

Eligio Resta

Professore Ordinario di Filosofia del diritto
Facoltà di Giurisprudenza- UniRomaTre

Traducción a cargo de Laura N. Lora. Dra. en Derecho Area Social. Abogada Docente investigadora UBA Facultad de Derecho Ha traducido otras obras del autor entre ellas: La infancia herida Ad Hoc 2008 ; *Identidad en Lora Laura N (Coord.) Sociedad e Instituciones El modo de pensar la infancia.* Eudeba 2011.

Las palabras y el proceso

1. Proceso

Las siguientes reflexiones forman parte de un trabajo dedicado a las *palabras de la ley*, a la semántica histórica que las acompaña, al juego de sentido y al significado que ellas evocan. Desde la gran experiencia del *theatrum publicum europaeum* hasta la práctica jurídica contemporánea, leyes y procesos están unidos en un único nivel de sentido que es la marca de su relación con la palabra.

Aquí nos detendremos en el “juego del proceso” que es el momento en el cual se resume una de las funciones importantes de la experiencia jurídica. En particular, el proceso penal es en el espacio donde se decantan las dimensiones más complejas y donde la función de la palabra siempre fue objeto de reflexión y de desencuentro. Por el momento solamente podemos decir que el proceso penal no es la política social, que es una parte importante de la razón pública donde se tienen en cuenta límites y reglas del poder, que es un procedimiento (“rito”) que se relaciona con la esencia misma de la democracia, y que finalmente con ello se apuesta a la capacidad de sustituir la violencia y la venganza con las *palabras de la ley*.

El proceso, del cual tanto se habla y se discute, es considerado un espacio particular, el único donde acontecen dos exigencias diferentes. La *primera* es la búsqueda confiable de la verdad de una historia que una ley prevee como delito; la *segunda* es la garantía de que un imputado se pueda defender de las acusaciones que le fueron atribuidas. La primera exigencia existe en función de la otra, no en contra de la otra y ambas, juntas,

constituyen el único fundamental criterio de *legitimación de la jurisdicción*. Esto quiere decir público y contradictorio, y esto significa visibilidad y estilo dialogante que han cambiado e invertido un proceso inquisitorio donde la comprobación de la verdad es secreto y la pena, por el contrario, es pública (*es fiesta*). Es larga la historia que une el proceso a esta delicada gramática de las palabras que abandona progresivamente el *estilo monologante* y elige la regla del contradictorio: por otra parte no es poca cosa sustituir venganza y violencia con la regla de la palabra (“a pregunta-respuesta”, se lee en la “carta” procesal). Así, finalmente, en una *audiencia* pública en nombre del pueblo y de una ley, el juez *dice* el derecho y lo *pronuncia* en una *sentencia*. El juez más que nadie, se sabe, hace cosas con la palabra y sus palabras vinculan más que la de los otros.

Por lo tanto diálogo abierto y libre, pero nunca disponible discrecionalmente (la *parresia* del mundo griego, literalmente el *decir todo* era ambiguamente el *decir la verdad*, como también el *hablar en libertad*). En este mundo de palabras está el intento, como veremos, de encontrar el *Eigenwert* del derecho y de establecer los mecanismos de una responsabilidad diferenciada de la moral, de la religión, de la política. Tarea no menor, aquella asignada al proceso y a su juez: constatar responsabilidades gracias a un juego dialogante donde preguntar y responder adquieren un sentido. Esta es la historia del proceso continuamente dispuesta a construir la gramática común de un lenguaje en el cual *se responde* a alguien el por qué y mientras *se responde* por algo. Y aquí está el límite a remarcar entre derecho y proceso. El derecho penal debe indicar puntualmente el *algo* por el cual se responde e individualizar precisamente las consecuencias de la responsabilidad, mientras que es al proceso al que le toca establecer el marco de reglas del preguntar y del responder.

Es extraño como el razonar sobre la gramática se encuentra directamente en el centro de la actualidad. De esto estamos discutiendo, en Italia, un poco nerviosamente, en los últimos tiempos cuando nos referimos al debido proceso; pero no podemos olvidar que no hay discurso sobre el proceso que no deba ser puesto en relación con el derecho sustancial (con las *cosas por las cuales responder*). Y no hay duda que gran parte de los problemas del proceso en Italia, todos por corregir, dependen del modo aluvional y neurótico con el cual se construye un derecho penal hipertrófico, fragmentado y contradictorio. Es notoria la polémica sobre el panpenalismo, típico de la tendencia de derivar todo a lo penal por parte de una legislación que conecta únicamente la idea de sanción a lo penal y, peor aún, a la cárcel (fruto obviamente de una debilidad técnica, pero también indicio de una singular inmadurez). Aquí los diagnósticos deben ser más convincentes: el mal funcionamiento del proceso penal depende de tantas cosas como la cantidad y la calidad de las intervenciones legislativas, de la cultura de los

