

Derribando muros

Carlos Parma – David Mangiafico

Derribando muros

Ensayos sobre la pena y su ejecución



**Editorial de la
Universidad del Aconcagua**

Parma, Carlos

Derribando muros. Carlos Parma y David Mangiafico - 1a ed. – Mendoza :
Universidad del Aconcagua, 2009.

358 p.; 21x16 cm.

ISBN 978-987-1511-08-2

I. Derecho Penal. I. Mangiafico, David. II. TITULO

CDD: 345

Diagramación y Diseño de tapa: Arq. Gustavo Cadile.

Copyright by Editorial de la Universidad del Aconcagua

Catamarca 147 (M5500CKC) Mendoza

Teléfono (0261) 5201681

Correo electrónico: editorial@uda.edu.ar

Queda hecho el depósito que marca la ley 11723.

Impreso en Argentina

Primera Edición: diciembre de 2009

ISBN: 978-987-1511-08-2

Reservados todos los derechos. No está permitido reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir ninguna parte de esta publicación, cualquiera sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

*A María Lorena Sánchez,
compañera de vida
David Mangiafico*

*A los estudiantes de Latinoamérica
que aún creen que un mundo mejor
es posible.
Carlos Parma*

Agradecimiento

*A Gustavo Castiñeira de Dios,
por sus constantes muestras de
generosidad y afecto*

Índice

Prólogo	13
Introducción	19
PRIMERO - EL DERECHO PENAL FRENTE AL ESPEJO	21
Carlos Parma	
1) El espejo, su peligrosa convexidad.....	21
a) Su peligrosa consigna:.....	24
2) El cadáver insepulto de Lombroso:	25
3) Primera falacia: “represión igual a solución”	28
4) La eterna imagen que se refleja.	30
5) El derecho penal convexo o del enemigo:	35
6) El enemigo y Derecho Penal del enemigo.....	41
7) El Estado de excepción... La “nuda vida”	55
a) El enemigo es... un “monstruo”. La vida desnuda y el derecho penal. La Biopolítica.....	60
8) El permanente estado de Emergencia.....	62
9) La pena: ¿Vale la pena, la pena? ¿Tiene fines y funciones o simplemente se trata de un sistema autopoiético?	70
a) La pena.....	70

b)	Algunos autores contemporáneos: Bacigalupo, Mir Puig, Zaffaroni.....	71
c)	Posición de Claus Roxin: El fin de la pena. Culpabilidad. Sus diferencias con Jakobs. Resumen.	88
d)	Sistema Autopoietico.....	97
e)	Reflexiones:.....	103
10)	Criticas al Derecho Penal del Enemigo	106
11)	Persona: Rawls, Kant, Cossio, Hervada, Kelsen, Hegel, Nozck, Maritain, Roxin, Jakobs, Luhmann, etc.. Visión Multidimensional del derecho.	111
12)	Aceptar un “derecho paralelo” que niegue al ser humano es darle cabida a una ley injusta. Los más granados exponentes en debate	126
13)	La Pena Piadosa:.....	137
14)	De espejos y sistemas Penales:	148
a)	La palabra perdida.	151
b)	La ciudad amurallada: las nuevas imágenes.	153
15)	La hora crepuscular.... ..	155
a)	La realidad latinoamericana:	161
b)	Corrector del espejo:.....	172
c)	Contemporaneidad: La ética pública y el ius humanismo... ..	176
16)	Reflexiones finales	178
 SEGUNDO - EL REINCIDENTE FENTE A LA PENA.....		183
David Mangiafico		
1)	La Globalización de los Miedos	184
2)	La Pena inocuizadora en el marco de la emergencia.....	185
3)	El DPE y las Medidas de Seguridad.....	190
4)	Raíz ideológica y filosófica de la Dogmática Atávica.....	193
5)	Reincidentes de tercera velocidad	199
6)	Corolario.....	207

TERCERO - LA PENA PIADOSA	209
Carlos Parma	
1) Introito necesario	209
2) La pena y su concepción en el derecho penal.....	211
3) La interpretación. El pensamiento débil.....	224
4) La pena piadosa	229
CUARTO - PROPORCIONALIDAD y ANCLAJE de la PENA.....	237
David Mangiafico	
1) Introducción	237
2) Impacto del expansionismo en la pena.....	238
3) Control del delito y control del castigo	243
4) Anclar las escalas de las penas	246
a) Prisión y Espacio.....	248
b) Prisión y Tiempo	251
c) Libertad Condicional: un correctivo en peligro	254
5) Nuestra posición.....	260
QUINTO – ¿VALE LA PENA LA PENA?	265
Carlos Parma	
1) Causalismo.....	265
2) Neoclásicos	267
3) Finalismo	268
4) Funcionalismo.....	273
5) Teoría de la imputación objetiva.....	277
a) La disminución del riesgo	279
b) La falta de realización del riesgo.....	280
c) Riesgo permitido y no permitido.....	281

d) El fin de protección de la norma relativo a la prohibición de elevación del riesgo	281
e) La participación en una autolesión consciente de la víctima	283
6) Fin y función de la pena	284
SEXTO - QUE HAY TRAS LA SENTENCIA CONDENATORIA?	289
David Mangiafico	
1) De la Sentencia a la Libertad.....	289
2) Principio de Legalidad.	290
3) Principio de Readaptación.....	292
4) Principio de Judicialización.	296
5) Principio de Inmediación.	300
6) Régimen Progresivo de la Pena	302
7) La Conducta.	307
8) El Concepto.....	309
9) Salidas Transitorias.	311
10) Semilibertad.	318
11) Libertad asistida. Límite ineludible al encierro.....	322
12) Conclusión.....	332
BIBLIOGRAFÍA	335

Prólogo

La pena constituye una de las materias de mayor interés social y jurídico-penal en el panorama científico del derecho penal y de la filosofía jurídica, sobre la que se viene discutiendo desde hace varios siglos, preocupando extraordinariamente en la actual «sociedad de riesgos» (Beck, 1993) o «post-industrial» (Silva Sanchez, 1999), una sociedad que reclama otro derecho penal: un derecho penal cuya prioridad es la seguridad. Se trata de una cuestión, pues, que siempre requiere nuevas reflexiones sobre su significado y cuyos resultados iluminan toda la teoría del delito.

La discusión, al menos en el marco simplista de la opinión pública, casi siempre gira en torno a los mismos parámetros: intensificación de la privación de libertad o intensificación de la reeducación para la vida en libertad. Mientras que, por un lado, se demanda una mayor protección frente a la delincuencia, proponiéndose un endurecimiento en su tratamiento, por otro se demanda la recuperación del delincuente para su reincorporación a la sociedad, proponiéndose un mayor esfuerzo en los medios para llevar a cabo esta necesaria rehabilitación. Esfuerzo que los gobiernos están pocas veces dispuestos a asumir, probablemente por el coste económico que conlleva y los reducidos intereses políticos, al menos a corto plazo, que se pueden obtener. Se olvida así que un Estado que se define como social y de derecho

tiene que asumir la tarea de intentar la recuperación social de todo delincuente, especialmente si este es un menor, y que la sociedad y sus intereses solo podrán ser efectivamente protegidos si se logra la recuperación social del delincuente.

En la teoría las cosas son algo más complejas. Hoy es indudable que los presupuestos hermenéuticos de la teoría del delito han variado considerablemente. Y ello, naturalmente, se percibe en las discusiones mantenidas en la dogmática penal. De una idea de sociedad influenciada por la filosofía positivista, según la cual solo los conceptos surgidos de la experiencia, sensiblemente perceptibles por los sentidos, podían considerarse como científicos, que es la que estaba a la base del sistema penal elaborado por v. Liszt a principios del siglo XX y que ha dominado hasta hace poco tiempo, hemos pasado a una sociedad que se haya sumamente interrelacionada, en la que dependemos los unos de los otros y en la que la acción no es una teoría de la transformación del mundo exterior, sino que viene constituida por la comunicación y la atribución. Hoy la imputación no se relaciona tanto con la acción u omisión, como con el mantenimiento o no por parte del sujeto de los deberes inherentes a su rol: el rol basado en la institución negativa del *neminem laede*, o los roles positivos que asumen determinadas personas. Y también asistimos a un nuevo concepto de racionalidad, que tiene claras consecuencias en la concepción de la pena. Frente a las teorías de la pena basadas en la idea tradicional de racionalidad instrumental (la pena como medio para lograr el fin de la intimidación generalizada de potenciales autores del delito para lograr, a través de una ejecución penal basada en el tratamiento, el fin de la resocialización), probablemente aún predominantes, se vienen alzando las teorías de la pena basadas en la idea de racionalidad comunicativa, que partiendo del hecho incuestionable de que las teorías preventivas no pueden demostrar empíricamente sus efectos, basan la finalidad de la pena en la estabilización

de la vigencia de la norma vulnerada por el autor, de manera que la pena se mantiene en un plano exclusivamente comunicativo; es el caso de la teoría de la prevención general positiva. Estas teorías son las que parece que poco a poco van imponiéndose en el pensamiento jurídico penal actual. Pero no solo la teoría de la prevención general positiva tiene en cuenta esta nueva racionalidad (comunicativa, no instrumental), también asistimos hoy en día al fenómeno de un cierto retorno de las teorías absolutas, que (re)surgen principalmente por la falta de seguridad de las demostraciones empíricas que requieren las teorías basadas en la idea de racionalidad cognitivo-instrumental. Es el caso, por ejemplo, la moderna teoría de la retribución, defendida por el alemán Kohler (*Strafrecht*, AT, 1997), para quien "la pena es una necesidad categórica de un derecho penal abierto a la libertad" (p. 50), que tiene como finalidad "negar el delito", "sin ser un mal empírico", tratándose de "una disminución del status de los derechos fundamentales del autor del delito, cuya finalidad es compensar el delito y, así, restaurar la validez de las relaciones jurídicas" (p. 51).

De todos modos, no faltan autores que han criticado que se prescindiera de una demostración psicológico social (caso de la prevención general) psicológico individual (caso de la prevención especial) de la pena, como, por ejemplo, Stratenwerth (*Strafrecht*, AT, 4ª ed., 2000, num. 28), quien dice que entonces la pena solo tendría una función simbólica, simplemente comunicativa expresiva de la reprobación del delito y restauradora de la vigencia de la norma quebrantada, sin un efecto preventivo empíricamente demostrable.

A mi juicio, no hay inconveniente alguno en que la pena tenga ese carácter simbólico (en realidad, siempre lo ha tenido!), siempre y cuando a través de la misma se intente alcanzar, en su caso, la rehabilitación y reinserción social del penado, aunque ello no constituya la esencia o fin de la pena.

Ahora bien, si el fin de la pena fuera exclusivamente la prevención especial positiva, entonces es claro que si el sujeto no tuviera tendencia alguna a reincidir y no necesitara reinserción alguna; la pena y, por tanto, el ejercicio del *ius puniendi*, quedaría totalmente deslegitimada. Dicho de otra manera: si la racionalidad del derecho penal es meramente instrumental, esto es, como instrumento para conseguir algún fin, en el caso mencionado, la reinserción social, tal racionalidad desaparece, tanto cuando no sea posible confirmar empíricamente que se pueda alcanzar dicho fin, como cuando éste, sencillamente, no es necesario. Por eso sostenía en mi libro sobre *Cuestiones básicas del Derecho penal* (Universidad Austral, Buenos Aires, 1998, p. 47), que se debe separar la cuestión de la legitimidad del *ius puniendi* de la función que pueda cumplir la pena.

Tanto los autores que defienden la teoría de la prevención general positiva, aunque en distintas versiones (Bacigalupo, Hassemer, Jakobs, Kindhauser, Neumann, etc.), como los que defienden las nuevas versiones de las teorías absolutas (como es el caso de Kohler o de Lesch) (v. *La función de la pena*, en la Colección "Luís Jimenez de Asua", en donde defiende una teoría funcional de la retribución, Madrid, 1999), se basan en el paradigma de la racionalidad comunicativa: la pena mantiene un plano exclusivamente comunicativo, es decir, a través de la misma se comunica la decisión de ratificar la vigencia de la norma, y ninguno niega la posibilidad de que la pena pueda cumplir otras funciones (evitar la reincidencia, intimidación de potenciales delincuentes, reinserción del delincuente, protección de la sociedad, etc.). Pero de lo que se trata es de "separar lo que es la esencia fundamental de la pena de las eventuales funciones preventivas instrumentales que a través de la misma se puedan cumplir, pero que no constituyen su fin legitimador" (Jaen Vallejo, M., "Pena y / 0 medida", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, num. 3/2006, p. 422). Como dice Bacigalupo, "la decisión a favor de la prevención general

positiva requiere... que, al mismo tiempo, no se cierre la discusión sobre el progreso de la idea de un derecho más humano" (*Principios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, p. 16). Este mismo autor añade que "La teoría de la prevención general positiva tiene el mérito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad", provocando "una discusión sobre las alternativas reales a esta pena" (p. 16).

Carlos Parma y David Mangiafico, que cuentan con un *curriculum* universitario de excelencia, han podido realizar, en el marco de varios proyectos de investigación en la querida Universidad del Aconcagua (Mendoza), varios estudios y análisis, expresando un conjunto de ideas y planteamientos sobre la problemática de la pena privativa de libertad, que hacen muy interesante la lectura de los ensayos que integran el presente libro, un libro que transita entre la dogmática, la filosofía y la criminología. Una lectura que nos aproxima a toda la discusión sobre las penas, las ideas de la prevención, la función del derecho penal, la reincidencia y su tratamiento, y muchas cuestiones más, tratadas excelentemente por sus autores.

Los autores, Carlos Parma y David Mangiafico, son buenos amigos del Seminario de Derecho penal, filosofía jurídica y derecho penal comparado, del Instituto Universitario José Ortega y Gasset, seminario dirigido por el Profesor Bacigalupo, desde hace ya más de veinticinco años, en el que incluso se han podido debatir algunos de los aspectos tratados en el libro, como el relativo al reincidente qué hacer con el reincidente.

Estamos, pues, ante una obra de indudable actualidad e interés, muy recomendable tanto para el público en general como para todos cuantos estamos interesados en el estudio y mejora de las instituciones penales, por lo que, desde la ciudad medieval de Girona, en la que ahora tengo mi destino

profesional, felicito muy sinceramente a sus autores, mis queridos amigos Carlos Parma y David Mangiafico, deseándoles el mayor éxito en la labor investigadora que levan a cabo en la Universidad del Aconcagua.

Manuel Jaen Vallejo

*Profesor titular de Derecho Penal.
Magistrado Ex Letrado del Tribunal
Supremo del Reino de España.*

Exordio

Seamos el buho de Minerva en la hora crepuscular; la roca firme en el mar embravecido; la luz –aunque ténue- en el camino de la esperanza...

Construyamos la utopía de creer que un mundo mejor es posible y abramos la puerta, aquella que nunca debimos haber cerrado.

Los autores.

PRIMERO

EL DERECHO PENAL FRENTE AL ESPEJO

Por Carlos Parma

Dedico estas sencillas palabras a aquellos Jóvenes estudiantes de América Latina que me siguen haciendo creer que un mundo mejor es posible.

1) El espejo, su peligrosa convexidad

Los venecianos conocían el secreto. Tal vez favorecidos por la salinidad de sus aguas, por el encanto y claridad que aportaban la combustión de arcanas maderas y la fórmula exacta en la combinación de sal y soda... ellos, solamente ellos, reflejaron la imagen perfecta. En otra Ciudad de Italia no muy lejana, siglos después, un médico creyó ser capaz, a través de una convincente teoría, de “inventar” un “espejo” capaz de reflejar cuanto delincuente nato llegue al sistema penal. Se llamaba César Lombroso, era de Turín y su cadáver aún está insepulto.

“*Per speculum in aenigmate*”. El espejo **plano**, que parece perfecto, muestra todas las cosas al revés. Lo que está a la derecha se refleja a la izquierda, cuando creemos dar, recibimos. Cara y contracara del yo. El hombre que se mira y es mirado por otro.

Así ha hecho gala históricamente el derecho penal a través del castigo: la irrazonable consecuencia de dos males (delito y pena). Sin certeza y con ausencia de comprobación científica, la pena no ha podido gritar a los cuatro vientos que su función rehabilitadora se cumpla. Y si este apotegma se consolida, es probable que la sensación intuitiva del vulgo se cumpla: la cárcel en vez de rehabilitar, perfecciona al delincuente. Lo que le faltaba saber en su carrera delictiva lo termina conociendo entre rejas. ¿Una auténtica especialización? En esta inteligencia vemos como el espejo devuelve al revés la imagen, también el derecho penal hace lo propio.

Pero en los tiempos que corren hay un espejo por demás poderoso y es el espejo **convexo**. Este particular espejo tiene la propiedad de reflejar las imágenes captadas desde diferentes ángulos permitiendo observar toda la escena. Es decir, deforma y amplía la imagen. Es exactamente como el derecho penal totalitario actual: “*todo lo vé...todo lo puede*”.

