la "cultura de los derechos humanos", no sólo entre nuestras representaciones y las normas del orden jurídico sino entre las normas mismas.

Nuestros círculos son decepcionantes.

XI

Denunciando las mayores posibilidades de morir en prisión, E. Neuman dice: "Un juez que priva de la libertad está, aunque ordinariamente no lo sepa ni lo piense, condenando un poco a la muerte." (31). ¿Es admisible que un juez condene a muerte sin saberlo ni pensarlo? ¿Qué cabe esperar de un orden jurídico cuyas normas son tan elásticas que dejan abierta esa posibilidad?

Varias veces se ha señalado la analogía entre las prisiones y los campos de concentración. Para los nazis convivir con Auschwitz no era intolerable. Tenían una filosofía que lo justificaba, como lo recuerda Levinas en su magistral "Filosofía del Hitlerismo" (32). No sólo había un conjunto de creencias que les permitían convivir con el horror, sino un conjunto de leyes que legitimaban esa convivencia.

Cabe preguntarse entonces, ¿cuál es la filosofía que nos permite a nosotros convivir con el horror? ¿Qué nos induce a proseguir pasivamente esa convivencia, cuando ya no tenemos leyes que la amparen? Más aún, cuando nuestras leyes expresamente la prohíben (33). ¿Puede decirse que nosotros también nos amparamos en una filosofía, basada, por ejemplo, en el "mito de la pena", en el "sentimiento de justicia"? ¿O serán sólo los motivos prácticos, como la seguridad, el deseo de imponer el orden, de eliminar la incertidumbre en la vida cotidiana, lo que nos lleva a admitir pasivamente la violación de los derechos humanos?

XII

El hombre moderno sigue pidiéndole algo a la filosofía -dice Vattimo- aunque ya no le pida pensamientos estructurantes y objetivantes. Le pide continuidad frente a dos tipos de dispersiones o discontinuidades: una, entre el presente y el pasado; otra, entre los múltiples saberes sobre el mundo, que en su creciente especialización se niegan a una síntesis (34). Frente a la primera dispersión, la filosofía ha de recordarnos que la convivencia con las penas viene de muy lejos: ahora convivimos con las cárceles como nuestros antepasados convivieron con los suplicios, y en muchos países seguiremos conviviendo con la pena de muerte (extraña continuidad entre el pasado y el presente, la pena extrema ha permanecido como elemento común en el tiempo).

La conciencia de esa continuidad, a través de un pensamiento que rememora, debilitará los fundamentos en que se sustenta aún la pena. Nos hará notar su dimensión histórica, contingente. Permitirá no dar por aceptadas como estructuras inevitables las soluciones que ahora nos impone el sistema penal. Nos llevará a preguntarnos si estamos dispuestos a seguir heredando toda la mitología de la pena, la concepción del mal y de la expiación, como si fueran, en lugar de creencias que hemos recibido de la tradición religiosa y cultural, estructuras eternas e inamovibles. El reconocimiento de aquello que nos ha sido transmitido como algo que nos ha sido transmitido, nada más, responde también a un proceso de secularización del pensamiento, "de consumación de los caracteres fuertes, reasegurantes pero violentos, del ser, con todas las implicaciones éticas y políticas que esto comporta" (35).

Es posible que esta secularización del pensamiento haya abierto también el camino al pensamiento de los derechos humanos, dado que ambos, secularización y derechos humanos, connotan la vulnerabilidad y fragilidad del ser.

Frente a la segunda dispersión, la filosofía tal vez nos ayude a encontrar cierta unidad entre los múltiples saberes especializados, indicando la necesidad de que vayan todos y cada uno de ellos

acompañados por otro saber indispensable. "Hay que comprender -dice Gadamer- que junto a la teoría, a la pasión dominante del querer saber, que tiene su base antropológica en el estupor, hay otro saber omnicomprensivo de la razón, que no consiste en un saber hacer, que se pueda aprender, ni en el ciego conformismo, sino en la razonable responsabilidad." (36). Principio rector de la hermenéutica es esta razonable responsabilidad. ¿En qué consiste esta razonabilidad? En la capacidad de superar la tentación dogmática inherente a cada presunto saber. En la clara y constante conciencia de la finitud humana. De nuestra propia finitud, de la finitud del otro. En la admisión de que la utilización de los múltiples saberes especializados para la solución de los problemas de funcionamiento de la sociedad puede llevarnos a soluciones humanamente aborrecibles, si no la acompañamos de esa responsabilidad razonable que no es más que la capacidad de respuesta que el ser humano espera del ser humano, o al menos que debe poder esperar. A esta razonable responsabilidad se refiere Gadamer como a la "virtud hermenéutica fundamental".