estratos sociales y de los recursos materiales muchas veces inadecuados. Pero también, y de manera creciente, de la incertidumbre de la figura del delito, la cual depende de la ley penal. El error de fondo deriva del hecho de que sobre lo penal y sobre su proceso se concentran, como se sabe, todas las expectativas de una sociedad bien regulada, quizá esperando que un mercado natural luego dirija el control hacia los sujetos de todos modos ya penalizados. Entonces es necesario recomenzar una urgente dieta que someta lo penal y su proceso de la necesidad de recortar todo lo superficial que se acumuló, eligiendo una simplificación que además recupere la eficiencia. Ahora la verdadera inversión es una *constitucionalización*, antes que cualquier otra y más del debido proceso, que de la idea de lo *privativo del código, por lo cual cada intervención que prevea* el reclamo a lo penal debe ser incluida en el código ampliando así una doble barrera (además de la privativa de ley) de control de la legalidad. Esto, paradójicamente, es el primer gran paso por un debido proceso. Aquí obviamente la inteligencia del político debe intervenir, ya no para negociar, sino para argumentar y decidir: Nunca como en este caso la inteligencia reformista debería partir de una re inserción “ecológica” del proceso en el interior de los diversos mecanismos de comunicación social conectando de manera más adecuada la relación entre aquello que se prohíbe con cuánto y qué se sanciona y como se confirma la responsabilidad. Hoy nos encontramos frente a hipertrofias de prohibiciones y de sanciones, pero sobre todo vemos crecer desmedidamente y de manera impropia el rol del proceso que parece ceder en su totalidad a las exigencias de la política tanto penal como de la política criminal, más que a la comprobación de la verdad del proceso.

2. Retos

El lenguaje no se construye por accidente; tiene una historia y razones que conllevan huellas evidentes capaces de guiarnos. Un término usado, una palabra repetida no se verifican por casualidad. Un caso es el de la extraña palabra “rito” que vemos reiterarse en el lenguaje jurídico cuando se habla de aquella singular experiencia del proceso judicial. Rito es un término que viene de la experiencia religiosa y que **terminó** siendo parte del léxico fundamental de la antropología. Indica el conjunto de prácticas lingüísticas que transfieren al campo de lo probable un mundo variado de símbolos, expectativas, experiencias que generan la angustia de la incertidumbre. Se habla así de rito de iniciación, rito de pasaje, rito de fundación, rito litúrgico; cualquiera arriesga que su origen refiere a un decir y a un avanzar. El rito repite, replica y se repite: transmite memoria de una experiencia y regla la pausa de lo nuevo; no se puede interrogar sobre el por_qué ni mucho menos

sobre la verdad o la falsedad de un rito, advierte Wittgenstein en su inolvidable *Note sul "ramo d' oro" de Frazer*, como así también no nos podemos interrogar sobre el por qué de actos lingüísticos, pero nos debemos interrogar por el cómo de estas prácticas, sobre su relevancia, sobre su significado. Parafraseando el normativismo podremos decir que el rito es "un sentido", antes que "*tiene* un sentido"; y aun más, deberíamos decir que no es posible afirmar que un rito sea verdadero o falso. Tiene todas las razones del desplazamiento de una cosa y sobre una cosa; es normativismo que integra gestos, comportamientos, símbolos capaces de referirse a realidades diversas, pero de esto, como de cualquier otra representación, no se puede hablar en términos de verdadero o falso. El ejemplo de Wittgenstein es apropiado: si las pulgas tuvieran un rito esto le concierne al propio perro, a la espera de un significado contingente del sentido lingüístico de las prácticas sociales y de la imposibilidad de conclusiones universales.

Los ritos, se sabe, se consuman y se celebran, confirmando una descomposición de lo sagrado y de una magia convencional con la cual se termina por creer, como se cree en cualquier otro artificio al que se le atribuye la misma fuerza que tienen las palabras. Es allí donde es necesario buscar, *en el decir y en el proceder*, en la combinación de una neutralidad técnica de las palabras que tienen poder vinculante y que, en nuestros sistemas sociales, se refieren a pactos pero inciden sobre destinos, vinculan y determinan, son convención y son incisión sobre la "desnuda vida". El rito judicial lo hace de una manera más simple que los otros. Hay también un relato del rito que desciende en los pliegues de la historia del derecho que es capaz de relatarnos sobre sus cambios, pero también de sus justificaciones, del mecanismo formalmente irracional de las respuestas de los oráculos a los modernos aparatos sustancialmente racionales del tecnoderecho, a la apuesta moderna del proceso formalmente racional; historia de un pasaje de legitimaciones sagradas a la falta de fundamentos de las convenciones modernas.