Sobre la simbología que representó en la literatura del derecho penal el “*observar*” al otro, la idea de Foucault y el “*panóptico*” aún resulta insuperable. Es más, se ha visto fortalecida con la idea posmoderna de la “*casa del gran hermano*”: todos son vistos permanentemente y no saben quién los observa.

Si pudiéramos colocar el Código Penal frente al espejo convexo (esférico) veríamos una imagen con mucho volumen. Dicho de manera simple “*un código deforme*”. Muchas normas. Absolutamente simbólico. Su articulado será de cumplimiento imposible... ¡pero está!

El derecho penal “*convexo*” tiene, entre otras, dos marcadas características convergentes: “*se sospecha de todos los seres humanos*” y “*ausencia de intimidación*”. Para con los iguales existirá la ley, para con el diferente nada. Así como cada época tiene su espejo, causalmente lo mismo sucede con el Poder Punitivo. ¡Dime que cárcel tienes y te diré que sociedad pretendes!, reza la consigna que pregonó.

A veces ocurre una alternancia de un doble movimiento de centramiento y descentramiento. Esto es así porque la mirada del poder represivo implica también un pasaje del imperio de la transparencia del “yo” (juez, legislador) a su reflejo en el espejo para que allí el “otro” se haga cargo. Pero ese otro fragmentadamente -hay que reconocer- es una parte del yo. Pues aunque sea una verdad de Perogrullo, es necesario reconocer que quienes están involucrados en crímenes atroces, también son “*parte*” de esta sociedad.

El espejo convexo es un derecho penal que todo lo muta. Impenetrable, no sólo cumple su habitual función marionetil, sino que convierte a quienes enfoca como esperpentos (al decir de Valle Inclán en “*Luces de Bohemia*” de 1924). Si uno lleva este ideario a la dogmática jurídico penal actual son “*no personas*” y para con ellos hay un derecho penal del enemigo.

En épocas pretéritas, cuando el derecho penal era categóricamente inquisitivo los espejos convexos eran muy populares; se llamaban *brujas* y se usaban para espantar la mala suerte. A menudo se encontraban junto a ventanas y puertas, para buscar efectos lumínicos en las estancias. Nadie quería verse reflejado en ellos, tal cual ocurre ahora con la prisión preventiva y otras tantas instituciones penales.

Como si fuera un designio ancestral el hombre posmoderno ha ido en busca de un derecho penal convexo todopoderoso que lo “aparte de todo mal”.

a) Su peligrosa consigna

Hay un rito atávico: cada vez que en el horizonte de la sociedad la inseguridad pública gana espacio, se piden rigurosas condenas. La “*academia refractaria*”, cual espejo plano, se acopla a la tesis represiva y reelabora cuanta idea autoritaria tiene a mano. Otra “*academia*” trabaja intensamente, para poder ponerle límites al poder punitivo. A guisa de ejemplo, el Derecho Penal del Enemigo es una clara muestra que Lombroso no ha muerto...simplemente ha estado dormido.

El “*extinto*” psiquiatra de Turín se torna innombrable e indefendible en tiempos posmodernos, de allí que los académicos lo obvian en sus citas y apelen optar por desempolvar otros autores tan lejanos en el tiempo como de la realidad actual¹, sin aceptar que en la posmodernidad la hermenéutica anhela la deconstrucción de la verdad como evidencia intuitiva que a su vez proclama el fin del logocentrismo, que en palabras simples, es el fin del privilegio acordado por el pensamiento metafísico (racionalista-positivista) que podía convertir el “*ser*” en algo disponible, aunque quien lo hacía era un “*sujeto*” finito.

Rescatar la tesis lombrosiana u hobessiana, o como quiera llamársela, es retroceder a un pensamiento que, compártase o no, la posmodernidad no acepta, pues se sobreentiende que la humanidad ha

¹ Léase Hobbes, Platón, Schmitt, la teoría del Partisano, Mezguer, Ferri, etc.

entrado a la “*edad de la interpretación*”², y dado los cambios veloces y complejos de la realidad vivencial, los posibles análisis históricos, no responden al neopragmatismo que la sociedad impone.

2) El cadáver insepulto de Lombroso

No voy a incursionar en doctrinas tan conocidas y repugnantes a la luz de los derechos humanos. Sólo haré mención a la violenta discriminación que alguna vez Lombroso hiciera. Idea que se ha usado siempre en forma solapada para ostentar teorías de corte autoritario.

Nadie quería en antaño reflejarse en el espejo lombrosiano. Se trataba de seres deformados que a la luz de la “ciencia médica” equivalían a delinquentes. La época también coincidía con la creación de los manicomios. Como se verá: el diferente a la cárcel o al loquero.

Dolorosamente hoy están presentes aquellas viejas discriminaciones (raza, sexo, pobreza, etc.) y algunas novedosas propuestas danzan por el universo virtual generando esta sutil división: “*inforricos*” e “*infopobres*”.

² En la “Edad de la fe” la humanidad tenía deberes para con Dios, luego de la ilustración los deberes fueron para con la razón y así se llegó a la “Edad de la razón”. Para autores como Rorty y Vattimo “la cultura ya no se desarrolla sólo por la asunción de una herencia, sino por una autodescripción siempre nueva, culminante en una autocreación existencial que reemplaza el ideal del conocimiento transmitido. El pensamiento débil es una invitación a vencer la metafísica incluyéndola en una relación de reciprocidad diferente de la *Aufhebung* hegeliana, porque en él la “innovación” prevalece sobre el “condicionamiento” (Rorty Richard y Vattimo Gianni; “El futuro de la religión”, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2006, ps. 17/19).

Los criminólogos clásicos opinaban que el mayor mérito de la vieja escuela positiva italiana, que recibió impulso y orientación con las dantescas investigaciones de Lombroso, fue poner de relieve la importancia del factor individual en el determinismo. El delito era un fenómeno biosocial y no una simple categoría jurídica³.

En su tiempo las “*investigaciones*” de Voisin, Foville, Marro, Penta, Thomson, Ferri, Sommer, Van Hamel, Benedikt, Kerella, Mac Donald, Francote, Laschi, Audenino, Litz, Tarnowky, Naecke, Jelgersma y tantos otros, sobre las anomalías morfológicas visibles y mensurables, las deformidades y las divergencias del tipo medio, constituyeron el arsenal científico sobre el cual se formó la biología del delincuente.

De Lombroso es mucho lo que se sabe y se ha dicho. En 1.876 publicó “*El hombre delincuente*” (L’Uomo delinquente) que comenzaba con un minucioso y completo examen de 66 cráneos de delincuentes italianos seguido por otro examen referido a la antropometría y la fisonomía de 832 delincuentes italianos, determinando así diversas variables⁴. En la cuarta edición de este libro, Lombroso recoge los tipos básicos del delincuente nato, loco moral, epiléptico, de ímpetu o pasión, loco y delincuente de ocasión. Claro está que el más conocido fue el “*delincuente nato*” que respondía a una fuerte carga biológica que lo hacía definir como “*un ser atávico*”, es decir un ser cuyo carácter y naturaleza era de los antepasados del hombre o la de los seres prehumanos, por lo que el delincuente nato era sin duda **un sujeto diferente** del ciudadano normal⁵. Finalmente hay que

³ Ingenieros, José; “Criminología”, editorial Talleres Gráficos I.J. Rosso, Buenos Aires, 1916, ps. 100.

⁴ Serrano Maíllo, Alfonso; “Introducción a la criminología”; Editorial Ara, Lima, 2004, ps. 112.

⁵ Puede observarse idéntico discurso en el Derecho Penal del Enemigo, donde el “enemigo” lo es porque es diferente al ciudadano.

destacar que debido a su atavismo, los delincuentes natos poseían rasgos físicos característicos que los hacían fácilmente reconocibles.

Sintéticamente en sus cinco ediciones de “L’uomo delinquente” este médico estableció la teoría del delincuente nato encontrando en el delito, una forma atávica de conducta, un mandato genético que tenía como producto un anormal del género humano (física y psíquicamente). Ya en 1882 esta tesis tuvo importantes contactos con el delincuente incorregible (Von Liszt), que hay que inocuizar, pues pedagógicamente no se lo puede abordar. Entonces se justificaba la pena a perpetuidad.

También el positivismo sociológico de Ferri (1927) receptó con beneplácito la idea lombrosiana, pues aquí el delincuente –preferentemente vago, marginal- no tenía sentido moral. En esta misma orientación diré que Jakobs es el novel positivista que a partir del año 2001 estigmatiza al delincuente nato como enemigo, bajo un análisis sociológico comunicacional.

Durante muchos años este conjunto de prácticas discursivas (Zaffaroni), que llamamos Criminología, ha sido utilizado como herramienta en diferentes momentos para explicar y justificar la represión llevada a cabo por el poder punitivo del Estado. Valga también la reflexión, que parte de la academia ha sido históricamente, un respaldo más que importante para los gobiernos autoritarios.

La detergente marea de anglo americanización ha violentado el sentido de lo Europeo. Aquello que admiraba William Blake en su idea de “*la sacralidad del detalle mínimo*” que ponía de manifiesto la profunda aceptación a la diversidad lingüística, cultural y social que alguna vez soñó la Europa de Carlomagno, hoy se ha abandonado. Se han retomado los odios étnicos, los desaires chauvinistas y las ideas de inhumanización del

“*adversario*”. El concepto de “*diferente*” ha tomado tal cuerpo en el imaginario colectivo que, hoy por hoy, todos desconfían de todos.

Si en algo triunfó Lombroso fue porque logró interpretar el sentido del “*otro*” que estaba insito en los distintos imperialismos Europeos de todos los tiempos.

Esta idea del “otro” reza así: “*nosotros somos lo que el otro no es. El “otro” es lo que nosotros decimos que es*”.

3) Primera falacia: “represión igual a solución”

La consigna represiva nunca fue buena compañera en la gran batalla que se libra contra el delito. Se sabe a ciencia cierta que la prevención es la única salida posible.

Insisto en mi tesis: “sólo reduciendo la violencia, en todas sus formas y géneros, el derecho penal estará a resguardo”.

Carvalho pregonaba utilizar el derecho penal como reducción de la violencia y del ejercicio del poder⁶. Es que la violencia se muestra en todas las dimensiones posibles: en la vida, en la sociedad, en las instituciones, en la política, en la calle, en la academia, en las letras, etc. Pero esencialmente hay que corregirla en forma urgente EN EL AMBITO FAMILIAR. Aquí está la piedra angular que sostiene “el arco de los ilícitos” penales.

⁶ Carvalho, Salo; “Pena y garantía”, 2da. Edición, Río de Janeiro, Editorial Lumen Iuris, 2003, ps. 142/147.

Cuando se sostiene la falacia que reza: “*la represión hace el derecho*” se cumple lo que técnicamente en estricta lógica se denomina “**argumentum ad baculum**” (apelación por la fuerza). Así “el uso y la amenaza de los métodos de “mano fuerte” para doblegar opositores suministra ejemplos contemporáneos de esta falacia... el “argumentum ad baculum” significa la guerra o la amenaza de guerra”⁷.

La fuerza represiva suele estar violentamente dirigida a sectores de la población que son vulnerables (por extrema pobreza, inmigrantes, etc.). La confusión está a la vista y debe ser corregida, pues política criminal no es seguridad ciudadana solamente. La política criminal compromete “algo más”, ese algo más tiene por cenit los principios de los derechos humanos.

No hace falta ser un eximio criminólogo para comprender que la política criminal no sólo debe orientar al Derecho Penal –en la legítima aspiración de Roxin- sino nutrirse de cuanta disciplina sirva para que el flagelo del delito no sea más que la consecuencia irreversible de la desnutrición infantil, la falta de vivienda, la desocupación laboral, la droga temprana, la violencia intrafamiliar, la escasez de escuelas, la pobreza extrema, la judicialización e institucionalización prematura, la ausencia de asistencia sanitaria.

Es obvio que “no existe verificación empírica de que el aumento de la pena, tenga un mayor efecto preventivo”. Es que “con aumento de penas no se resolverá el problema”⁸, actuando el Estado como aquellos ilusionistas que por efecto del birbirloque hacen creer que una moneda está en una mano cuando en realidad está en otra.

⁷ Copi, Irving; “Introducción a la lógica”; Editorial EUDEBA, Buenos Aires, 1968; ps. 62.

⁸ Sáez Capel, José; “Apareció un cometa, un nuevo Mesías de la seguridad”, Revista Urbe et ius, Edición II, Buenos Aires, 2004, ps. 29.

La reflexión es fatal: hace tiempo que el Estado en Latinoamérica ha decidido suicidarse en materia de prevención. La dogmática jurídico penal aún está a salvo. Para ello una alternativa probable es pensar con categorías o institutos apropiados para Latinoamérica. Tautológicamente sería no más que una visión Latinoamericana del conflicto para la región.

4) La eterna imagen que se refleja

“... y todavía sufrimos por la puerta que no nos atrevimos a abrir y por aquella otra que no debimos haber abierto nunca...” (Mario Trejo)⁹.

Se suelen reeditar ideas. Los autores insisten en hablar de los otros autores. Se citan entre sí. Pocas novedades inmersas en un “refrito” de pensamiento decimonónico.

Hoy la “Biopolítica” ha pensado los límites inestables entre lo humano y lo animal, lo monstruoso, lo impersonal, etc. Es decir, la frontera porosa que separa la vida humana de los “otros”. Esto implica un giro copernicano en el pensar y en el sentir. Al menos algo nuevo que compromete al hombre se está diciendo.

Sin perjuicio de desarrollar este tópico en otro apartado (ver biopolítica y derecho penal) lo trascendente es que volvemos a penetrar en el umbral de lo biológico y lo social, aunque ahora con nuevas tecnologías. El mapa del “homo delincuente” vuelve a tener como centro el CUERPO pero gira ahora sobre él nuevas técnicas de sujeción y de normalización, en

⁹ Trejo, Mario; “El uso de la palabra”, Editorial Colihue, Buenos Aires, 1999, ps. 81.

definitiva hay etapas: del biopoder se pasó a la biopolítica y ahora a la tanatopolítica.

Aún no se ha superado el derecho penal de autor. Se sigue discriminando, tal cual se hacía en la Grecia antigua (eugenésicamente).

Buffarini enseña que “estamos ante una vuelta del derecho penal de autor y su cara visible: el estado peligroso sin delito. Ciertas características personales del infractor son las que explican la pena. El proceso sería el siguiente: se comienzan imputando comunicativamente efectos sociales negativos a determinada clase social para luego, una vez creado el estereotipo y objetivado la idea en el imaginario social, castigar por el solo hecho de pertenecer a esa clase. En pocas palabras, se castiga “formalmente” lo dispuesto en la ley penal, pero detrás de ésta se esconde la condición de pobre, de desempleado o de inmigrante.

Agrega que el ser humano se transforma en un engranaje reemplazable de la maquinaria. Se instrumentaliza al individuo en pos de un mejor ajuste del sistema penal, la persona pasa a ser una variable más en un determinado subsistema y su castigo es el medio elegido para estabilizar las disfunciones generales del mismo. La regla universal kantiana es ignorada a costa de la eficiencia.

Señala además que se selecciona la aplicación de medidas de seguridad como pena principal desvirtuando los fundamentos de su utilización. En principio serán pre-delictuales, porque los pronósticos realizados nos dicen que existen grupos que potencialmente son *cometedores* de delito, lo que “por las dudas” no podemos dejar que ocurra. En segundo término, si el delito efectivamente se cometió, las medidas serán neutralizantes con la idea de segregar al infractor por el tiempo más extenso posible.

De allí que vea que el sistema es funcional a un modelo penal como el criticado hasta aquí la excesiva utilización de la figura conceptual del “riesgo”. El término no reviste características definitorias claras y permite su manipulación al ampliar las posibilidades de su aplicación semántica.

Hay un olvido de consideraciones ético – valorativas que conlleva la imposición de cualquier pena. Estas teorías sólo se preocupan de que sus modelos, fórmulas y tablas den resultados positivos, pretendiendo ignorar que el castigo se aplica sobre el cuerpo de un ser humano. Se determinan sanciones que dejan de lado la medida del injusto y de la culpabilidad del acto. La pena deja de aplicarse por el hecho cometido, ya que a partir de los complejos estudios sobre los riesgos futuros que esa persona genera, su sanción deberá adecuarse a esos estudios. Aunque no todos lo planteen estrictamente de esta forma, si la aplicación de la pena de muerte generara resultados positivos frente al delito y minimizara los costos que debe soportar la sociedad, no habría ningún obstáculo para llevarla a cabo. El principio de proporcionalidad, el principio de humanidad son los grandes ausentes en estos análisis éticos, en fin, es el elemento del que carecen los mismos.