XIII

M. Ferraris comienza su *Storia dell'ermeneutica* diciendo: "Hermes, el mensajero de los dioses, ejercitaba una actividad de tipo práctico, llevando anuncios, advertencias, profecías. En sus orígenes míticos, como luego durante todo el curso de su historia, la hermenéutica en cuanto ejercicio de transformación se contrapone a la teoría como contemplación de esencias eternas, no alterables por parte del observador." (37). La hermenéutica tiene un papel activo. Un papel que supone una responsabilidad: "El pensamiento que ya no se concibe como reconocimiento y aceptación de un fundamento objetivo, perentorio, desarrollará un nuevo sentimiento de responsabilidad ..." (38).

Hasta ahora el pensamiento penal no ha cesado de reconocer y aceptar fundamentos objetivos o de buscar nuevos fundamentos para justificar la pena. Tal vez la hermenéutica lo induzca a interrumpir esa aceptación y búsqueda. Y a razonar en forma responsable ante los problemas que le plantea el "problema penal". Pero ante todo, a dar urgentemente una respuesta a ese espacio abierto entre las normas y la realidad, espacio que permite que el Estado se convierta en delincuente y el delincuente en víctima.

NOTAS

1 Foucault, M., *Surveiller et punir*, Gallimard, París, 1975, pág. 88.

2 *Ibidem*, pág. 37.

3 Vattimo, G., *Etica dell'interpretazione*, Rosenberg & Sellier, Turín, 1989 (Vattimo, 1989), pág. 27 y ss.

4 Ricoeur, P., *Introducción a la simbólica del mal*, Ediciones Megapolis, Buenos Aires, 1976, pág. 95.

5 Gadamer, H.G., *Verità e metodo*, XI edizione, Studi Bompiani, Milán, 1997, pág. 413.

6 Vattimo, G., *Oltre l'interpretazione*, Editori Laterza, Bari, 1994 (Vattimo, 1994), pág. 39.

7 Zaccaria, G., *Dimensione dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, en *Il problema della fedeltà ermeneutica*, a cura di V. Mathieu y L. Paoletti, Armando Editore, Roma, 1998 (Zaccaria, 1998), pág. 160.

8 Gadamer, H.G., *op. cit.*, pág. 325.

9 *Ibidem*, pág. 317.

10 Zaccaria G., *L'arte dell'interpretazione - Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, CEDAM, Padua, 1990 (Zaccaria, 1990), pág. 66.

11 Gadamer, H.G., op. cit., pág. 314.

12 *Ibidem*, pág. 343.

13 Zaccaria, 1990, pág. 109.

14 Alexy, R., *Legal Argumentation as Rational Discourse*, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, iv serie - LXX - 1993, 2, pág. 168.

15 Zaccaria, 1998, pág. 151 y ss.

16 Dworkin, R., *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986, pág. 245.

17 Zaccaria, 1990, pág. 105.

18 Zaccaria, 1990, pág. 99 y ss.

19 *Ibidem*, pág. 59.

20 Gadamer, H.G., op. cit., pág. 358 y ss.

21 *Ibidem*, 361.

22 Zaccaria, 1990, pág. 54.

23 Gadamer, H.G., op. cit., pág. 379.

24 *Ibidem*, pág. 387.

25 *Ibidem*, pág. 382.

26 Osuna Fernández Largo, A., *Hermenéutica jurídica: En torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Universidad de Valladolid, 1992, pág. 101.

27 Gadamer, H.G., *Verità e metodo 2*, Studi Bompiani, Milán, 1995, pág. 269.

28 Zaffaroni, E.R., *Cronos y la aporía de la pena institucional*, en *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pág. 1530. Véase también Miranda Rodrigues, A., *Temas fundamentais de execução penal en Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 6, número 24, 1998, Sao Paulo, pág. 11 y ss.

29 Slokar, A., *El triunfo de Shylock: Algunas formulaciones sobre el alcance de la pena privativa de libertad*, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 5, número 19, 1997, pág. 451.

30 Rorty, R., *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*, en *Batallas éticas*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1993, pág. 59.

31 Neuman E. *No a la prisión*, en *Lecciones y Ensayos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, número 66, pág. 62.

32 Levinas E., *Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme*, en *Cahier de l'Herne*, Editions de l'Herne, 1991, pág. 113.

33 Niño, Luis Fernando, *La situación carcelaria en América Latina de fin de siglo y el malestar en la cultura jurídica*, en *Lecciones y Ensayos*, número citado, pág. 43.

34 Vattimo, 1989, pág. 34.

35 *Ibidem*, pág. 37.

36 Gadamer, op. cit. 2, pág. 288.

37 Ferraris, M., *Storia dell'ermeneutica*, Studi Bompiani, Milán, 1988, pág. 37.

38 Vattimo, 1994, pág. 52.