Pero justo aquel relato del rito nos muestra como en ello se consume el intento de nuestros sistemas sociales de engañar a la propia violencia sustituyendo a la infinita maldad de la venganza o al riesgoso arbitrio de un soberano al proceder discursivo externo. Cuando Oreste es perseguido por las Furias vengadoras, Atenea, no casualmente, intercede para que le cuente su verdad ante un tribunal de *dikastaí*. Con la ayuda de *Peithó* (la persuasión) y la promesa de que si las Furias dejaban de perseguir a Oreste obtendrían en el Olimpo el lugar de "extranjeras residentes". No importa aquí el juego del engaño; importa el efecto de sustitución de la venganza gracias a un procedimiento discursivo en una tribuna, donde algunos hombres podrán "decir el derecho" sobre y para otros hombres.

Podemos reconstruir arqueológicamente la semántica de este "juego de metamorfosis" que tiende a sustituir la venganza por la razón, el castigo divino por la confirmación de la verdad, la violencia de lo sagrado por la

violencia administrada, el arbitrio de un dios o de un soberano por el mecanismo de la confrontación de las palabras y de los razonamientos compartidos. La historia del proceso está dirigida a este hilo conductor que nos guía, en occidente, a lo largo de los diversos sistemas y de las diversas épocas, hacia este tema: el proceso judicial es “rito” fundado sobre reglas propias, dotado de autonomía y diferencia de la materia que debe confirmar y que tiende a diferenciarse del arbitrio del que decide o de la peligrosa irracionalidad del castigo de una comunidad.

3. Decir y proceder

Proceso, proceder y procedimiento no son sinónimos, cada término tiene su impronta y su significado inconfundible. Y cada uno tiene su historia en el lenguaje jurídico hasta poder clasificar sistemas de derecho según los diversos puntos de intersección y de las distintas dimensiones que ellos asumen en la experiencia de una cultura.

Miremos por un momento desde el exterior y renunciemos, sólo provisoriamente, a la necesaria dimensión técnico jurídica que debe acompañarlos. Entonces estos términos se inmiscuyen en el vasto campo de la racionalidad weberiana en la cual el derecho es solamente una parte, obviamente importante, de todo el mecanismo de la racionalidad social típica de las grandes formaciones culturales. Se la llama, sin términos medios, racionalidad procesal - o procedimental- y se contrapone a la racionalidad sustancial. Indica el modo mediante el cual un determinado contenido debe ser confirmado y una decisión debe ser tomada. Respecto a un contenido definido antes, o definido independientemente, o no definido absolutamente, la racionalidad procedimental indica los pasos a través del cual se debe avanzar (es decir, *pro-ceder*); independientemente del fin, o con fines ya definidos, la técnica del procedimiento ya articula un complejo de proposiciones normativas dirigidas a regular un camino (*iter*) formal que los actores (repeat players) deben actuar. Otra cosa es que en el derecho los contenidos (el derecho sustancial) sean normativamente definidos y a veces sean -en su ser *Tatbestand, fattisspecie*- sublimación de hechos todos posibles y todos previstos.

Aunque no sean cognitivamente previstos, lo serán normativamente en el sentido que las prescripciones “procedimentales” de la interpretación los harán recaer en el campo de las previsiones y por esto, por lo tanto serán decidibles. Típica de cualquier sistema la racionalidad procedimental indica exceso del medio sobre el resultado, establece una suerte de sobrecarga del modo de proceder respecto al contenido del resultado, aunque, y este es el verdadero juego, es necesario un resultado y que el juego se cierre. Esto incluirá, como veremos, una específica elaboración del tiempo que ciertamente no es marginal; por ahora basta subrayar cómo este género de

racionalidad que indaga sobre el medio es típica de una forma no solamente jurídica de *reflexividad* que los sistemas experimentan ante la explosión de la complejidad. Aquí, complejidad quiere decir posibles excesos de los contenidos de las decisiones a dirigir y a tornar previsibles normativamente.

Desde este punto de vista el derecho es el mayor campo de elaboración de la racionalidad procesal que luego los sistemas culturales, no por casualidad, han trasladado a otras esferas de la acción social. El ejemplo más típico es aquel de la racionalidad de la decisión política que vivió, solo a partir de una cierta fecha y ante una particular dimensión de la complejidad, un repliegue reflexivo útil a una fuerte racionalización de la decisión política. Nos debemos referir a aquella forma de democracia que los parlamentos modernos experimentaron y que lleva el nombre de *principio mayoritario*.