La producción simbólica de normas penales a las que estamos acostumbrados en nuestro país por la cual se aumentan indiscriminadamente las escalas, están justificadas y son válidas más allá de su eficacia práctica, porque en términos de costos sociales implican un esfuerzo económico mucho menor de lo que serían encarar las soluciones plausibles: atacar las causas sociales del fenómeno, mejorar la calidad del servicio de justicia, reforzar el equipamiento y la retribución de las agencias policiales.

Estas teorías se manejan con una antropología personal. Ese hombre económico racional que ante cada decisión hace un cálculo de costos y ganancias, no existe así descrito en nuestras sociedades. Por el contrario

las mismas están habitadas por personas cuyas acciones, sin intención de caer en un determinismo absoluto, son influenciadas, en una medida que no puede soslayarse, por ciertos condicionamientos presentes en las estructuras sociales. Desde Marx hasta los descubrimientos del inconsciente de Sigmund Freud, junto a los análisis de Foucault, Althusser, Saussure por citar algunos autores no son tenidos en cuenta por estos estudios.

Esa construcción inicial de homo racional, libre en su elección y con una cantidad suficiente de información para decidir, es ciega a la realidad, hace tabula rasa con las desigualdades sociales y materiales evidentes en una sociedad, pretendiendo encubrir la diferenciada circulación de información según posiciones sociales. En suma, construye una sociedad ideal que, como recurso heurístico, es funcional al mantenimiento del status quo y a la propagación de sus ideas.

Se desentienden de las investigaciones sobre las causas generadoras de la criminalidad. Eso formaría parte de la vieja criminología que ha quedado olvidada. Lo importante no es saber por qué delinquirió, en principio porque no se valora la situación personal del individuo, y además porque esto nada cambiaría en una estructura social que ya está realizada en sus objetivos.

Subraya que al legitimar discursivamente el statu quo, cierran, a la manera hegeliana, la historia de la racionalidad universal. El espíritu racional se ha depositado en el Estado capitalista neoliberal, el cual, luego de la caída del muro de Berlín, ha logrado el consenso necesario para no permitir diferencias en su seno. El decreto que pone “fin a las ideologías” desarrolla el castigo en dos momentos temporales distintos: al inicio, si el poder es racional no puede tener fallas en sus mecanismos, por tanto el infractor es considerado formalmente libre al elegir y debe ser castigado. Luego, esa infracción coloca al individuo fuera de la racionalidad en que vive la sociedad, por tanto, el castigo debe ser materialmente el necesario para un irracional.

Este autor entonces entiende que existen dos lentes distintos para el mismo sujeto: Se lo visualiza como racional para poder seleccionarlo, pero a la hora de la aplicación del castigo, se critica su irracionalidad de pretender negar con su actitud una estructura social que a puesto fin a la historia y debe por eso ser aceptada”.

La conclusión a la que arriba de Buffarini es fatal. Dice: “Debo reconocer que la última afirmación puede devenir una ilusión teórica frente al momento histórico que nos toca transitar. Luego del 11 de septiembre del 2001 el modo de entender las libertades, los derechos y las garantías ha cambiado abruptamente. Sin dudas estamos inmersos en una etapa que llamaría de la *globalización punitiva* (¿no es bueno pertenecer al primer mundo?), lo que nos incluye en esta resurrección de teorías que el supuesto progreso de la racionalidad humana pretendía haber olvidado para siempre. Está acertado el profesor Zaffaroni cuando comenta que nunca puede hacerse historia de los discursos sobre el castigo penal porque los mismos no pertenecen al pasado ya que están siempre vivos. Reformulo la metáfora: están dormidos, pero en determinadas circunstancias históricas favorables a ciertos grupos de poder, los despiertan con toda la fuerza.

Las reformas apuntadas entran en el mismo análisis: la sensación de inseguridad que construyen los mass media y que consume una sociedad atemorizada, da cabida a la visión amigo-enemigo tipo Carl Smichtt lo que legitima que el modelo de la incapacitación tenga alta aceptación más allá de ser una solución práctica mentirosa. De esa manera el hecho de prolongar el tiempo que pueda estar una persona en prisión, sin discriminar su calidad de procesado o condenado (si lo detuvieron por algo será), produce un efecto de tranquilidad

transitoria porque se estaría reduciendo el peligro futuro al estar depositando de por vida a la parte “peligrosa de la sociedad”.¹⁰

5) El derecho penal convexo o del enemigo

El derecho penal del enemigo no es más que otro “refrito”. Una vuelta de tuerca más al totalitarismo. Por lo que se puede afirmar sin temor alguno que se trata de una idea agotada en sí misma. Propuesto académicamente por Jakobs en 1985 obtuvo su partida de nacimiento en el año 2001 (ver punto 6).

Su resurgir guarda ligazón con la expansión del derecho penal, con el punitivismo y el derecho penal simbólico. Es así un “**no derecho penal**” que sirve funcionalmente al poder económico. Guantánamo¹¹ es sólo un exponente del espejo convexo.

En lo prístino el Derecho Penal del Enemigo (D.P.E.) se sustenta en TRES principios filosóficos falsos: El *primero* dice: “**no todos somos iguales**” ante la ley.

Si bien es una realidad palmaria hoy en día de las marcadas desigualdades sociales, económicas, culturales, etc. la ley debe estar

¹⁰ Buffarini, Mariano; “Las ¿nuevas? Economías del castigo penal; Revista: “El derecho penal”, Editora Universidad Católica Argentina, Revista El derecho; Noviembre 2004, ps. 20/23.

¹¹ Villar, Mario; “Los detenidos de Guantánamo y el frente judicial”, en www.diariojudicial.com El tema de este comentario es el caso “Boumediene v. Busch”. Se trata de un caso en que treinta y siete detenidos en la cárcel militar de Guantánamo solicitaron un habeas corpus. Estas personas llevan, al menos, seis años de detención sin haber sido notificados de los hechos que se les imputan. Ni han sido llevados ante un juez imparcial, en todo ese tiempo.

necesariamente para subsanar, corregir, atemperar, estas diferencias. La ley debe igualar¹².

Afirmar la desigualdad ante la ley es una regresión exagerada, abrupta y nefanda. Además, tal propuesta violenta la norma fundamental y los tratados de Derechos Humanos.

En definitiva debe ser rechazada toda idea que intente quitarle a un sujeto de derecho su condición humana.

El *segundo* principio del derecho penal del enemigo sostiene: **“que el ser humano no es un ser humano, es una persona”**. Este tema ya se vió en Kelsen y fue magistralmente superado por Carlos Cossio con su teoría Ecológica del Derecho.

El *tercero*, que pertenece al arte del birlibirloque, considera que **“una persona puede ser persona o no persona”**.

En palabras más simples el DPE del enemigo podría asignarle la calidad de ciudadano a un sujeto y luego quitársela para equipararlo a “un animal peligroso”¹³. *Jakobs* tiene por cierto que el individuo puede perder por su conducta el status de ciudadano – la “exclusión” en una sociedad libre, dice con claridad, es siempre “autoexclusión”. Es así entonces que este Profesor radicaliza uno de los dogmas básicos del liberalismo: la idea de prestación (*Leistungsgedanken*). Aquí el sujeto no se decide por su origen sino por sus prestaciones. Lo que sería el núcleo duro de la personalidad

¹² Cuando Carlos Cossio en el año 1940 inventa su Teoría Ecológica del Derecho dice que la justicia es la “creación de igualaciones en libertad”.

¹³ Ver palabras usadas por Günther Jakobs en www.lanacion.com.ar/cultura/nota/asp_id_826258, Diario La Nación, Argentina de fecha 26 de Julio de 2006. También ampliado en Villamor Lucía, Fernando; “Una aproximación al derecho penal del enemigo”, Editorial Popular, La Paz – Bolivia, 2007.

jurídica, por ejemplo la dignidad humana, no debe poder anularse por la posición de portador de derechos humanos innatos e inalienables. Es decir, lleva la idea de prestación (liberal) a lo máximo haciendo desaparecer el paternalismo y lo que ha venido a llamarse la inalienabilidad de los derechos humanos.

En prieto resumen: al hombre se le niega la calidad humana y la de persona también. Un problema ontológico y teleológico a la vez.

Veamos un esquema de la falacia:

El ser humano	----- ¿es?-----	persona
La persona	-----es-----	ciudadano
La no persona	-----es-----	enemigo

En este sencillo resumen puede observarse que se alteran todos los principios aristotélicos del silogismo¹⁴.

Más sencillo y justo sería decir:

Todos los seres humanos son personas.

El Señor/a "X" es ser humano.

El Señor/a "X" es persona.

Hay que alejar las tediosas y brutales comparaciones del ser humano con el "animal peligroso", como ha afirmado Jakobs. Tal degradación resulta incompatible con el derecho.

Esta relación de seres humanos con animales se ha "posmodernizado".

¹⁴ Que debería ser: premisa mayor: todos los seres humanos son personas; premisa menor: Juan es ser humano; conclusión: Juan es persona.

Negri al referirse a la multitud critica esta posición al decir: “cuando un monstruo asedia al mundo, es preciso aferrarlo, aprisionarlo, enjaularlo. El filósofo del poder debe comprometerse en esa obra...es válido para la práctica eugenésica del poder. Para la eugenesia, el poder está siempre implantado a partir de una regresión infinita que culmina en el presente “blut und boden” o “Heimant und Volk”¹⁵.

Abroquelados en sentimientos autoritarios los defensores del derecho penal del enemigo trazan una barrera infranqueable creando un derecho penal especial, pues esto implica un “derecho de veras” que es solo para nosotros, en tanto “ellos” son preferentemente descartables¹⁶.

Veamos: “En la tesis de Schmitt la política aparece como vía necesaria para modificar el derecho vigente y ajustarlo a las necesidades o intereses actuales de los ciudadanos en confrontación con el enemigo.

De este modo, Schmitt y Hobbes coinciden en el criterio legitimador del derecho, y así lo expresa con claridad el autor alemán al decir que Hobbes ha afirmado una y otra vez *“que la soberanía del derecho significa únicamente la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas, que el imperio de un ‘ordenamiento superior’ no es más que una frase vacía sino posee el sentido político de que determinados hombres pretendan gobernar, sobre la base de este ordenamiento superior, sobre personas de un ordenamiento inferior”*

Lo político se define, según Schmitt, como una decisión constitutiva y polémica, ya que por medio de ella se determinan los contenidos en torno a los cuales se va a configurar la identidad de un pueblo;

¹⁵ Negri, Antonio; “El monstruo político. Vida desnuda y potencia”, en “Ensayos sobre biopolítica”, Editorial Piados, Buenos Aires, 2007, ps. 113/114.

¹⁶ Guibourg, Ricardo; “El punto de vista en el derecho”, La ley, 26/10/2006, ps. 3.

a la vez es polémica porque a través de ella se establece lo político como relación amigo-enemigo, que se produce tanto hacia el exterior, en la relación con otros pueblos y/o Estados, como hacia el interior, frente a aquellos que no comparten o respetan la identidad concreta y específica del Estado.

El enemigo político no necesita ser moralmente malo, simplemente es el otro, el extraño y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto en un sentido particularmente intensivo

A partir de estos conceptos Jakobs elabora la idea de derecho penal del enemigo separándolo de un derecho penal del ciudadano, sosteniendo que el primero se aplica sólo a pocos casos y no debe contaminar al segundo.-

Para clarificar más aún, Ciudadano y Enemigo son términos contrarios.

Silva Sánchez ha pretendido mitigar estos virulentos conceptos de Jakobs interpretándolo favorablemente. Entiende Silva que el "enemigo" de Jakobs conserva aún su "status civitatis", por tanto se le restringen algunos derechos, ya que la "enemidad" no es absoluta. Que no se lo trata como un animal peligroso y que el término no persona debe ser interpretado más allá del nominalismo por lo que se trata solamente de adelantamiento de la intervención, no limitación de pena y limitación de garantías procesales¹⁷.

Lo tangible y veraz, es que Jakobs propone un derecho penal autoritario que puede dar respuestas a los casos extremos (terrorismos, etc) donde las herramientas del derecho penal del ciudadano (el liberal) serían

¹⁷ Silva Sánchez, Jesús-María; "Los indeseados como enemigos", www.criminet.ugr.es; 31/01/07.

insuficientes. El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

El discurso encubre un inequívoco peligrosismo (obviamente, a priori) donde la estigmatización del caso como enemigo responde más al autor que al hecho (aunque tiene la franqueza de no disimularlo). Una vez establecido como derecho penal del enemigo no existen herramientas jurídicas para poder salirse de tal estigmatización”¹⁸.

Este derecho penal convexo responde al poder autoritario y discriminador. Donde se pretende crear o mantener una política de opresión y represión. Dice Zambrano Pasquel: “el derecho penal se presenta así como un instrumento de poder, que acude a la ideología de la injusticia y del bien común, pero que en verdad sólo pretende mantener el orden y la dominación”¹⁹.

¹⁸ Castex, Francisco y Fernández, Rocío; “Bucéfalo y el derecho penal del enemigo ...”, www.eldial.com.ar/suplementos/doctrina.

¹⁹ Zambrano Pasquel, Alfonso; “Derecho Penal. Parte General”, 3ra. Edición, Lima, ara Editores, 2006, ps. 416.

6) El enemigo y Derecho Penal del enemigo

En la academia moderna se ha inventado un espejo que al colocar un ser humano frente a él devuelve la imagen del “enemigo”. Pawlik, sin tapujos, dice que es “el Islam”. Leyes de diversos países (Italia, Inglaterra, etc.) dan cuenta que es el “inmigrante” ilegal (en su mayoría latinoamericano, asiático o africano).

El profesor Jakobs relata que “los enemigos” son individuos que en su actitud de vida, económica o incorporándose a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental. Así, de esta forma no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran éste déficit por medio de su comportamiento. Se trata de individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc. Puede verse entonces que estos infractores son analizados maniqueamente por el Profesor Alemán, que sin ningún sustento comprobable les asigna un “estado” a personas que han cometido un delito determinado. Con el apotegma jakobiano si se trató de un solo hecho (de terrorismo por ejemplo) ya esa condición de enemigo le cabe igual, sin perjuicio de otras valoraciones, las cuales –de suyo- concentran en manos del instructor un poder desmesurado y antigarantista.

Con base en Hegel dirá: “El mandato del derecho es por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas”²⁰.

En síntesis, este “derecho penal del enemigo” sostiene: a) el adelantamiento de la punibilidad; b) la falta de una reducción de la pena proporcional; c) la supresión o el debilitamiento de las garantías procesales;

²⁰ “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”; Jakobs, G.; pág. 39, Editorial Civitas, año 1996.

d) el desapego de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Tribunales Internacionales.

La idea del DPE se contraponen al “status” del ciudadano. De allí que Jakobs propugne que sea situado en “una posición autónoma”²¹.

Sólo el ciudadano se encuentra vinculado con el derecho. Por eso el delito de un ciudadano es un “desliz reparable”, una cuestión “normal”²², pues el criminal (léase normal) tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad. En esta inteligencia, Silva Sánchez explica que el *tránsito* del ciudadano al enemigo “se irá produciendo por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas”²³. Esta situación de peligrosidad real – según éste Maestro- debe ser enfrentada de un modo expeditivo, eficaz.

El enemigo de Europa y por extensión para “parte de la academia” en los tiempos que corren, tiene nombre y apellido: terrorismo islámico. Así se refiere Pawlik haciendo fuertes consideraciones referidas a la “guerra” que plantea el terrorismo internacional, apegándose a las ideas básicas de Carl Smith. Sostiene “Como fundamentación me permito remitirme a las dos conclusiones principales... *Primero*: si el terrorismo representa un equivalente funcional de la tradicional guerra de Estados, no es posible soslayar lo que esta conclusión encierra: la lucha contra este terrorismo apenas tendrá lugar sin normas que contengan elementos del derecho de la guerra o similares a éstos. *Segundo*: dado que el terrorismo se

²¹ Jakobs, Günther; “La pena estatal: significado y finalidad”; en Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, 5, año 2004, Editorial Grijley, ps. 220.

²² Ambas expresiones entre comillas son poco felices. Jakobs las menciona, sin rescatar la victimología.