Se trata de reflexividad cuando se decide de una vez por todas y preventivamente, que todas las veces en que se deberá decidir, en vez de ponerse en la situación de abordar las decisiones una por una, se confiará la decisión a la mayoría. Es la forma más típica de racionalidad procesal de base reflexiva porque no importa aquello que se decide pero importa como se decide. Mecanismo reflexivo es de hecho aquel mecanismo que se aplica asimismo y por ello es susceptible a generalizarse. Obviamente la generalización produce vínculos y genera externalidad además de costos de transacción. Una vez aceptada debe transformarse en procedimiento monopolístico y efectivo de legitimación; en el lenguaje antropológico de E. Canetti, no puede ser eludido ni engañado, debe ser considerado seriamente si se quiere que se realice la metamorfosis de la venganza a la regla de la comprobación de la verdad y la aplicación de las sanciones previstas.

Como en cada forma de racionalidad procesal la escena se presenta habitada por actores concretos sublimados en sus roles predefinidos que avanzan en la representación según alguna economía y según alguna lógica que inicia según prólogos, todos coordinados en torno a un epílogo. En el caso del procedimiento judicial no es sin significado que todo esta relacionado y finaliza en una decisión que dice *la última palabra* sobre el asunto: puntualmente debe *jus decidere*, a fin que, en nombre de una comunidad, no se propague la violencia. Liberada de la retórica de la virtud o de improbables declaraciones de sabiduría, el trabajo importante del juez es aquel de decir la última palabra sobre los conflictos y, gracias a esta, interrumpirlos.

4.- Un mundo de palabras

En esta corriente fría del sistema, más que en calor de la tradición de la sabiduría, emergen más claramente las paradojas que ninguna teoría que quiera presentarse como crítica deberá olvidar. Aquí y allá, en las dispersas páginas de una teoría de mirada profunda, esta conciencia emerge con extraordinaria plasticidad a partir de, no otra cosa que, del nivel de sentido

original que se refiere a la condición de tercero del juez, a su inconfundible “poder-saber” de pronunciar palabras. Un nivel de sentido que es custodiado celosamente y que se resiste a una modernización inconciente que se encuentra en el modo de hablar dentro de la escena judicial. De las palabras y sus referentes tal sentido conduce a hablar para dar memoria y soluciones a los “dramas” de los conflictos. Todo comienza en el procedimiento, decíamos antes, con una *denuncia* y una *citación*, muchas veces se procede *verbalmente*, se debate en aquel espacio regulado que es el *debate del interrogatorio y contradictorios saberes de ad-vocati* que sabrán sacar argumentos para “memorias” defensivas y alegatos, y luego más o menos pacientes audiencias, las cuales estan destinadas a la escucha pública en nombre de una totalidad (un pueblo, una ley, una autoridad que solemnemente será re-evocada) en la cual se desatarán tramas de palabras de los más diversos actores, participantes y testimonios que prestaron juramento de sus propias palabras, la pro-nunciación de una última palabra será confiada a un juez que dirá el derecho.

De este complejo *decir y proceder* que se instaura según las minuciosas reglas del rito, el resultado final será el *veredicto*: es otra historia aquella de un dicho que esté realmente allí por verdadero, para sancionar la verdad o para asumir un significado. No está en la pronunciación, pero está al mismo tiempo en la pronunciación, dónde el poder de decir la última palabra se concretará. A partir de allí las palabras pesarán sobre los destinos, que inevitablemente tendrán otras historias, otros lenguajes, otros vocabularios. La normatividad de la palabra del juez establecerá cualquier otra posibilidad de que en otra parte de la entera maquinaria se puedan tomar otras decisiones respecto de la posibilidad de otras decisiones. La normatividad de la decisión siempre tomará en cuenta otra normatividad hasta que una congnición no cierre el círculo. Será necesario verificar si el deudor ha pagado o, vendido sus bienes, la desilusión del acreedor será reducida, o si el imputado habrá descontado la pena y la sanción lo haya re-socializado. Las decisiones sobre esto siempre sucederán en otra parte, en otros lugares y en otras gramáticas del sistema.

Es larga la historia que las palabras del proceso custodian: enraizada en un tiempo de sistemas sociales, en el cual, como mencionabamos, la idea del *responder* a algo cuando se advirtió la necesidad de “dar nombres” a culpas, comenzó a confundirse con la práctica del *responder* a alguno; juego de metamorfosis pero también práctica “mitológica”. Por lo tanto lo indecible del *responder a* se diluyó en la visible sabiduría del responder a alguien.

Todo lo que sucede a partir de este momento es la historia de quien debe y sobre que cosa debe responder, pero sobretudo es la historia de “alguno” que responde y del significado a atribuir a las palabras de este

hacer preguntas y proveer respuestas. *Responder a y responder de* se entrecruzan en este mundo de auto-observaciones y auto-regulaciones que los sistemas sociales han generado dentro de si mismos y para si mismos. Hay también fechas, emergen arqueologías iconográficas, fragmentos de mundos en los cuales todo esto se hace visible: y antes que en los textos o en las prácticas de un derecho en búsqueda de su racionalidad, es en el juego del *deinon* de un *dran* (así habla *el Coro de las Antígonas*) que desde el mundo griego en adelante hace de marco al juez aunque también de los más modernos *ius dicentes*.

La racionalización de la cultura jurídica que predispuso una socialización lógico-formal para la selección de una clase profesional de magistrados no puede ocultar que algunos hombres (en Italia actualmente alrededor de ochomil ochocientos, sumada otra decena de miles llamados “honorarios”, dando nuevamente ambigüedad a aquel honor que finalmente es honorario, es decir remuneración de una prestación) desde no hace tanto tiempo tienen el poder de decir el derecho sobre otros hombres. También desde hace ya treinta años, las mujeres pueden ser elegidas a partir de que la reforma judicial, basada en la Constitución, eliminó en parte la diferencia de género.

Juego social, así lo define Cordero, aquel legado al juez. Juego porque pone en juego una apuesta importante. La inversión que el sistema hace es alta; es “social” porque se desarrolla en el juego de los conflictos que sólo la sociedad puede crear y que los hombres pueden actuar dentro de ella. Hegel no tuvo dudas cuando, en el célebre párrafo de *Grundlinien* (1820), colocó a la magistratura en la sociedad civil pensando, no por último, al origen de las particularidades a resolver y el lugar en el cual aquel saber influiría.

Los mecanismos fríos del sistema están presentes en la definición de aquel juego social: es decir, el conflicto se genera en la sociedad bajo aspectos muy diversos y siempre nuevos que la misma sociedad traduce y delega al derecho. Los delega al derecho porque luego de distintos intentos de prueba y error no ha podido acordar que se confiaran a otros mecanismos como la venganza, la guerra o los juramentos.

La cuestión de la racionalización puede ser leída dentro de este simple intento de colocar de la manera más adecuada en el sistema la solución de conflictos. Se trata de una adecuación aun cuando se habla de manera pomposa y enfática de racionalización. En sistemas sociales que lo adoptan, la solución de los conflictos puede ser confiada a otros dispositivos, como el sacrificio religioso, la rivalidad, la sentencia de dios, la suerte o el oráculo. Todavía hoy el sistema de relaciones internacionales es un campo de

experimentación para procedimientos de “mediación” no judiciales (en el mejor de los casos) de los conflictos entre estados.

Por qué esto y no lo otro depende de aquello que el mismo sistema social percibe de sus conflictos y de sus remedios: depende, en otras palabras, de su auto-observación. Lo que podemos decir es que el sistema judicial no es el único remedio, pero es el mecanismo que el sistema social tomó como adecuado por un cierto lapso de tiempo y en un vasto segmento social, pero no universal.

¿Qué son entonces las palabras del juez que en nombre de un “todos”, que comprende a los litigantes, incluso la víctima y el condenado, aplica las palabras de la ley? Desde el punto de vista del procedimiento de la decisión, el sistema jurídico aparece como una cadena infinita de decisiones (*strange loops* en el lenguaje de las paradojas) que tienen que ver no con *rude facts* (los crudos hechos) o mas bien con construcciones jurídicas de la realidad que aparecen en el sistema del derecho como probables.

No podemos más que trabajar con ejemplos, entre los cuales es necesario citar por lo menos algunos. Para que la decisión judicial sea posible es necesario que exista una red de normativas que consienta reducir una cognitividad excesiva y para ello los principios del sistema ofrecen procesos de salvaguarda. Aquí la tautología de los principios normativos roza la “teología”: para evitar que se deba confirmar la capacidad de cumplimentar actos jurídicos relevantes caso por caso y por ello para evitar una insoportable cognitividad, el juez encuentra en la norma un gran soporte. El obvio principio codificado por la norma sobre la capacidad de actuar esconde el sentido. La capacidad se adquiere con la edad. Evitar el recurso vicioso al infinito y hacer posible una decisión significa “vacilar” y no evadir preguntarse si es la capacidad adquirida a mayor edad o sea la mayoría de edad que se adquiere con la capacidad. ¿Y qué es la mayoría de edad si no una generalización normativa que evita interrogarse sobre el conocimiento? Hasta aquí no es mucho el daño.

En cambio, cuando nos trasladamos hacia la capacidad penal y hacia la imputabilidad, por ejemplo de menores, los problemas se complican. Y además, frente a reiteradas advertencias provenientes de las ciencias y del sentido común acerca del hecho que la identidad de un individuo está expuesta a una extrema variabilidad temporal, por ello quien ha hecho, dicho o cometido algo no es nunca el mismo individuo que es juzgado, el derecho y su juez no pueden más que alzar los brazos y hacer de cuenta que lo es.