²³ Silva Sánchez, Jesús; “La expansión del derecho penal”, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2001, ps. 164 y siguientes.

caracteriza por su renuncia a toda forma simétrica de lucha, el sistema de reglas que se busca no podrá ser de la especie del clásico derecho internacional de la guerra ni de la del actual derecho internacional de los conflictos armados no internacionales, que se basan en el principio de la simetría y la reciprocidad. En particular no existe ninguna razón para acordar a personas, cuya estrategia consiste en eliminar la diferencia entre combatientes y no combatientes, las ventajas del status de combatiente y de prisionero de guerra. “*A crime is a crime is a crime*”, habría dicho alguna vez *Margaret Thatcher* respecto de actos terroristas violentos y al respecto nada hay que agregar... Por lo tanto, lo específicamente nuevo del sistema jurídico para la lucha contra el terrorismo moderno radica en la conexión de una estructura normativa asimétrica básica -defensa del derecho frente la negación del derecho- con medios análogos a los del derecho de la guerra. La estricta distinción entre un orden pacífico, normativamente asimétrico en la forma del derecho de policía y del derecho penal, autorizaciones de intervención relativamente estrechas, por un lado, y un derecho de la guerra, basado en las más robustas premisas de una simetría normativa entre las partes del conflicto, está -y en ello tienen razón *Beck* y *Schäuble*- superada por la realidad. Esta conclusión es considerada todavía hoy en día como escandalosa. Pero, ello no significa, de todos modos, que la legislación y la práctica jurídica renunciarían a la necesidad de la defensa contra el terror. No; son necesarias, pero se las viste con las formas exteriores, a primera vista más aceptables del tradicional derecho de defensa frente al peligro, es decir, el derecho penal. En lo que sigue explicaré con el ejemplo del derecho penal las consecuencias totalmente inaceptables a las que conduce esta manera de proceder...”. Luego acota: “Si alguien está dispuesto a volar por los aires al tiempo que hace explotar una bomba”, se lee en un expresivo comentario de la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ), “ya no hay nada

que pueda disuadirlo”>; por lo tanto, opina el Senador para Interior de Berlín *Körting*, tiene que poder ser “retirado del tráfico”²⁴

Prácticamente la doctrina garantista se ha unido en forma pacífica y unánime contra la posición de Jakobs, recrudescida por Pawlik. Creo que no alcanza a advertir claramente el Profesor Michael Pawlik es que el Islam ya es Europa. Que la nueva geografía europea y su población así lo determinan y seguramente subsistirá por mucho tiempo. Esto es una verdad insoslayable que no muchos quieren o pueden aceptar, precisamente porque estos datos del “nuevo paradigma” poblacional y cultural son para los cultores del “viejo paradigma” *invisibles*.

En base a esto es necesario hacer una pausa en el relato para remarcar que el concepto de ENEMIGO no debe pertenecer al Derecho Penal. Es una concepción política, hasta filosófica si se quiere, pero no de derecho penal.

No seré necio a la hora de aceptar que el término se ajusta a la realidad y que tiene su tratamiento en el derecho. Pero eso es lo que cualquier jurista debe evitar: que el derecho penal sea el receptáculo de cuanta idea nefanda ande dando vuelta por el cosmos. Estas oscuras y bizantinas ideas siempre han clasificado y –en consecuencia- discriminado a seres humanos. Se olvidan que el ser humano es la base del sistema normativo.

Reconozco también que Luhmann indica que lo social no existe fuera de la comunicación, por lo que la sociedad es un sistema que no se compone de seres humanos. Así como sistema sigue las reglas del sistema

²⁴ Pawlik, Michael; “El terrorista y su derecho (Sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno), traducción Enrique Bacigalupo, de su conferencia en el Instituto Ortega y Gasset, Madrid, Año 2008.

biológico y psíquico, es decir autopoietico (sistema que se produce a sí mismo). De allí que Luhmann entienda que el derecho se encuentra desligado de la ética, de la moral y de la política. Estos sólo irritan, hacen ruido pero no influyen directamente en la comunicación jurídica.

Es así entonces que el DPE es una idea que parte de considerar que “los individuos que por su actitud personal muestran de manera reiterada el deseo de delinquir no son consideradas personas, sólo individuos. Son enemigos de los que sí son personas. Y para ellos de deben reducir las garantías. Con ellos la pena ya no busca afirmar la vigencia de la norma sino asegurar el mantenimiento extramuros de la sociedad de estos individuos. Lo importante para ellos es la inocuización, su exclusión”²⁵

Jakobs esgrime a favor del DPE el siguiente argumento de defensa diciendo: “yo doy otra respuesta: el derecho excluye al enemigo, pero en una forma y modo que vincula a los ciudadanos (por eso, Derecho penal enemigo)”²⁶.

Al cuestionarlo se puede adherir a la crítica de Morin que decía: “el error, la ignorancia y la ceguera progresan al mismo tiempo que nuestras certidumbres...”²⁷. Pretende Jakobs decir una verdad reafirmando una falacia, pues esa calidad de derecho que vincula ciudadanos, por la misma relación dialéctica, se torna endeble y lo que hoy son ciudadanos mañana por mera presión política son enemigos y viceversa.

²⁵ Guerrero Agripino, Luis; “La seguridad pública en el contexto general del sistema de justicia penal y la política criminal”, En Revista de la Universidad de Colima, “De jure”, año 5, nro. 3, Colima, México, año 2005, ps. 135.

²⁶ Jakobs, G.; “El fundamento del sistema jurídico penal”; Editorial ARA, Lima, 2005, ps. 11.

²⁷ Grinberg, Miguel; “Edgar Morin y el pensamiento complejo”, Editorial Campos de Ideas, Madrid, 2002, ps. 11.

Se observa que Jakobs ha abandonado la idea que el hombre pueda ser libre. “La teoría de Jakobs tiende a someter por completo al individuo a las finalidades sociales, ha dejado ya de aplicar el funcionalismo como mero “método de observación” de un statu quo determinado para representar un “criterio de decisión” (statu quo como sistema funcional que debe ser mantenido)²⁸. Aquí pone distancia con Kant (en cuanto el hombre es un fin en si mismo y no un medio) al aceptar que el individuo puede ser “sacrificado” en aras de lo que la sociedad exija en un lugar determinado. Por lo que al derecho penal sólo le asigna una cuestión **interpretativa**.

Ahora con el DPE el fin pasa a ser la seguridad cognitiva, ya no de la conservación o mantenimiento del sistema, como cuando se sanciona en contra de los delitos comunes. Las ataduras tienen que ver con un Estado de libertades; quien las desata –diría Jakobs- abandona ése modelo de Estado. Lo que hay que hacer entonces, piensan estos sostenedores del DPE, es una regulación jurídica de exclusión de los enemigos, combatiendo los “peligros”, es decir los hechos futuros.

En resumen: para Jakobs el derecho penal del enemigo cuenta al menos tres elementos: a) se constata adelanto de la punibilidad (prospectiva no retrospectiva); b) Penas altas y c) las garantías procesales son reducidas o eliminadas.

En una entrevista sucedida en el año 2005, Jakobs aparece como neokantiano. Sostiene que “el sistema jurídico es un sistema de valores...”²⁹. ¿De valores...? Un Estado fuerte, que es autosuficiente, como lo soñaba Hegel, sería imposible que incursione en esquemas donde todo deba

²⁸ Abanto Vasquez, Manuel; “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, en “Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal”, libro homenaje a Juan Bustos Ramírez, Lima, Editorial Idemsa, 2007, ps. 49.

²⁹ Entrevistador: Jorge Sánchez en www.ilecip.org

ser valorado (como aspiraban los normativistas neokantianos). En esta orientación tenemos el testimonio de Francisco Muñoz Conde quien expresa en “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo” que recibió una carta de Jakobs (fecha el 10 de Setiembre de 2002) adjuntándole una fotocopia de una edición antigua de “La paz perpetua“ de Kant avalando de esta manera una opinión propia³⁰.

La historia de Jakobs con el tema tiene etapas para destacar. “Las primeras referencias a esta tema pueden ser encontradas en un trabajo de Jakobs del año 1985³¹, en el que advertía de qué manera la consideración del sujeto como ciudadano o como enemigo podía quedar reflejada en la anticipación de la tutela penal a los estadios previos. Pero es seguramente en los últimos años cuando el tema del Derecho penal de enemigo aparece en JAKOBS con un delineamiento mucho más claro, dando un soporte iusfilosófico refinado (recurriendo especialmente a HOBBS y a KANT)³² y deteniéndose, ahora sí, en las consecuencias directas que depara esta nueva visión de nuestra disciplina, y con lo que, al fin y al cabo, intenta dar cobertura jurídica a reacciones estatales que *prima facie* son vistas como meras vías de hecho. Por todo ello es que afirme que *"quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una*

³⁰ Ob. Cit, en Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad, Ed. Universidad Central de Chile, 2008, ps. 335.

³¹ Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en ZStW 97 (1985), pp. 751 y ss., especialmente en pp. 755 y ss. (existe versión al español, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" [trad. Peñaranda], en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, pp. 294-298.)

³² Jakobs, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" (trad. Cancio), en Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, p. 25-33.

*reacción frente a un enemigo. Esto no significa que esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario*³³. Del mismo modo, esta carencia de aseguramiento cognitivo quedará materializada en un comportamiento no incidental de un individuo o bien en su ocupación profesional o su vinculación a una organización determinada, con lo que mostraría el abandono de manera presuntamente duradera del derecho, y de allí su consideración como enemigo³⁴.

De esta manera D.P.E. (Feindstrafrecht) lo introduce académicamente en el año 1985 en las Jornadas de penalistas alemanes, celebradas en Frankfurt am Main. Allí eleva una ponencia –que por cierto fue prácticamente desestimada- cuyo título era “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. Aquí trabajaba la idea del principio del acto. Dicho en palabras simples la exigencia de una manifestación al exterior de la voluntad criminal a través de una conducta perturbadora del bien jurídico. También se abordaba la situación de los delitos de peligro abstracto.

En la idea jakobsiana “las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la sociedad y el Estado”³⁵. Obviamente esto lo aparta de la teoría de bienes protegidos y ante la fuerza que cobran términos como norma

³³ Jakobs, “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. (Comentario)”(trad. Manso Porto), en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio (coord. versión alemana Eser/Hassemer/Burkhardt) (coord. versión española Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 58; del mismo, en Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo, p. 40.

³⁴ Jakobs, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, p. 59.

³⁵ Jakobs, Günther; “Derecho Penal”, parte general, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, ps. 650

y sociedad quedamos de cara a las siguientes preguntas: ¿cuál norma jurídica?: las que mantienen la sociedad. ¿Cuál sociedad?: la actual³⁶

Si bien Jakobs ha hecho históricamente un aporte singular y valioso a la dogmática jurídico penal en algún tiempo, es necesario advertir un endurecimiento en su línea de pensamiento que se aprecia con mayor claridad desde el año 2001, específicamente en su concepción filosófica. Es por eso que hoy equipara a los enemigos a “animales peligrosos” asumiendo así una posición discriminatoria para con seres humanos y “peligrosista”. Así lo ratifica al decir: “el sujeto peligroso ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos”³⁷.

Tal vez Jakobs, a partir del año 2004, comienza una línea “atenuada” de la concepción de la pena.

Se recuerda que la misma debía IMPONERSE A COSTA DEL DELINCUENTE. Ahora parece que integra el “dolor”, al decir que el hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción.

El hecho entonces que la pena se mueva en un plano simbólico ha sido rechazada desde plano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena "constituye claramente una expresión del ejercicio del jus puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor,

³⁶ Fernández Carrasquilla, Juan; “Derecho penal fundamental”, 3ra. Edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2005, ps. 652.

³⁷ Jakobs., Günther; ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?; en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 146.

que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía". Agrega que "la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, cons. 94 y 95).-

En España SILVA SANCHEZ quien, no sin algunas reservas, ve posible la presencia de un Derecho penal de penas privativas de libertad generalizado y con una flexibilización profunda de las garantías materiales y procesales³⁸, en casos de delincuencia sexual violenta, terrorismo, tráfico de drogas, etc. El profesor Catalán con su propuesto derecho de tercer velocidad se inclina por endurecer penas e identificarse con este Derecho Penal del Enemigo.

El rechazo que la mayoría de la doctrina evidenció antes estos planteos³⁹, sin embargo, sólo logró ocultar malamente una realidad legislativa y judicial que cada vez asumía de un modo más o menos expreso

³⁸ A favor de las facultades de intervención en la obtención de pruebas, al considerarlas necesarias en la lucha contra determinados grupos de autores, Kuhlen, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, pp. 81-82.

³⁹ En este sentido, Cancio Melia, en *Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo*, pp. 93 y ss., para quien el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas, sino que es un Derecho penal de autor, por lo que al ser un vía de hecho difícilmente pueda hablarse de Derecho para estos casos de reacción punitiva.

la vigencia de esta fenomenología⁴⁰. Esto es también muy claro en la realidad latinoamericana⁴¹, en dónde incluso no se identifica con exclusividad la presencia de este Derecho penal del enemigo con los delitos de terrorismo sino que, dadas las condiciones particulares del entorno, acecha también –según Montiel- contra delitos de lesa humanidad cometidos durante las últimas dictaduras militares y, especialmente en Argentina⁴² —como ya se ha visto—, contra los secuestros que cada vez son más frecuentes y con desenlaces cada vez más violentos⁴³”. Lo grave a mi juicio es que se aplique el DPE contra etnias (ver el caso Mapuche) o contra los vulnerables del sistema penal que son en definitiva los que pueblan las cárceles, consolidando así el sistema la desigualdad⁴⁴

El derecho positivo penal alemán, al que presupone legítimo, gira permanentemente en la tesis jakobiana. Percy García Cavero –con cita de Silva Sánchez- nos ilustra diciendo: La construcción de la teoría del delito y de la pena debe estar guiada únicamente por la función social del derecho

⁴⁰ No nos animaríamos a juzgar con seguridad la ausencia de aportes doctrinales en nuestro entorno que dan un margen de apoyo a esta nueva legislación; Carrera, “Terrorismo”, en Revista de la Facultad de Derecho (NS), Vol. 4 N° 2, Córdoba, 1996, p. 109, advierte respecto a los delitos de terrorismo que en “estos hechos se crea lo que técnicamente se llama un estado de necesidad, es decir, un conflicto ineludible entre dos valores; o el imperio del derecho o una vida; o el criminal mata a un hombre o la autoridad mata a la ley”.

⁴¹ Resaltando su presencia en el Derecho penal colombiano, especialmente en materia de terrorismo, Cancio Melia, en Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo, p. 93.

⁴² Esta opinión de J.P. Montiel no la comparto. Creo que en materia de DDHH si son necesarios los “anclajes” del derecho, donde no puede ni debe haber discusión en torno a lo que se debe defender.

⁴³ Juan Pablo Montiel: trabajo inédito denominado: “Peripecias político – criminales de la expansión del derecho penal”.

⁴⁴ Guimaraes, Claudio; “Funciones de la pena privativa de la libertad como sistema de producción capitalista”, Memorias del XVIII Congreso latinoamericano de derecho penal, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Editorial Leyer, 2006, ps. 328.

penal (el mantenimiento de la vigencia de la norma) lo cual, por otra parte, significa una renuncia a pretensiones político criminales trascendentes⁴⁵.

Hay que considerar que Jakobs intenta sostener un SISTEMA. Si uno acepta las “reglas” del sistema probablemente pueda entender y compartir su pensar. Hay que aceptar los roles, en la sociedad como sistema y en el mantenimiento de la norma⁴⁶. Algo similar ocurre en quien Jakobs refiere como fuente filosófica: Hegel. Para creer en él hay que aceptar que “todo lo real es racional y todo lo racional es real”, luego con la “llave” de la dialéctica en la mano (como unidad de los contrarios) se podrá “ingresar” al sistema hegeliano, que para muchos sigue siendo un laberinto.

Véase que cuando el derecho positivo alemán entendió legítimo que los aviones que eran conducidos por terroristas pudieran ser derribados en el aire aún existiendo pasajeros civiles (inocentes) a bordo, la Justicia decretó que esas normas eran inconstitucionales. Obviamente no es la primera vez que el derecho positivo alemán viola derechos humanos y garantías constitucionales. Tampoco es la primera vez que la jurisprudencia y parte de la doctrina alemana sale a resguardar el bien ganado prestigio jurídico germánico.

En esta línea de investigación, si tomamos como base que el hombre persigue fines, que puede transformar el ambiente, que es capaz de dirigirse, desenvolverse y formarse, es obvio que sea sujeto de resguardo normativo. El hombre se presenta ante nuestros ojos con toda la

⁴⁵ García Caveró, Percy; “Tendencias modernas en la dogmática jurídico penal alemana”, Revista de Derecho, Universidad de Piura, Perú, volumen 2, año 2001, ps. 184.

⁴⁶ Parma, Carlos; “El pensamiento de Günther Jakobs”, 2da. Edición, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003, ps. 25.

potencialidad del espíritu humano: libre, germinal y jugoso⁴⁷. El derecho debe estar a la altura de tan digna y sagrada imagen.

Cancio Meliá dice que en España Silva Sánchez ha incorporado el fenómeno del derecho penal del enemigo en su propia concepción político criminal⁴⁸. A mi juicio esto no es realmente así pues lo que intenta el Maestro Catalán es “atemperar” la posición de Jakobs con interpretaciones “en buena parte”.