Así podemos condenar al mismo individuo que cometió el hecho con una simple operación de cancelación normativa del tiempo. La misma anulación

que consiente decir, cuando se comienza una cadena perpetua, que un hombre es para siempre aquello que ha hecho, quizás en un breve instante de su vida. Todo esto nos retrotrae a un mundo en el cual el límite entre la convención y el arbitrio es frecuentemente evanescente y que desde siempre ha sido el esfuerzo de todo iluminismo contener y reducir con reglas. El proceso es excesividad de reglas o no lo es: su historia es de una difícil diferencia entre una venganza arbitraria y una condena basada en leyes y en nombre de todos, o entre las Furias y las Euménides, según el lenguaje de Esquilo. No es necesario el proceso en un mundo en el cual un soberano se arroga el poder ilimitado de castigar sin reglas y sobre la base de una simple tecnología punitiva. La diferencia del derecho está obviamente en el proceso que aplique reglas establecidas, conocidas y compartidas.

5. Perder tiempo

No es casual que constituciones y declaraciones universales hayan considerado más explícitamente el derecho al proceso como contrapartida de un explícito deber de las instituciones hacia los ciudadanos: el justo proceso del cual hablamos es exactamente la traducción, un poco torpe, del principio del proceso debido (*due process*), es decir de la obligación que tiene cada estado u organismo político, de elaborar reglas y recursos para realizar la verdad judicial y decidir sobre los litigios según criterios de legalidad. Llegamos al punto. Por sobre todas las cosas, la *justicia* del proceso es el regreso de un primado que la modernidad registró, de lo *justo* sobre lo *bueno*; esto significa que, frente al politeísmo conflictual y al proliferar de las ideas sobre el bien, el sistema jurídico debió volver atrás la mirada y elegir la vía de la proceduralización. En contra del estado y el derecho como valor único construido sobre una infundada idea ética, el sistema jurídico ha elegido la vía contractual y convencional de delegar el control sobre el modo de perseguir las elecciones. Esto significa castigar no por aquello que uno es sino por lo que uno hace, y aquello que uno hace es normativamente definido por reglas compartidas libremente, se es transgresor pero jamás enemigo.

La primer gran proceduralización moderna en todos los sistemas penales se refiere a la diferenciación entre el enemigo y el criminal, trasgredir no quiere decir, como para el estado ético, ser enemigo de la comunidad. El segundo aspecto de la proceduralización se refiere a la regulación jurídica; el nacimiento del derecho penal y del proceso nos señalan la sustracción del mecanismo punitivo al arbitrio y a la discrecionalidad.

El derecho y el proceso están contra los poderes salvajes y, hobbesianamente, contra los “lobos artificiales”, así, regular la tecnología punitiva a través de normas sustanciales y procesales, significó sustraer al

ciudadano de la venganza de la comunidad y de la violencia del soberano. Entre proceduralización y legalidad hay un nexo estrechísimo, consecuencia de todo lo que las constituciones modernas han incorporado al proceso conjuntamente con reglas que configuran derechos fundamentales de carácter civil y político. Desde este punto de vista el proceso es condición necesaria, aunque no suficiente, de un estado de derecho, en cuanto está contra el poder y se funda sobre los derechos fundamentales.

Para bien o para mal, la historia del proceso es historia de la legalidad moderna, definida desde el primado de la ley, por lo convencional que es, y por la gramática de las palabras que debe alejar de sí la violencia. Por otra parte reconstruimos este asunto desde el punto de vista del *pharmakon* de aquella extraña combinación de veneno y antídoto, cura y enfermedad que atraviesa ambiguamente la violencia, la ley, la escritura (*E. Resta, La certezza e la speranza*, Roma-Bari, 1996, II ed.) El derecho y el proceso se justifican como antídotos, pero por no ser a su vez veneno, deben recurrir al arbitrio de la punición a través de la minimización de la violencia y el respeto de un principio de exceso del medio: la apuesta moderna es la de unir garantías y eficiencia, procedimiento y resultado, respeto de los derechos y confirmación de la verdad.

Aquí interviene una cuestión importante: si estos son *principios* de la constitución y, como se sabe, ya forman parte del patrimonio constitucional de documentos y declaraciones universales, no siempre las reglas que los acompañan son respetuosas de los principios. Si los principios son las directivas de las reglas, las reglas son directivas de acciones normativas orientadas: el lugar de los principios es en las constituciones (documentos; *Grundgesetzen*, *dichiarazioni*), es aquel de las reglas en las leyes.

Esto quiere decir mucho y nos trae a la actualidad. Si aquello del justo proceso o del “debido proceso” es un principio constitucional ya operante (por expresa previsión o porque la Constitución italiana recepciona todas las orientaciones prescriptivas presentes en las Declaraciones internacionales suscriptas), el modo de realizarlo es confiándolo al conjunto de leyes sustanciales y procesales que son llamadas a regularlo. Es entonces, a la ley ordinaria que se debemos regresar y sobre ella es que se necesita urgentemente trabajar, para no perder tiempo y encontrar racionalidad. Una vez reconocido, y tautológicamente repetido, que el proceso debe ser confiado a un juez “neutro e imparcial” el problema se traslada a otra parte. Normativamente la neutralidad (*nec utrum*, quiere decir ni esto ni aquello) es la imparcialidad (el no ser parte, amigo o enemigo) son garantizados por el procedimiento indicado por las leyes contra las cuales los remedios no son otros que de tipo procesal, asegurados *antes* de las previsiones del

ordenamiento; cognitivamente la neutralidad y la imparcialidad serán confiadas, *ex post* a una verificación procedimental de hecho. Todo esto ya se encuentra regulado y quizá incluso con hipertrofia de reglas. Por el contrario, lo que falta es el resto: se registra real denegación de justicia debido a la aglutinación de los tiempos. Los datos lo dicen claramente y las condenas de la Corte de justicia me parecen justas y elocuentes. La duración promedio de los procedimientos es insostenible y hay muchas razones endógenas y exógenas que explican este modo de ser del proceso. Para algunos concierne a la organización judicial como a los singulares comportamientos de los estratos (magistrados, abogados, en general “partícipes habituales”): las duraciones medias cambian de sede en sede y de año en año, por lo cual gran parte de la culpa es también de cómo y quién administra justicia. Otras son relativas a espacios reducidos o a alguna irracionalidad del mecanismo procesal por demás sobrecargado de reformas y de reglas que se superponen y que una inteligente reforma debería, más que nada, simplificar. Otras en cambio se refieren a variables exógenas que son aquellas “ecológicas” (no todos los conflictos deben judicializarse y exponerse a un juez) y por lo tanto redefinir el mapa de las competencias “comunicativas” y aquellas culturales, entre las cuales está la ética religiosa, la *civicsness*, la idea de la esfera pública, entre otras.

La questione del tempo, cioè della durata di un procedimento, ci riporta al nodo del convenzionalismo; il rapporto più generale di diritto e tempo ne è una riserva sconfinata. Certo non sapremo mai cosa perdiamo quando perdiamo tempo; d'altro canto il tempo è una risorsa non ugualmente distribuita e ciò significa che in un conflitto il tempo che qualcuno perde viene guadagnato dall'altro; e infine, dal punto di vista non dell'etica pubblica, ma semplicemente della razionalità sociale è un depauperamento collettivo il fatto che si sprechino risorse, anche temporali, per impalcature rituali, simbolicamente significative, macchinose, ma inutili e ineffettuali. Basta per questo scorrere i dati quantitativi dell'andamento dei procedimenti; riferendoci soltanto al penale si può vedere che nei diversi gradi di giudizio la durata media dei procedimenti è altissima, ma che essa vede un numero basso di cause esaurite con sentenza definitiva. Il caso eclatante è quello del penale minorile dove le sentenze di condanna in un tempo mediamente elevato toccano soltanto il diciotto per cento: il resto è perdono giudiziale, immaturità, affidamenti in prova e così via. Non voglio dire che bisogna punire di più, voglio invece sottolineare che la montagna partorisce un topolino. Una grande impalcatura simbolica che impiega risorse ma mette anche in gioco destini è destinata a far altro rispetto al compito per cui è nata, per cui è sorprendente vedere che di “pena” nel penale minorile vi è principalmente il processo.

La cuestión del tiempo, es decir de la duración de un procedimiento, nos lleva al nudo del convencionalismo; la relación general de derecho y tiempo es una reserva sin límites. Ciertamente no sabremos jamás qué perdemos cuando perdemos tiempo. Por otro lado el tiempo es un recurso no equitativamente distribuido y esto significa que en un conflicto, el tiempo que alguien pierde lo gana otro. Finalmente, no desde el punto de vista de la ética pública, sino simplemente desde la racionalidad social es un empobrecimiento colectivo el hecho que se derrochen recursos, aun temporalmente, para estructuras rituales, simbólicamente significativas, aparatosas, pero inútiles e inefectivas. Basta para ello apartar los datos cuantitativos del desarrollo de los procedimientos, refiriendonos solo a lo penal se puede ver que los diversos grados de juicio la duración media de los procedimientos es altísima y que ella ve un número bajo de causas caducadas sin sentencia definitiva. El caso más llamativo es en el derecho penal de menores, donde las sentencias de condena en tiempo medianamente elevados llegan solo a un diez y ocho por ciento: el resto es perdón judicial, inmadurez, beneficio de la *probation* etc. No digo con esto que sea necesario más castigo, quiero subrayar que la “montaña pare un ratón”. Una gran estructura simbólica que emplea recursos pero pone también en juego destinos, está destinada a hacer otra cosa distinta para la cual nació, por ello es sorprendente ver que “pena” en el derecho penal de menores es principalmente el proceso.