“La observación sobre los aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales – según Silva Sánchez- ha llevado a considerar la existencia de un Derecho Penal de tres velocidades. La primera caracterizada por aquel conjunto de normas que imponen sanciones privativas de la libertad; aquí corresponde mantener los principios, las garantías procesales y las reglas de imputación clásicas. En segunda velocidad se encuentran las regulaciones que imponen penas privativas de derechos o pecuniarias, y debido a la menor gravedad de la sanción, bien puede producirse una flexibilización proporcional de los principios y reglas de imputación tradicionales. La tercera velocidad es la que aquí interesa en particular; en ella se aglutinan las normas que imponen penas privativas de la libertad, a la vez que se produce la flexibilización mencionada en el punto anterior. Esta tercera velocidad coincide en lo básico con el derecho penal del enemigo.

Ahora bien, esta herramienta deberá ceñirse a lo estrictamente imprescindible para hacer frente a fenómenos de especial gravedad. La aplicación de esta tercera velocidad, debería poder justificarse conforme al

⁴⁷ Parma, Carlos; “Culpabilidad. Lineamientos para su estudio”; Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, ps. 69.

⁴⁸ Cancio Meliá, Manuel; “De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?”, Memorias de XVIII Congreso Latinoamericano de derecho penal y criminología, Universidad Nacional de Colombia, Editorial Leyer, Bogotá, 2006, ps. 490.

principio de proporcionalidad y evitando cualquier contaminación con el derecho penal de la normalidad. En casos como los de criminalidad de Estado, terrorismo, o crimen organizado, aunque el derecho penal del enemigo sea un mal, cabría admitir que este pudiera constituir el mal menor. Ahora bien, esta admisión con reserva y ceñida a lo estrictamente imprescindible no es lo que sucede en la realidad actual del Derecho Penal. Inversamente, los Estados occidentales van incorporando en forma aparentemente cómoda, una lógica de emergencia permanente o perpetua. Lo recién apuntado refuerza la idea de que esta tercera velocidad (o derecho penal del enemigo en la terminología de Jakobs), irá estabilizándose y ganará terreno. El Derecho penal del enemigo se ha puesto de manifiesto en España, sobre todo en lo que hace a la legislación antiterrorista consagrada en algunos tipos del Código Penal de 1995 y a raíz de la reforma introducida por la ley orgánica LO.7./2000⁴⁹.

Sintetizando entonces, acierta Muñoz Conde cuando sostiene que el derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso⁵⁰.

Finalmente es dable remarcar que esta terminología con carga negativa: DPE, tiene en la historia de la humanidad destacadas referencias filosóficas, cuyas críticas bien ha agotado el Profesor Gracia Martín⁵¹.

⁴⁹ Marín Fraga, Facundo; “Derecho penal del enemigo”, www.eldial.com

⁵⁰ Muñoz Conde; “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo”; Editorial tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ps. 118.

⁵¹ Gracia Martín, Luis; “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”; en <http://criminet.urg.es/recpc> 07-02 (2005). También puede verse su

Esto nos aproxima a una primera conclusión: los Latinoamericanos (y otros tantos habitantes del planeta) hemos llegado tarde al banquete de la posmodernidad. Esto nos hizo irremediablemente *diferentes*. Europa ha sido entrenada para ver en el prójimo una amenaza y no una promesa. La política y parte de la academia están sirviendo “funcionalmente” a un proceso de discriminación global⁵² sin precedentes, cuya comprobación con la realidad es irrefutable.

7) El Estado de excepción... La “nuda vida”

El posmodernismo hace de la excepción la regla. Giorgio Agamben –con base en Benjamín- lo ha expresado hasta el cansancio en todas sus obras: “la suspensión del orden jurídico ha sido una constante en este siglo” y esto ha desatado una “guerra civil legal”. Dicho en forma simple: el estado de excepción se presenta como una forma legal de lo que no puede tener forma legal.

Se trata -según este filósofo italiano- de reducir el ser humano a la “nuda vida”, es decir, individuos despojados de su condición de ciudadano y reducidos a simple existencia⁵³. El estado de excepción crea una especie de “limbo legal” en el que se suspende todo estado de derecho. Los individuos desprovistos del derecho y en muchos casos de humanidad, pasan a estar en disponibilidad; con sus cuerpos todo o casi todo puede hacerse. Cuando la excepción es la regla, se celebra el triunfo del totalitarismo. No hay para

publicación “Derecho Penal del enemigo”, Editado por la Universidad Central de Quito, Ecuador, año 2008.

⁵² Puede verse toda la obra de Pierre Bourdieu, sociólogo francés (1930-2004), en busca de “intelectuales críticos que se opongan a la McDonalización del pensamiento”.

⁵³ Agamben, Giorgio; “Estado de Excepción”, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005.

Agamben retorno posible desde el estado de excepción en que vivimos al estado de derecho, por eso hay que denunciar la ficción de la articulación entre violencia y derecho, para abrir allí el campo de la política, superando la falsa alternativa entre poder constituyente y poder constituido, entre violencia que pone el derecho y violencia que lo conserva. Agamben remata pensando en la posibilidad de un mesianismo no apocalíptico, como alternativa diferente de la modernidad.

De frente a esta visión Jakobs dice que “el Derecho Penal del Enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente”⁵⁴. Lo cierto es que se ha hecho de la “legislación de emergencia una cultura”⁵⁵.

Pawlik indaga sobre esta expresión de “excepción” diciendo: “...los científicos, que se apresuran –como ha criticado *Di Fabio*- a lanzarse en sus “deseos intelectuales de un anticipado estado de excepción”; estamos todavía lejos de tal estado de excepción y no deberíamos hablar de él, pues sería jugar con fuego. El desafío terrorista ante el que nos encontramos puede ser administrado sin afectar la sustancia del Estado de Derecho de nuestra comunidad. Para ello tenemos que “hacer sostenibles los conceptos y llamar a las cosas por su nombre”. En esto consiste, según *Carl Schmitt* la tarea de los teóricos del derecho. Y, al menos en este punto, tiene indiscutiblemente razón”⁵⁶.

“El criterio amigo-enemigo, planteado por Schmitt como una expresión de la necesidad de diferenciación, conlleva un sentido de

⁵⁴ Jakobs, G.; “Fundamentos del Derecho Penal”; Ed. Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 238.

⁵⁵ Zúñiga, Laura; “¿Tiene futuro la dogmática penal en el Perú?”, *Revista Peruana de ciencias Penales*, año III, nro. 5, enero/ junio de 1995, ps. 333/345.

⁵⁶ Así concluye Michael Pawlik la Conferencia “ut supra” citada. Instituto Ortega y Gasset, Madrid, 2008.

afirmación de sí mismo (nosotros), frente al otro (ellos). Así pues, es posible observar el contenido positivo de la relación amigo-enemigo como conciencia de la igualdad y de la otredad, la cual se define marcando al grupo entre los que se distinguen de los otros con base en ciertos referentes. La diferencia *nosotros-ellos* establece un principio de oposición y complementariedad. La percepción que un grupo desarrolla de sí mismo en relación con los otros es un elemento que al mismo tiempo que lo cohesiona, lo distingue. La posibilidad de reconocer al enemigo implica la identificación de un proyecto político que genera un sentimiento de pertenencia. Pero, ni la identificación con/del enemigo, ni el sentimiento de pertenencia, ni la misma posibilidad de la guerra que le dan vida a la relación amigo-enemigo son inmutables. Antes bien, se encuentran sometidos a variaciones continuas, es decir, no están definidos de una vez y para siempre.

Schmitt argumenta que la esencia de lo político no puede ser reducida a la enemistad pura y simple, sino a la posibilidad de *distinguir* entre el amigo y el enemigo. El enemigo no puede pensarse en términos de cualquier competidor o adversario, como lo planteaba el liberalismo, ni tampoco como el adversario privado (*inimicus*). La oposición o antagonismo de la relación *amigo-enemigo* se establece *si y sólo si* el enemigo es considerado público (*hostis*). "Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, de acuerdo con una posibilidad real se opone *combativamente* a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo *público*, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere *eo ipso* carácter público".

El término 'eventualidad' remite a la posibilidad latente de la guerra que aún antes de iniciar ya está presente en la relación remarcar el concepto de *analogía* como condición fundamental entre los dos grupos que se oponen, es posible pensar que el hermano es el que se revela como el

enemigo. Por último, si como señala Derrida, el enemigo está en casa, en la familiaridad del propio hogar, se puede adivinar la presencia y la acción del enemigo, ya que se constituye como la proyección y el espejo del propio amigo, incluso es más que su sombra: no hay representación, es real, está aquí y ahora, se puede identificar y nombrar. Pero si ambos se albergan en la misma casa significa que 'aprendieron a convivir', y la hostilidad que definía la relación entre ellos de pronto desapareció cuando el enemigo decidió marcharse. Ahora solamente está presente en la memoria, se recuerda, se añora y se habla de él. Cuando Schmitt habla del grado máximo de intensidad de unión o separación entre el amigo y el enemigo está exigiendo el regreso del enemigo, lo nombra para traerlo nuevamente a casa y de esta manera re-abrir el espacio de la hostilidad que reclama ambas presencias. El amigo y el enemigo están aterrados en la soledad, uno apela al otro, sin olvidar nunca que la llegada del otro puede también ser peligrosa.

Hay un enorme parecido entre el amigo y el enemigo; son hermanos, gemelos y, sin embargo, también subyace en ellos una esencia que los hace existencialmente distintos en un sentido particularmente intensivo: '¿quién decide por quién?' Responder a esta pregunta es lo que los lleva, quizás, al punto más extremo de su relación ya que se podría generar un conflicto. ¿Existe alguien, fuera de ellos, que pueda intervenir en la decisión del conflicto? Schmitt responde a esta cuestión diciendo que sólo es posible intervenir en la medida en que se toma partido por uno o por otro, cuando el tercero se convierte en amigo o enemigo. De ahí que el conflicto sólo pueda ser resuelto por los implicados, pues sólo a ellos les corresponde decidir si permiten su domesticación o visceversa como una forma de proteger su forma esencial de vida... En el criterio amigo-enemigo, Schmitt reconoce implícitamente que la construcción del enemigo es fundamental para la reproducción histórica, cultural y moral del amigo y de su sentido peculiar del mundo, del centro, del conocimiento, del poder. Reconoce el

hecho de que nombrar es poseer y domesticar es extender el dominio. El amigo está dispuesto a reconocer las diferencias del enemigo en la medida en que permanezcan dentro de su dominio, de su conocimiento y de su control.” (Delgado Parra, María, UNAM).

Como puede observarse la visión Schmittiana es discriminatoria y forma parte de una política criminal Völkisch que iluminó y fundó la plataforma Nacional Socialista que tanto sufrimiento y retroceso significó al mismo derecho penal.

Agamben analiza la problemática entendiendo que tanto el enemigo como el amigo/ciudadano emergen en el entramado de relaciones de poder se basan en la generalización del estado de excepción o de emergencia. El bio poder tiene técnicas de sujeción y de normalización, por eso surge necesariamente una medulosa pregunta, ¿es la prisión el paradigma de institución normalizadora? Prisión que en el ámbito biopolítico contemporáneo le corresponde al campo de concentración.

Al menos muchas cárceles en Latinoamérica exhiben este lado oscuro que apunta más al exterminio que a la recuperación.

¿Estamos acaso los latinoamericanos inmersos en un discurso de occidente que plantea la dicotomía amigo/enemigo?. Y si la respuesta fuera, por culpa de la globalización, una verdad tangible ¿podremos liberarnos o seguiremos esperando que la imagen de Bolívar se torne real algún día?

Se trata en realidad de problemáticas categóricamente opuestas. Sólo basta una mirada por Latinoamérica para advertir la extrema pobreza atribuible a las reiteradas prácticas corruptas del Estado. En contraste, Europa occidental exhibe una riqueza (propia de otros tiempos) que obliga a

otro enfoque criminológico. Pero Europa produce otro gesto de hipocresía al enviar sus fondos económicos a claustros universitarios para que indaguen exclusivamente sobre “el terrorismo” en tanto la violencia intrafamiliar ya es una pandemia cuyo dato mortuorio es alarmante. De esto último poco es lo que se dice y mucho menos lo que se previene.

a) El enemigo es... un “monstruo”. La vida desnuda y el derecho penal. La Biopolítica.

Ya no estamos ante la desnudez que proponía Rousseau a los pactantes antes de entrar en la sociedad. Donde los que no están de acuerdo con el pacto deben asumir (y aceptar) inexorablemente la vigencia plena del contrato y si así no fuera quedan al margen del mismo, pero el acuerdo no será nunca puesto en crisis. Tampoco hoy es justo exigir en algunos ámbitos sociales los cánones de fidelidad que alguna vez iluminaron el idealismo de Hegel donde la norma no podía ser negada so pena de convertirse en un “infiel”.

El pacto no sugiere la “nada” con que llegan los contratantes tras el “velo de la ignorancia” (no saben qué lugar ocuparán ni acerca de cómo les irá... a estos “adanes sin historia”) en la tesis de Rawls.

Agamben propone que se distinga ab initio entre la vida biológica y la vida contemplativa, entre la vida desnuda y la vida de la mente. De allí la importancia de repensar categorías fundantes del pensamiento occidental.

Pero es Negri quien arriesga un paso más, pues entiende que aquí no es posible “el pacto”, pues para él el fin del imperialismo trae la

aparición del bio poder ejercido sobre la vida social y el nacimiento de la multitud como sujeto que enfrenta al imperio. Este Profesor,⁵⁷ oriundo de Padua, en su obra “Multitud” nos señala que luego del 11 de Setiembre de 2001 en el mundo se ha desatado un “estado de guerra permanente”... una guerra “infinita”, donde se advierte un imperio sin territorio y sin centro y el ocaso de la dialéctica.⁵⁸ En la bio política nacida en occidente hay superposición entre el derecho y la violencia.⁵⁹

Para Negri “el monstruo político” es otro de los momentos para la multitud, esa multiplicidad anárquica y viviente sin forma ni jerarquía que esquivo la trascendencia de un poder molar y totalizante. El monstruo condensa y expande la potencia virtual de lo viviente porque RESISTE a la VOLUNTAD DE DOMINIO. Viene la idea de la Grecia antigua, es un poder eugenésico, que hace a la vida y los cuerpos ser seleccionados y distribuidos jerárquicamente en una humanidad normativa, donde toda resistencia, desvío o error emerge como monstruo.⁶⁰

⁵⁷ Toni Negri ha escrito al menos dos grandes obras: “Imperio” (en el año 2000) y recientemente “Multitude”. Hacer “multitud” es “contruir un momento... contruir lo común... lo común sería la lengua, el lenguaje, el intercambio, la cooperación... este conjunto amplio de subjetividades no actúa de manera contractual ni por toma de conciencia...”

⁵⁸ Massimo Cacciari (1944) prefiere hablar hoy del pensamiento negativo o antidialéctico.

⁵⁹ Roberto Espósito (Prof. De Filosofía en la Univ. de Nápoles) en su obra “Comunitas” – Comunidad-, disiente con Negri en tanto vida y política aparecen unidos sin apropiación violenta. La comunidad es el conjunto de personas que están unidas por un deber, por una deuda, por una obligación de dar. De allí que la comunidad se vincule con el sacrificio y la sustracción de uno mismo. La comunidad no puede ser pensada como un cuerpo, una corporación, donde los individuos se fundan en un individuo más grande. Pero tampoco puede ser entendida como un recíproco reconocimiento intersubjetivo en el que ellos se reflejan confirmando su identidad inicial.

⁶⁰ Negri, Antonio y otros; “el monstruo político”, en “Ensayos sobre biopolítica”, Ed. Piados, Bs. As., 2007; ps. 13.

La advertencia sobre el exagerado poder que acapara el Poder Ejecutivo, su privatización y la “informalidad política” eran temas que venía señalando Sassen. Esta Socióloga afirma que el Estado liberal y el contrato social está llegando a su fin, anuncia también “la emergencia de algo nuevo” en la “Ciudad global”. De esta manera surgen nuevas expresiones políticas (aún de los excluidos) que logran conectarse con el Ejecutivo a través de “la informalidad política”⁶¹. La imbricación de los cuerpos libres con la democracia, hace que la multiplicidad del pueblo con más la inmanencia de prácticas del gobierno y la pluralidad de formas del Gobierno, sean un obstáculo a la posición del “príncipe de Maquiavello”.

Esto lo avizoraba Foucault al decir: “las prácticas sociales pueden engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento”⁶².

8) El permanente estado de Emergencia

La rapacidad fagocitadora típica de las culturas autoritarias, ponen como principal argumento la emergencia para poder violentar derechos humanos.

⁶¹ “La Ciudad Global” (Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1999) es la obra desde donde la socióloga holandesa Saskia Sassen pregona “urbanizar las ciencias sociales”. Actualmente indica que la Ciudad urbana se encuentra fragmentada, no topográficamente. Pero dentro de ese aislamiento hay “conectividad” pues los excluidos (por ejemplo “los piqueteros”) se saben parte de un imaginario global que pueden “conectarse” a través de la “informalidad política”.

⁶² Foucault, Michel; “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa Editora, Barcelona, 1991, ps. 14.

Parece novedoso la instalación de un dogma, de un “dogma metafísico”, donde la premura en defensa de la “seguridad” general hace que dejemos de lado todo lo construido en materia de garantías constitucionales.

Ya lo enseñaba Zaffaroni cuando sostenía que “*las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo*”⁶³

Emergencia indica emerger, lo que en lenguaje coloquial sería “salir a la superficie”, por lo que en conceptos de Carl Friedrich sólo puede ser excepcional y darse por cuestiones que pongan en peligro la continuidad del sistema. Así se daría en situaciones de excepción, singulares, originales y previsibles (García Pelayo).

Metafísicamente la excepción se torna más interesante que el caso normal, porque puede explicar lo general y explicarse a sí misma (Kierkegaard).

Así la excepción es una relación de inclusión – exclusiva. *La excepción explica lo general y a sí misma.*

Guillamondegui⁶⁴ –citándolo a Zaffaroni- hace un repaso de esta cuestión diciendo que “es considerado como el primer discurso de emergencia, con alto nivel de desarrollo teórico, el *Malleus maleficarum* o *Martillo de las brujas*, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio R., “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, Teorías Actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 618.

⁶⁴ Guillamondegui, Luis; “Los discursos de la emergencia y el derecho penal del enemigo”, en www.carlosparma.com.ar

1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre del mismo año⁶⁵”.

Hemos incorporado el “cuerpo social” a la emergencia. Se trata de enviar un mensaje agorero. Se delata un peligro inminente y se sugiere hasta violar la ley para solventar ese peligro que se presenta como “novedoso”, cuando en realidad lo que se pretende es legislar siempre en emergencia. Vale entonces repetir la consigna de Zúñiga: “se ha hecho de la “legislación de emergencia una cultura”⁶⁶

Es útil señalar que la emergencia suele ser definida en el plano de la doctrina constitucionalista como “un accidente súbito que sobreviene en la vida de un individuo o de una sociedad, y que en este segundo caso puede llegar a poner en peligro la estabilidad o la vida misma del sistema institucional. La emergencia está emparentada con el estado de necesidad, el caso fortuito y la fuerza mayor. Como éstos, puede ser fuente de derechos y obligaciones, pero sólo si están previstos como tal en una norma jurídica; no pueden tener carácter suprallegal o, lo que es peor aún, supraconstitucional⁶⁷”.

En la misma línea de Zaffaroni, continúa diciendo Guillamondegui que la legislación penal de emergencia se caracteriza por: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la sanción de una legislación penal con

⁶⁵ Representando la *Cautio criminalis* (Prudencia criminal) del jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, de 1631, la primera respuesta orgánica al Malleus, tal como lo expresa el Profesor Zaffaroni en su *Lectio Doctoralis*, titulada “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Enero/2004.

⁶⁶ Zúñiga, Laura; “¿Tiene futuro la dogmática penal en el Perú?”, *Revista Peruana de ciencias Penales*, año III, nro. 5, enero/ junio de 1995, ps. 333/345.

⁶⁷ Ekmekdjian, Miguel; “Manual de la Constitución Argentina”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 259.

reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad -con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc.); d) los efectos de esa legislación “*para el caso concreto*” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente, dando nacimiento a un *Derecho Penal simbólico*⁶⁸.

El profesor uruguayo Diego Camaño ilustra el tema así⁶⁹: “Zaffaroni ha señalado y desarrollado el paralelismo existente entre el derecho internacional humanitario y el derecho penal, tomando tanto a la pena como a la guerra como situaciones de poder que no es posible legitimar sino tan sólo limitar en sus efectos perversos. De este modo, el derecho penal y el derecho internacional humanitario están llamados a cumplir un rol minimizador de la violencia y garantizador de los derechos humanos”⁷⁰ Pero contrariamente al derecho internacional humanitario, que actúa transitoriamente, mientras dura el conflicto, el derecho penal de la emergencia tiende a permanecer; no en vano, Sergio Moccia nos habla de la “*emergencia perenne*”. Y es que cuando se instala un discurso punitivo de

⁶⁸ Con mayor extensión, DIEZ RIPOLLES, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, N° 1, 2001, Madrid, pp. 1-22.

⁶⁹ Camaño, Diego: “Ley de Urgencia y derecho penal de la emergencia”, www.carlosparma.com.ar

⁷⁰ Inicialmente, la idea aparece con particular énfasis en el polémico libro *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p.160 y ss. y 180 y ss. (Temis, Bogotá, 1993), y es retomada y desarrollada recientemente, en relación con una teoría agnóstica de la pena (*Derecho Penal. Parte general*, p.48 y ss. y 198 y ss. Ediar, Buenos Aires, 2000). Según Zaffaroni fue un autor del nordeste brasileño, Tobías Barreto quien a fines del siglo XIX indicó que el concepto de pena no es jurídico sino político, al igual que el de la guerra, por lo que “quien busque el fundamento jurídico de la pena debe también buscar si es que ya no lo encontró, el fundamento jurídico de la guerra” (citado por E. R. Zaffaroni en *Derecho penal. Parte general*, p.50).

corte emergencial se termina recurriendo a las medidas excepcionales como regla, introduciéndose modificaciones legislativas tendientes a perdurar, no solamente mientras se mantenga la situación que le dio origen, sino más bien indefinidamente”. Debido a la imprecisión del término emergencia se corre el riesgo de caer en un “proceso definitorio auto-referencial”⁷¹, que justamente por carecer de límites es fácilmente expandible, haciendo que la excepción se transforme en regla.

A su vez, debido a la marcada preponderancia de supuestas razones de *eficiencia* (presentadas como razones de Estado), en el derecho penal de la emergencia hay una despreocupación absoluta por las garantías personales. Por ello, el derecho penal de la emergencia es siempre anti-liberal y anti-garantista, contrariamente al derecho penal propio de un Estado de derecho que es esencialmente liberal y garantista (al igual que el derecho internacional humanitario).

Camaño ensaya esta síntesis: “El derecho penal de la emergencia también se caracteriza por la utilización de una determinada *técnica legislativa*⁷² propia, algunos de cuyos caracteres son:

- a- Una tutela penal que se anticipa a la efectiva causación de una ofensa a un bien jurídico;
- b- Creación artificiosa de bienes jurídicos;

⁷¹ El término es utilizado por Stortoni en relación con la “criminalidad organizada” (L. Stortoni, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie in Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, p.127. AA.VV. A cargo de S. Moccia. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999).

⁷² Al respecto, he tomado como base las consideraciones de S. Moccia y L. Ferrajoli (Camaño).

- c- Utilización de una técnica casuística, basada en fórmulas legales elásticas e indeterminadas;
- d- Penalización en función del autor y no del hecho cometido.

A su vez, las *consecuencias* de la utilización de dicha técnica redunda en:

- a- La producción del fenómeno llamado “inflación penal”, a través del cual se superponen diversas figuras delictivas, causando graves problemas de *ascertainment* (en definitiva, de seguridad jurídica);
- b- Una absoluta pérdida de referencias en términos de dosimetría penal, debido a que se altera el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena conminada⁷³.

Zaffaroni resguarda su discurso de los peligros de las ideologías del poder totalitario.

Nos advierte que en sociología, desde la posguerra, parece haber una clara división de la sociedad en dos campos: los sistémicos y los teóricos del conflicto (con cita de Jeffrey Alexander). Las teorías organicistas o sistémicas, y su lectura penal, son funcionales para la legitimación del poder punitivo, cosa que no ocurre con las teorías conflictivistas⁷⁴.

⁷³ Según la conocida fórmula de R. Jhering “la tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales”.

⁷⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl; “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, ps.352.

Nos cuenta el Maestro que “el poder punitivo se ha legitimado primero por el discurso del estado de pecado (teocrático) y luego por el estado de peligro (cientificista), no siendo menos sospechoso el actual *estado de irreductibilidad funcional al sistema* y que la normalización equivalga a la expiación teocrática y a la neutralización científicista⁷⁵.

Como Zaffaroni es un pensador agudo y en proceso de expansión de ideas, difícilmente pueda ser encasillado o arrastrado por cualquier mezquindad académica o pseudo científica. Esto lo hace un observador crítico y sincero de la realidad. En ocasiones definido por Tavares como aquel que edificó una nueva teoría del delito latinoamericana, donde lo suyo es una construcción, no una reconstrucción de la misma. Es decir un reclamo político para resguardar la libertad.⁷⁶

Recientemente en sus conferencias éste Profesor ha reflexionado sobre esta problemática diciendo “se vive una etapa en que el poder se planetariza y amenaza casi con una dictadura global, el potencial tecnológico de control informativo puede acabar con cualquier intimidad, el uso de ese potencial controlador, por supuesto, no se limitaría a investigar a los protagonistas de hechos violentos sino que abarcaría a toda la población, la comunicación masiva tiene hoy un formidable poder técnico, está abierta a una propaganda vindicativa en todo el mundo. El poder planetario está fabricando enemigos en serie, los enemigos se gastan rápido de modo que se fabrican otros. Satán y las brujas duraron como 300 años, el comunismo internacional duró bastante menos, y a partir de la caída del muro de Berlín los enemigos ya no se fabrican fotográficamente, van casi, produciéndose

⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; “Manual de Der. Penal. P.Gral.”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 275.

⁷⁶ Juárez Tavares, “Comentarios bibliográficos”, Revista de Ciencias Penales Contemporáneas, año 1, nro. 1, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2001, ps. 508.

por semanas. Por mucho que se atavíe o se vista de jurídica la cuestión del derecho penal del enemigo, no se escapa que hay en el fondo una pregunta de ciencia política. En este momento, las decisiones estructurales no pasan por la política, casi se toman directamente por protagonistas del poder económico, así el ámbito de la política se va reduciendo y en este sentido se reduce el ámbito de la negociación”. Agrega el Maestro “penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad ha habido muchos, y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (de buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico. En todas las épocas en el Derecho Penal se ha tratado de eliminar a los delincuentes que cometían delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del Derecho Penal. Y en definitiva, nada muy diferente es lo que nos propone Günther Jakobs. Es parte del presupuesto que una conducta es banal o no banal según el contexto y según las circunstancias (esto no se entiende en una dogmática que sacraliza los roles)”⁷⁷.

⁷⁷ Partes de su conferencia sobre “El derecho penal del Enemigo”, dictada en la Universidad de Congreso, Mendoza, el día 19 de Agosto de 2005.

9) La pena: ¿Vale la pena, la pena? ¿Tiene fines y funciones o simplemente se trata de un sistema autopoiético?

a) La pena

La idea prístina de la pena privativa de la libertad se encuentra enraizada con la formación del Estado Liberal, especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora⁷⁸.

Si bien –para muchos- la piedra angular sobre la cual se apoyara la dogmática jurídico penal en la temática que nos ocupa fue el opúsculo que ensayara en 1764 Cesare Beccaría en su inmortal obra “Los delitos y las penas”⁷⁹, el gran debate sobre el fin y función de la pena sobrevino recién a partir del siglo XIX y aún no finaliza.

Es que la sempiterna discusión entre aquellos que veían al derecho penal como un instrumento al servicio del valor *justicia* frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al

⁷⁸ “Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su utilitarismo en provecho para el Estado y para regular en el mercado la mano de trabajo ociosa y marginal. Su resocialización consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica (Melossi y Pavarini). Cfr.: “Lecciones de Derecho Penal. Volumen I”; Bustos Ramírez - Hormazábal Malarée; pág. 176: Editorial Trotta, año 1997.

⁷⁹ En “Dei delitti e delle pene”, Beccaria indicaba que el fin de las penas no es atormentar ni afligir, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Las penas deben ser proporcionadas a los delitos. La pena de muerte no es útil ni necesaria. Así concluía su inmortal obra: “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”

valor *utilidad*⁸⁰, se trasladó a resolver una primordial cuestión: cuál era la naturaleza de la pena. Surgió así una serie de “principios o axiomas legitimantes” que fundamentan la imposición de esta “amarga necesidad”⁸¹ que venimos a llamar *pena*.

“El término pena deviene del latín poena (del griego poine) que significa dolor, trabajo, fatiga o sufrimiento. Según Rodríguez Devesa, la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito”. Franz Von Liszt, decía que “la pena es un mal que el juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor”⁸².

Sobre la pena hace ya tiempo que estamos viviendo el “monopolio del Estado”⁸³, un tema irresoluto que ha formado una asimetría entre víctima y victimario.

b) Algunos autores contemporáneos: Bacigalupo, Mir Puig, Zaffaroni.

Apelo a Enrique Bacigalupo para profundizar los antecedentes modernos de la concepción de la pena. Este notable e indispensable autor

⁸⁰ Bacigalupo, Enrique; “Manual de Derecho Penal”; Editorial Temis, Bogotá; 1998, ps. 11.

⁸¹ El proyecto alternativo del Código Penal alemán rezaba así: “... una amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como son los hombres...” (Cfr.: “Lecciones de Derecho Penal”; Berdugo Gómez de la Torre y otros; pág. 26; Ed. Praxis, Barcelona, año 1999.

⁸² Villamor Lucía, Fernando; “Derecho Penal Boliviano”, Parte General, Tomo I, Segunda Edición, Editora Talleres de Inspiración Cards, La Paz, Bolivia, 2007, ps. 297.

⁸³ Fragoso, Heleno; “Lecciones de Derecho Penal”, 8va. Edición, Río de Janeiro, Forense, 1985, ps. 23.

relata: “Ya en el siglo XVII, se elabora un primer discurso ideológico del derecho penal que se llevaría luego a la práctica en el estado Moderno. La premisa básica del mismo consistió en excluir de la potestad del Estado la venganza. Por lo tanto, se hizo necesario *diferenciar conceptualmente la pena de la venganza*. La *venganza* correspondía al estado natural, en el que “la libertad es entendida como la ausencia de todo obstáculo”⁸⁴. La *pena*, por el contrario, es considerada como una institución del Estado, es decir, del Derecho, de una sociedad en la que “el individuo tiene derechos sólo en tanto él reconozca los derechos de los otros”⁸⁵. Sólo una pena orientada a un fin legítimo, se estimó, se diferenciaba de la venganza y podía ser considerada una legítima limitación de la libertad⁸⁶. El fundamento de esta moderna ideología penal provenía del derecho de la guerra. *Hugo Grotius* explicaba en el capítulo XX de su famoso *De iure Belli Ac Pacis* (1625) que “en la consideración de las causas que puedan dar comienzo a una guerra hemos dicho que son la reparación del daño o la pena”⁸⁷. El fundamento, decía *Grotius*, de la de la pena es la razón de la naturaleza misma de las

⁸⁴ Hobbes, *Leviathan*, 1651, Capítulo 14.

⁸⁵ J. G. Fichte, *Das System der Rechtslehre*, 1812, citado según la edición de los *Ausgewählte politische Schriften*, editados por Z. Batscha y R. Saage, 1977, p. 217 y ss. [316].

⁸⁶ Grotius, *De iure Belli ac Pacis*, 1625, p. 49; Hobbes, *Leviathan*, 1651, Capítulo 28. La distinción entre pena y venganza tiene su razón de ser, muy probablemente, en la filosofía de la pena del cristianismo. El punto de partida es el Sermón de la Montaña (Lucas, 6,27; Mateo, 5, 43) en el que se predica un nuevo significado a la aforismo bíblico “ojo por ojo, diente por diente”. En el Evangelio se entiende que el amor al prójimo no tiene límites frente a nuestros enemigos. El entendimiento de esta prédica se manifiesta en la práctica en esta distinción entre pena y venganza. Lo que habría querido excluir el Sermón de la Montaña es la venganza. De todos modos, que el deber hacia los enemigos, que estaba ya en el Antiguo Testamento (Éxodo, 23; en otro sentido: Ester, 9; menos claro en Job, 16), no tuviera allí un sentido tan claro. En el derecho eclesiástico, sin embargo, distinguió *poenae medicinalis* y *poenae vindicativae*. La primera tenía la finalidad de curar el alma del pecador. La segunda servía para la expulsión de la Iglesia del miembro infectado (confr. C. L. von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, 1882, p. 82 y ste.).

⁸⁷ *Ibidem*, p. 39.

cosas: “Contradice la naturaleza de los hombres que se relacionan con otros hombres satisfacerse con el dolor ajeno como tal. Cuanto menos poder racional tiene el hombre, tanto más tiende a la venganza”⁸⁸. Probablemente esta es la razón por la cual la respuesta penal ha sido asumida en forma monopólica por el Estado, convirtiendo al derecho penal en derecho público, en el que la relación jurídica se establece entre el Estado y el delincuente. A diferencia del derecho medieval, la víctima sólo tenía en el marco del conflicto penal un papel procesal limitado a la reparación del daño causado por el delito.