Encuentro que todo esto sea simplemente una incongruencia institucional que produce daños enormes, además porque trabaja con sus tiempos pero actúa sobre los tiempos de vida de jóvenes que tienen medidas de tiempo diferentes. Tiempo de vida y tiempo del proceso están irremediabilmente defazados.

El verdadero problema sobre el que se discute hoy en día, mientras la emergencia es “el justo proceso”, es la relación entre el tiempo del derecho y el tiempo de la vida. No es un tema menor, ya que el derecho anula la intertemporalidad de la identidad individual, gobierna y decide el tiempo de manera prepotente e irracional. ¿Quién podrá decir cuál es el tiempo justo de la pena, aun admitiendo que la pena deba ser retribución, enmienda, instrumento de resocialización? Sobre todo si se tiene en cuenta lo inhumano de la cadena perpetua, que es una pena sin tiempo, que define “para siempre” sobre la base de aquello que uno ha hecho en un instante de su vida: el tiempo parece un *falso peso*. Es también falso y sobre todo, cuando por el contrario se concentra y se reduce en el instante de la pena capital que, notoriamente, no hace “perder tiempo”.

E’ “questione di tempo” anche quella connessa al problema del “perdono” sotto forma di indulto, grazia, amnistia di determinati reati (si parla non

impropriamente nel linguaggio comune di “colpo di spugna”). Il *perdono* è meccanismo che, diversamente dal risentimento che si fissa e fissa paranoicamente il tempo al momento dell’offesa, ha il potere sconfinato di far di nuovo decorrere il tempo. Non è “dono”, più o meno avvelenato, che si fa all’offensore, ma è anamnesi del soggetto che perdona; chi ci riesce evita la “fissazione” (paranoia) del tempo e ricomincia a vivere. Non scambia la sua generosità per obbedienze o vincoli di lealtà e sottomissioni future, ma lavora su se stesso e per il proprio tempo.

También es “cuestión de tiempo” lo relativo al problema del “perdón” bajo la forma de indulto, gracia, amnistía de determinados delitos (se dice apropiadamente en el lenguaje común: borrón y cuenta nueva. El perdón es un mecanismo que a diferencia del resentimiento, que fija y se fija paranoicamente el tiempo al momento de la ofensa, tiene el poder ilimitado de hacer transcurrir el tiempo. **No es un “regalo”, más o menos envenenado, que se le hace al ofensor, es más bien anamnesis del sujeto que perdona,** quien lo logra evita la “fijación” (paranoia) del tiempo y recomienza a vivir. No cambia su generosidad por obediencia o vinculos de lealtad y sometimientos futuros, sino que trabaja sobre si mismo y por el propio tiempo.

Elaborado desde la moral individual fue exonerado de los sistemas funcionales, como el derecho, que con sus reglas, debería haber aliviado la tarea a través de su presupuesto normativo. Por ello, Nietzsche sospechaba que a través del perdón, el derecho habría dejado lugar a la “gracia”, que es la dimensión moral y quizá teológica. La cuestión del perdón no atañe absolutamente a la humanización del derecho o a una dimensión de la equidad del juicio, sino que se relaciona al “tiempo” y sus complejas economías. De hecho el problema del derecho respecto a la extinción de un delito, se transforma en una contabilidad miserable. ¿Después de cuánto tiempo podemos decir que para una comunidad jurídica se ha curado la herida de difundidas corrupciones, o de terrorismos que han ensangrentado la vida civil? Admitiendo que no deban ser relevantes los puntos de vista de las víctimas y que la derogabilidad de las reglas es poder dispositivo del que decide. La historia es compleja.

La historia también se refiere a la economía del tiempo, casi notarial, de la prescripción. Considerar perenne un proceso, un derecho o la caducidad de una acción, significa ciertamente “exponer” el derecho a la variabilidad externa del tiempo, pero con aquel mecanismo típico de *Verkörperung* (incorporación, o mejor dicho, internalización) por lo cual la que decide sobre los efectos del tiempo es una decisión interna del sistema jurídico.

Este es el nudo del debate, porque la cuestión del proceso, no solo el equitativo, justo, sea vaciada de retórica y retome su verdadera complejidad:

el resto es “decisión”. Incumbe al poder dispositivo de un legislador, no creo constitucional, pasar del “principio” a la regulación del tiempo de los procesos mediante acto de autoridad que, obviamente deberá tener en cuenta las conexiones con legisladores precedentes, encastrés sistémicos, cambio de competencias, transiciones a gobernar. El legislador está allí para eso, para decidir y argumentar, más que para negociar o legitimizarse. El resto digámoslo, por homestidad lingüística, es solo “redundancia”.