“Pienso –agregaba *Grotius*- que la pena debe contemplar la utilidad del que ha pecado o de aquél cuyo interés es que no se peque, o de algún otro”⁸⁹. Y concluía: “El fin, de que el lesionado no sufra nuevamente lo mismo, puede ser alcanzado de tres maneras: primera, excluyendo al delincuente; luego quitándole la fuerza que le permite lesionar; finalmente, enseñándole, mediante la aplicación de un mal, que no debe pecar (...). Para que otros no repitan la lesión la pena debe ser pública y visible; entonces se podrá tomar ejemplo de ella”⁹⁰.

Esta ideología de la pena y del derecho penal culminó con la teoría de la coacción psicológica de *Feuerbach*, que procuró definir con más precisión el fin de la pena “evidentemente necesaria”. La pena, según *Feuerbach*, sería legítima si era el medio para garantizar la situación jurídica cuya existencia es el fin del Estado. “Las lesiones jurídicas de toda clase contradicen esta finalidad del Estado y es necesario, por ello, que en el Estado no tengan lugar lesiones de derechos. El Estado está autorizado y obligado a encontrar las instituciones que hagan imposible en general las

⁸⁸ Grotius, loc. cit. p.49.

⁸⁹ De iure Belli ac Pacis, 1625, p. 51.

⁹⁰ Ibidem. p. 53 y s.

lesiones de derechos”⁹¹. Por lo tanto: “La pena civil (*poena forensis*) es el mal amenazado por el Estado mediante una ley y aplicado según ella” (...) “El fin de la amenaza de la pena es la intimidación de todos; el fin de la acción de infligirla es la eficacia de la amenaza legal, pues sin ella dicha amenaza se convertiría en vacía (ineficaz)”^{92,93}.

Se impone una pausa inteligente a la hora de meditar sobre la problemática: El ajetreado tema de la pena ha sido tratado in extenso por juristas, teólogos, filósofos, médicos, psicólogos, etc., estando aún en debate y –si se acepta el término– en crisis. Tal vez la contaminación del poder político sea la llave de hierro que desentraña tanta incongruencia e ineficacia en la función que se le suele asignar a la pena. Como afirma Bustos Ramírez es indudable que “la teoría de la pena está indefectiblemente ligada a la teoría del Estado”⁹⁴.

Hay quienes consideraron que la pena en la modernidad era hacerse “dueño” del TIEMPO del otro. La clave filosófica era que quien detentaba el poder tenía la facultad de coartar **el tiempo** a un semejante. El tiempo se encuentra ligado a la LIBERTAD. En el hombre libre nace un drama cuando descubre su finitud. Un dolor espiritual: la “magna quaestio” de San Agustín. Cuando el hombre mira la muerte cara a cara el interrogante se torna desafío, la “magna quaestio” pasa a significar existir en diálogo con

⁹¹ P. J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. edición 1847, pags. 36 y 37.

⁹² *Ibidem*, p. 39. En forma similar J. G. Fichte, *loc. cit.* p. 320 y ss.

⁹³ Bacigalupo, Enrique; “Hacia el nuevo derecho penal”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006. También en su conferencia sobre: “La ideología del derecho penal”, dada en el Instituto Ortega y Gasset en Madrid, 2007.

⁹⁴ Ruiz, Carmen; “Teoría de los fines de la pena”, en “Lecciones de derecho penal”, Parte General, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, ps. 29.

Aquel Otro a quien el ser está indicando. El sufrimiento es producto de la conciencia de su finitud.

En la cárcel en muchos reos el descubrimiento es **lo infinito**. El entrar para quedarse. Y ese trama de la infinitud contrasta con aquel que el hombre de la calle tiene. Aunque el sufrir sea una condena existencial.

Si dejamos de lado la visión filosófica del tiempo y consideramos la MECANICA del poder veremos –en palabras de Marí-TRES procedimientos con los que la disciplina da al tiempo un uso técnico para el logro del control: establecer ritmos, obligar a ocupaciones determinadas, regular los ciclos de repetición. Estos procedimientos son, en realidad, herencia de las órdenes monásticas, especialistas del tiempo, maestras de disciplina... Las disciplinas buscan organizar el tiempo con vistas a la utilidad no a la salvación...”⁹⁵

Retomando la línea del estudio sobre la pena, Bacigalupo describe con su habitual profundidad y minuciosidad la problemática. Nos dice que las respuestas a la naturaleza de la pena llevan ya más de dos mil años sugiriendo sus puntos de vista. “Estas respuestas han sido formuladas como teorías de la pena. Sin embargo, cabe señalar que las “teorías” de la pena sólo son tales, en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en últimos término. Por lo tanto las “teorías” de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el “ser” de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo que condiciones es legítima la aplicación de una pena?”⁹⁶.

95 Marí, Enrique; “La problemática del castigo”, Editorial Hachette, Buenos Aires, 1983, ps. 184.

96 Bacigalupo, Enrique; “Manual de Derecho Penal”, Temis, Bogotá, 1998, ps. 12.

Las denominadas teorías absolutas propugnaban que “un mal se pague con otro mal”, dicho de otra manera sería “la moneda con que la sociedad le paga al delincuente el mal cometido”. En la primera idea se enrolaban Kant (fundamento ético) y Hegel (fundamento jurídico)⁹⁷. La segunda expresión que hemos utilizado era de Carrara, quien además se arriesgaba a decir que la “reparación” que la pena llevaba traía tras de sí tres resultantes, a saber: corrección al culpable, estimular a los buenos y desalentar a los mal inclinados.

Lo medular entonces estaba dado en que la pena tendría carácter retributivo⁹⁸, lo que implica un pago por el mal uso de la libertad o bien por violentar la norma, precisamente en un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien y el mal. Por todo esto la pena a aplicar debe ser *justa*, es decir proporcionada al mal causado⁹⁹. Así la pena retributiva –se dijo- mira el pasado.

Tal vez en las antípodas de esa visión se encuentran las que han venido a llamarse “las teorías relativas de la pena”. Estas intentan contestar la siguiente pregunta: ¿para qué sirve la pena...hay alguna función... cuál es

97 “Si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de Hegel, la irracional secuencia de dos males”. Cfr.: “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal Funcional”; Jakobs, Günther; pág. 17; Editorial Civitas, año 1996. También puede verse al respecto: “El pensamiento de Günther Jakobs”, Parma, Carlos; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.

98 Dable es recordar que Santo Tomás le daba a la pena carácter “medicinal” y no retributivo. Así decía el Aquinate: “Las penas de la vida presente más bien son medicinales que retributivas, porque las retributivas están reservadas al juicio divino, que se hará, según la verdad...” (Cfr.: “El fin de la pena en Santo Tomás”; Siro de Martini, con intervención de Carlos Parma; en El Derecho, nro. II, Suplemento de filosofía del Derecho; 30/10/01; Argentina).

99 Se suele citar académicamente el ejemplo que dado por Kant cuando enseñaba que “aún en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción”.

su utilidad? Precisamente como marco en el epígrafe de este acápite: **¿vale la pena la pena?**¹⁰⁰ Obviamente no se trata de una tautología sino de encontrar el sentido, ése que la sin razón nos ha venido imponiendo.

Ahora en esta cosmovisión, el derecho penal se justificará por razones de política criminal y no por un criterio utilitarista de costos y resultados. Lo nuclear entonces pasa a ser “*la prevención*”¹⁰¹. A fuerza de ser sincero se trata de una nobleza extrema el “buscar” un sentido a la paradoja (en términos de Zaffaroni) que es la pena. Más la gravedad de esta idea tal vez esté en la no comprobación científica de su postulados.

Dicho de manera mas cruel: la pena nunca resucitó a nadie, ni restableció ningún himen ni hizo caminar a ningún paralítico. Lo que pone de manifiesto su inocuidad reparadora.

Pero quienes creen en la prevención formulan conjeturas y así se suelen subdividir. Unos aceptan la “prevención general”, donde la pena se dirige parte de sociedad (en forma negativa) para que “se abstengan a delinquir” los posibles futuros delincuentes o bien a toda la sociedad (en forma positiva) para que la gente vea que la “ley se cumple”, es decir la norma no se ha resquebrajado. En tanto la prevención especial apunta al delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que no vuelva a reincidir en el camino del crimen o bien neutralizándolo en tal sentido¹⁰².

¹⁰⁰ Puede verse: www.carlosparma.com.ar. También: Parma, Carlos en “El pensamiento penal posmoderno”; Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo; nro. 30, año 1998, San Juan; pág. 107/111.

¹⁰¹ Roxin objeta esta tesis diciendo que “la idea de un derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social... pero no da una justificación a las medidas estatales...”.

¹⁰² Puede verse un interesante cuadro de Pérez Manzano en “Culpabilidad -lineamientos para su estudio-”; Parma, Carlos; pág. 137; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

Es obvio que la pena vista desde éste ángulo debe guardar íntima relación con la culpabilidad. Claros y precisos son los conceptos del Maestro Bacigalupo: “la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad” consideraba lo siguiente: “si se parte de la *prevención general como fundamento de la pena*, la proporcionalidad estará determinada por la lógica de esta concepción y la pena deberá ser mayor cuanto más pronunciado sea el impulso delictivo que se supone en los autores potenciales, es decir, en el público en general. La compatibilidad de este punto de vista con la dignidad de la persona, se pone en duda desde Kant. Por ese motivo, quienes dan cabida a la prevención general no dejan de reclamar una proporcionalidad con el hecho cometido, que deberá referirse necesariamente a un criterio ajeno a la prevención general misma...”¹⁰³. Focalizo la necesidad de culpabilidad como fundamento de la pena para advertir el error de las ideas de prevención general positiva (línea Jakobs) donde la pena es impuesta para “mantener” la norma o restablecer el quebrantamiento de la misma provocado por el delito.

De esta manera las ideas de la prevención general positiva destacan que la pena afirma la vigencia del derecho como mecanismo regulador de conductas sociales y lo reestablece o revitaliza. Al aplicarse la pena se genera en los ciudadanos la idea de confianza y de existencia misma que la norma está de pie. La pena también –se afirma- actúa en la conformación de la conciencia jurídica colectiva¹⁰⁴.

¹⁰³ Bacigalupo, Enrique; “Principios Constitucionales de Derecho Penal”; Editorial Hammurabi, Buenos Aires; 1999, ps. 149/150.

¹⁰⁴ Se recomienda ver: “Culpabilidad y Prevención”, Mercedes Perez Manzano, Madrid, Ed. Univ. Autónoma de Madrid, 1990

En los tiempos que corren hay un auge de las “teorías de la unión”¹⁰⁵, que articulan prevención y represión. Baumann llama a estas teorías *conciliadoras* y afirma que ellas pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines¹⁰⁶.

Hegel decía sobre la pena: “el que la sufre, tiene el deber y no sólo es un mal sino un bien para el derecho de someterse a ella y auto gratificarse así éticamente”. Kant lo señalaba: “la pena *debe ser* aún cuando el estado y la sociedad ya no existen. Si robas a otro te robas a ti mismo”. En ambas posiciones –como se anticipó- se trata de un mal para otro mal.

Hirsch nos cuenta que la idea de prevención general positiva está adquiriendo un papel preponderante en la ciencia alemana del derecho penal, siendo el denominador común “los efectos positivos” que la pena genera en la sociedad. Una primer corriente se apoya en la idea que el derecho penal puede influir en la actitud de las personas en tanto la otra entiende que no son las personas las que están en el centro de la cuestión, sino que se trata del sometimiento del sistema normativo. Adenades –que está en la primer tesis- acentúa la influencia educadora de derecho penal, especialmente en lo que hace al control social y el clima moral general. También se piensa que la finalidad de la pena no es la influencia moral sino el fortalecimiento del sentimiento jurídico (véase Müller – Dietz). Aquí

¹⁰⁵ Roxin también ha dicho: “una teoría unificadora dialéctica, pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas... el delincuente es una persona débil y urgentemente necesitada de tratamiento terapéutico - social, pero por otra parte debe ser concebido de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable...”(Cfr.: “Problemas básicos del derecho penal”; Roxin, Claus; pág. 34, Editorial Reus; ;Madrid, año 1976.

¹⁰⁶ “Determinación de la pena”; Romero, Raúl; en Revista de “ciencias penales contemporáneas”; nro. 1, año 2001, pág. 161, Ediciones Jurídicas Cuyo.

aparece Jakobs afirmando que el subsistema del derecho sirve a la estabilización de expectativas de conducta y que visto así la función del derecho penal es la ratificación de la validez de las normas (validez formal) independientemente de su contenido valorativo¹⁰⁷.

Garrido Montt sintetiza -con cita en Bacigalupo- diciendo que la visión de la culpabilidad (formal o material) repercute en el concepto que se debe tener de la naturaleza de la pena. “En la culpabilidad por el hecho, ésta es retributiva; en la culpabilidad de autor es preventivo –especial”¹⁰⁸.

Roxin elaboró en su tiempo lo que llamó la teoría dialéctica de la pena. Así la pena tendría una triple función: cuando la ley AMENAZA con penas cumple una función de prevención general; cuando APLICA penas tiene una función retributiva (nunca más allá de la culpabilidad) y cuando EJECUTA penas se trata de una cuestión de prevención especial (resocializa). Según Jakobs tal combinación es de imposible aceptación¹⁰⁹.

Este criterio roxiniano se aproxima a la idea de la Corte Constitucional de Colombia cuando dijo: “La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones, un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un

¹⁰⁷ Hirsch, Andrew von; “Prevención general positiva y reprobación”, Conferencia dictada en el Seminario de Derecho Penal en el Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, año 2005, traducción Enrique Bacigalupo.

¹⁰⁸ Garrido Montt, Mario; “Nociones fundamentales de la teoría del delito”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, ps. 197.

¹⁰⁹ Guimaraes, Claudio; “Funciones da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista”, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2007, ps. 253. entiende que para Jakobs es imposible compatibilizar una pena fundada en premisas distintas de prevención y retribución de culpa.

fin resocializador que orienta la ejecución de la misma de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”¹¹⁰.

Roxin argumentando creatividad en su sistema “personalista – funcional”, se da donde el Estado existe para servir al ciudadano y en el que el ciudadano no debe servir en primer lugar al Estado. Esta construcción liberal tiene su origen en la ilustración europea. La limitación de la intervención del Estado juega aquí un rol equivalente al de salvaguarda de la seguridad¹¹¹.

Es dable aludir al aporte dado por Mir Puig que propone un sistema claramente alternativo en su conjunto al retributivo, sobre bases (modelo de Estado social y democrático de derecho y la pena con una misión política de regulación activa de la vida social) que resultan ineludibles¹¹².

Con marcada claridad Mir Puig se expande en el tema al decir: “si el derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad –como la vida, la integridad física, etc.- ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales –como la administración de justicia-. Los bienes jurídico-penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el derecho penal. Han de constituir la referencia

¹¹⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz: sentencia C-239 de fecha 12 de Setiembre de 1996.

¹¹¹ Roxin, Claus; “Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania”, de su Conferencia dictada en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, el 15 de Abril de 2008.

¹¹² Bustos Ramírez, Juan; “Introducción al derecho penal”, segunda edición, pág. 87; Editorial Temis, Bogotá, año 1994.

básica para determinar la función del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho¹¹³.

Mir Puig señala que el Estado Social y democrático de Derecho surge como síntesis de la ilustración (tesis) y los gobiernos totalitarios (antítesis). Esta visión que se observa en la Constitución Española en su Artículo primero deja entrever algunos principios (legalidad, humanidad, etc.) que a la postre el Maestro Catalán los engloba en lo que denomina PREVENCIÓN LIMITADA, que es protección de la sociedad, en cuanto eficacia y protección de la víctima¹¹⁴. Así para este autor el Derecho Penal del Estado Social y Democrático “no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal”¹¹⁵.

Es público y notorio que las ideas de la prevención han fracasado. Pero esto no debe llevar a que se mire como una renovación de la retribución –como pretende Pawlik-. Ya la gran reflexión la hacía Bacigalupo en su conferencia en el XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal en Guayaquil, Ecuador, cuando afirmaba que nadie está dispuesto a pagar lo que cuesta verdaderamente la ejecución de la pena como tratamiento y en ese sentido no se le puede endilgar a la dogmática jurídico penal el fracaso que la misma política de Estado no ha cumplido.

Esto de alguna manera ha servido para que se advierta públicamente el sinsentido de la pena pues la pena privativa de libertad

¹¹³ Mir Puig, Santiago; “Límites del normativismo en derecho penal”, en Revista electrónica de ciencia Penal y Criminología, Recpc 07-18 (2005), www.criminet.ugr.es

¹¹⁴ Mir Puig, Santiago; De su conferencia en la Universidad Nacional de la Matanza, Buenos Aires, Octubre de 2007 sobre: “La pena. Función”.

¹¹⁵ Pacheco de Carvalho, Themis; “El ciudadano, el terrorista y el enemigo”, en www.derechopenalonline.com/derecho. Citando a Mir Puig en “Función de la Pena...”.

como tal está corroída y muy cuestionada en su fin último por toda la doctrina garantista. Así se ha dicho: “la prisión privativa de la libertad que se erigió como la gran sucedánea de la pena de muerte y la cadena perpetua ha colapsado, siendo su fracaso muy evidente y clamoroso”¹¹⁶.

Yerra Michael Pawlik cuando siguiendo a Hegel entiende que la pena “honra” al delincuente como ciudadano. La pena no honra a nada ni nadie. Es absurdo pensar que alguien humillado, maltratado, hacinado, hambriento y encerrado pueda sentirse “honrado”. Que un acto de violencia pueda honrar es darle a la violencia una naturaleza que en sí misma no tiene.

Con fundamento en Stammler, Rivacoba y Rivacoba nos recordaba que “el penado, es y no puede sino seguir siendo un hombre, sujeto siempre de dignidad, que vive en convivencia y se realiza en sociedad, y que como tal tiene que ser tratado”¹¹⁷. Este es un juicio sensato una forma de humanizar el castigo.

La afirmación de Pawlik entonces es desafortunada en cuanto a su actualidad. En tiempos de Hegel, donde la moral guardaba íntima relación con la concepción de poder, podría llegar a aceptarse como forma de pensar. Siendo Hegel el filósofo del poder, es entendible que éste diga que la pena autogratifique al delincuente. Aún así no le daba a la violencia naturaleza justa y seguía involucrando al derecho penal en otro ámbito. Así lo afirmaba en su Filosofía del Derecho: “Para Hegel delito y castigo pertenecen a la institución de la propiedad privada y por ello, al dominio del derecho

¹¹⁶ Gomez Mera, Roberto; “Ideas para un nuevo Código Penal”, Revista del Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales”, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Penales, Universidad de Guayaquil, Año 6, Edición 7, año 2003, ps. 10.

¹¹⁷ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de; “Introducción a los principios cardinales del derecho penal”, en Revista de Ciencias Penales, nro. 5, año 2000, Editorial Mave, Corrientes, Argentina, ps. 218.

abstracto. En contraste, hoy “crimen y castigo” es Derecho Penal (Derecho Público).

Cree Hegel que se trata de lesiones a derechos de individuos particulares y de su pleno establecimiento. Así lo expresa en el párrafo 83 de la Filosofía del derecho: “El derecho vuelto particular es diversidad infinita opuesta a la universalidad y a la simplicidad de su concepto: es entonces la forma de la apariencia. Corresponden... c) la violencia y el crimen. Esto se confirma en el párrafo 33 y 81 que tomado en abstracto la violencia y la coacción son injustas. Pero el principio conceptual de que “la violencia se destruye a sí misma” tiene su manifestación real en que una violencia es anulada por otra violencia. El delito es una violencia contra el derecho, violencia que, si sólo violara la “cosa exterior” como tal, carecería de interés desde el punto de vista jurídico. Más en cuanto viola la “existencia de la libertad” se tiene el delito en el cual el derecho se considera nulo. El derecho repone la libertad con el castigo. En todos los casos la violación del derecho es un acontecimiento de existencia positiva exterior, un acontecimiento que encierra una negación. Como la acción del delincuente proviene de un ser RAZONABLE, implica “la universalidad, el establecimiento de una ley, que él ha reconocido por sí mismo, a la que puede, entonces, ser sometido como a su propio derecho” (párrafo 100). En opinión de Hartmann, la idea hegeliana que reconoce en el castigo la reposición del delincuente a la condición de ciudadano del Estado, está presente en la obra de Fichte”¹¹⁸.

En realidad se produce una paradoja con este planteo. Veamos: si lo que se pretende es tratar al delincuente como ciudadano, devolviéndole a través de la pena su “honra” de tal, resulta por demás absurdo e

¹¹⁸ Dujovne, León; “La filosofía del derecho de Hegel a Kelsen”, Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1963, ps. 135/136

incoherente el Derecho Penal del Enemigo, pues éste le quita su condición de ciudadano al sujeto de derecho. Si le devuelvo la condición obviamente jamás podría ser enemigo. Un juego de hipótesis probabilísticas que tienden a infinito.

Si el ciudadano es lo “perfecto” su opuesto sería el “enemigo” o sea lo imperfecto, que volvería a ser perfecto gracias a la pena. Sería el espejo maravilloso que todo ser humano desearía pues le devolvería la belleza perdida: la etérea flor de la juventud de los griegos.

Hegel idealizaba demasiado esta cuestión pues su consigna hoy resulta por demás insegura. Quien puede creer que la prisión en Latinoamérica es “no sólo es un mal sino un bien para el que la sufre, tiene el deber y el derecho de someterse a ella y auto gratificarse así éticamente” en términos de Hegel.

Carece de rigor científico sostener que la pena involucra tanto al individuo que le hace restablecer su propia dignidad. Ese apotegma no es más que una expresión de deseos.

Hegel en absoluto abandona la idea que el ser es RAZONABLE, lo que de suyo está diciendo capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Situación en la que nunca podría verse involucrado el “enemigo”, pues no podría “tener derechos” (al menos los procesales, entre otros).

Se ha sostenido que el status científico de una teoría es su refutabilidad o su testabilidad¹¹⁹. En esta perspectiva resulta imposible asegurar una función de tal magnitud a la pena (devolver la dignidad

¹¹⁹ Popper, Karl, “La ciencia: Conjeturas y refutaciones”, Editorial Paidós, Bs.As., ps. 61.

perdida) máxime si se toma en cuenta los datos estadísticos que refieren a la alta tasa de reincidencia delictiva.

En las antípodas de este derecho penal convexo se encuentra el cóncavo. Veamos: Raúl Zaffaroni ha sostenido incanzablemente a través de los años lo que ha venido en llamar “LA TEORIA AGNÓSTICA DE LA PENA”, desde donde se permite incorporar todos los datos de la realidad y quebrar el cerco de la dogmática tradicional. Teoría que nutrida de interdisciplina se torna funcional y práctica y dirige un crítico discurso a las agencias jurídicas. Este gran Maestro de América entiende que la única forma de realizar dogmática desde una postura crítica es reconocer que la pena es un ejercicio de poder no legitimable. Al no tener que andar justificando las razones de pena es posible contraponer el Derecho penal, relegitimado como saber, al poder punitivo y así lograr el mentado límite. Porque en definitiva las agencias ejercen el poder para controlar un marco social cuyo signo distintivo es la **selectividad** estructural y la muerte masiva. La idea “agnóstica” que Zaffaroni alega no se refiere solamente a la "pena penal", sino también la contravencional, la administrativa, la de faltas y la subterránea (detenciones por averiguación de antecedentes, maltrato y vejámenes, ejecuciones sin proceso, etc.), lícitas o ilícitas. Los vejámenes sufridos en prisión, el riesgo de contraer enfermedades, de resultar lesionado o hasta muerto, la falta de asistencia médica, educacional y alimentaria, las negativas sistemáticas fundadas exclusivamente en aquellas teorías a recuperar la libertad anticipadamente (condicional, asistida o como quiera llamarse), la tendencias al suicidio, etc. demuestran una realidad que no se compadece con la que ofrecen los teóricos legitimantes. Hay una cosmovisión del sufrimiento... del “penar”. Zaffaroni, que por cierto tiene los pies sobre la tierra, enseña que “si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la que tiene lugar cuando somete a una persona a una *institución total*, en cuyo ámbito

cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de su actividad cotidiana (pernoctación, alimentación, trabajo, estudio, recreación, etc.). Esta forma punitiva de institución total es la prisión, caracterizada también como *institución de secuestro* (Foucault)¹²⁰. En aguda crítica reafirma el Maestro: “... ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados... se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico...”¹²¹. Se conoce – y no es el motivo de esta exposición – la mentada teoría agnóstica de la pena que sostiene Zaffaroni, con más el “agregado” que suelo introducirle al decir que la pena en la realidad, más allá de nuestras leales aspiraciones, para lo único que sirve es para que el sistema del derecho penal subsista.

Si cupiera arriesgar una síntesis en boca del propio Zaffaroni diré: “el reconocimiento del carácter meramente político de la pena y la asignación de una función exclusivamente reductora al poder jurídico planificado por el derecho penal”¹²².

Si el Parnaso se hizo por el arte mismo, la cárcel para muchos reclusos es la espera por la espera misma. Siempre se espera, pero no se

¹²⁰ Para Michel Foucault las instituciones de secuestro son: “Asilos, colegios, hospitales, fábricas, donde los sujetos son confinados a una tarea específica, o bien reciben allí la aplicación de un castigo, una enseñanza, aleccionamiento, curación. El conjunto de estas prácticas constituye uno de los aspectos de la capilaridad del poder definida en la Microfísica”. (Albano, Sergio; “Glosario de Aplicaciones, Foucault, Michel”, Editorial Quadrata; Buenos Aires, 2005, ps. 85).

¹²¹ Zaffaroni, Raúl; “Derecho penal; parte general”; Buenos Aires, Editorial Ediar, año 2000, ps. 891..

¹²² Zaffaroni, Raúl; “El derecho penal del siglo XXI”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, ps. 11.

espera nada preciso. Es la filosofía existencialista de la espera. Filosofía del presente¹²³.

La cárcel encuentra su par en aquel espejo donde todo acontece y nada se recuerda.

c) Posición de Claus Roxin: El fin de la pena. Culpabilidad. Sus diferencias con Jakobs. Resumen.

Sobre el fin de la pena, Claus Roxin expuso sus últimas ideas. Dijo: “Al respecto se ha discutido más de 2000 años. En la tradición europea se discute acerca de tres concepciones fundamentales, las cuales se subdividen en diversas combinaciones. Conforme a la primera, que hasta hoy mantiene ante todo una importante influencia de la filosofía del idealismo alemán, la pena no está al servicio de los fines de la sociedad, sino al de la realización de la justicia a través de la retribución al autor según su culpabilidad. Conforme a la segunda, la teoría de la prevención especial (esto es: preventivo-individual), la pena tiene como único fin influir sobre el autor. La sociedad debe ser protegida de él y él debe, a través de la pena, abstenerse de cometer más delitos, y en la medida de lo posible ser corregido (resocializado). Conforme a la tercera, la concepción preventivo general (esto es: prevención dirigida a toda la comunidad), el fin de la pena es influir en toda la sociedad, la cual a través de la pena impuesta al delincuente, deberá evitar incurrir en la comisión de delitos y reforzar el respeto al derecho en la vida diaria. La mayoría de los autores, y también la jurisprudencia alemana, reúnen estos fines en una “teoría de la unión”.

¹²³ D’athayde, Tristán; “El existencialismo”, Editorial Emecé, Buenos Aires, ps. 16.

Mi concepción personal¹²⁴ es que la función del derecho penal es tan solo preventiva, es decir, que debe ser edificada sobre la base de inhibir futuros hechos delictivos. Toda vez que el derecho penal es un instrumento de dirección y control de la sociedad, entonces solamente debe aspirar a fines de tipo social. Una reacción punitiva que no se sustenta en las necesidades de la sociedad carece de legitimación. Por otra parte, la pena debe tener también fines preventivos especiales y generales. Debe servir de ejemplo, de tal forma que la persona sancionada no incurra nuevamente en un delito, lo que se puede lograr a través de la ejecución de la pena, la cual se ocupa de reintegrar al autor a la sociedad, es decir, de su resocialización. Al mismo tiempo, la pena debe tener influencia en la sociedad para que el derecho sea reconocido por los ciudadanos y que éstos tengan presentes las consecuencias de cometer acciones punibles.

Este concepto de la pena, orientado hacia una doble función preventiva, tiene un límite claramente establecido. Según mi concepción, y la de toda la doctrina dominante, la pena tiene su límite en el grado de culpabilidad del autor: a ninguna persona le puede ser impuesta una pena si actuó sin culpabilidad (como, por ejemplo, un enajenado mental); así como tampoco la pena puede superar el grado de culpabilidad del autor. La pena de cadena perpetua se puede imponer por haber perpetrado un asesinato, pero no por haber cometido un robo.

El principio de culpabilidad antes señalado constituye uno de los fundamentos del derecho penal alemán y ha sido retomado por nuestra jurisprudencia a partir de la garantía de la dignidad de la persona humana contemplada en la Constitución alemana (Artículo 1 de la Constitución).

¹²⁴ Una exposición más detallada de mi concepción acerca de la función del derecho penal, se encuentra en el parágrafo (§ 3) de mi manual de Derecho Penal. Parte General, referido en el pie de página número 2.

Conforme a lo anterior, el principio de culpabilidad lleva a cabo aquello que en la categoría del injusto realiza la teoría de la protección de bienes jurídicos y de la imputación objetiva: establece un límite a la facultad punitiva del Estado y dota al ciudadano de un razonable ámbito de libertad personal en contraposición a los intereses de seguridad estatales. El ciudadano puede estar seguro de que no será sancionado si no es culpable, pero que tampoco será sancionado más allá de su grado de culpabilidad.

Si la pena depende solamente de las necesidades preventivas y se limita al marco de dichas necesidades, entonces, conforme a mi concepción, el autor culpable debe ser sancionado tan solo en la medida en que esto sea indispensable desde el punto de vista social. Si conforme al grado de culpabilidad de un sujeto se justifica imponerle una pena de cinco años de prisión, el Tribunal deberá condenarlo a una pena menor, siempre que ello resulte mejor para la reintegración del autor a la sociedad. Así, conforme a mi teoría de los fines de la pena, culpabilidad y prevención se limitan recíprocamente: una pena nunca podrá imponerse sin culpabilidad y no podrá ser superior al grado de culpabilidad. La pena impuesta debe basarse en la culpabilidad y será impuesta en tanto sea indispensable desde el punto de vista preventivo.

La concepción de los fines de la pena expuesta hasta ahora es de corte político criminal, con ella se realiza, en el ámbito de la pena, una ponderación entre los intereses de seguridad y libertad y se pretende de esta forma que tenga una base social.

Antes de ejemplificar, un poco más adelante, cómo es que se aplica esta teoría en el marco del sistema del hecho punible, quiero adelantar que he llegado a la conclusión de que la categoría del delito que se ubica después del injusto y que por regla general decide la pena a imponer, debiera denominarse responsabilidad. Entiendo por responsabilidad al concepto

superior de necesidad de pena basado en la culpabilidad y la prevención que conjuntamente determinan la punibilidad¹²⁵.

La punibilidad del autor que se ha conducido de forma contraria a derecho no procederá cuando no sea culpable. Según entiendo la culpabilidad esto se traduce en lo siguiente: no será culpable quien no pueda comprender o no pueda ser influenciado por la norma prohibitiva, es decir, quien no es “motivable por la norma”. Este sería el caso de una persona demente o de quien se encuentra en completo estado de ebriedad, de tal forma que no comprenden el sentido de la norma o que ya no pueden dirigir su forma de actuar. Para determinar si efectivamente se trata de un caso así, puede realizarse, en principio, una investigación con la ayuda de un psiquiatra, de tal manera que mi concepto de culpabilidad no depende de la eterna disputa acerca del libre albedrío del ser humano.

La culpabilidad se excluye también por un error de prohibición invencible, es decir, cuando el autor no sabe que su comportamiento es antijurídico. Esto puede suceder por diferentes razones. La disposición normativa puede ser tan complicada, que el ciudadano normal no pueda comprenderla sin una formación especializada. El autor podría, igualmente, ser aconsejado de forma errónea por un abogado, o quizás pudo haber confiado en el sentido de alguna jurisprudencia, que para su desgracia, fue modificada después del hecho cometido. En todos estos casos, el autor no tuvo la posibilidad de formarse un concepto correcto de la norma jurídica. No recibió el mensaje normativo, y por tanto actuó sin culpabilidad. Una de las decisiones más importantes del Tribunal Supremo Alemán¹²⁶ en el

¹²⁵ El apartado 5, párrafos § § 19-22, de mi manual de Derecho Penal señalado en el pie de página 2, contiene una descripción detallada de mi concepción bajo el título: “culpabilidad y responsabilidad”.

¹²⁶ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, Tomo 2, 1952, pp. 194 y ss.

período posterior a la guerra, fue reconocer por primera vez al error de prohibición como causa excluyente de la culpabilidad. El legislador alemán retomó con posterioridad este hecho y lo plasmó en el Código Penal Alemán (§ 17 StGB).

Según el Derecho penal alemán la renuncia a la pena procederá en aquellos casos –y aquí está lo nuevo de mi teoría por lo que se refiere a este tema- cuando el autor se haya conducido incluso con un grado disminuido de culpabilidad, pero según los criterios preventivos no es realmente indispensable imponerle una pena. Si por ejemplo, ante el hundimiento de un barco, y para salvar la vida de su hijo, el padre arroja al mar a un hombre que ya se encontraba dentro de la lancha salvavidas que a su vez ya estaba totalmente llena, y de esta forma lo mata; en este caso, nos encontramos ante un homicidio doloso, aún y cuando esa fuera la única forma de salvar a su hijo. Pues salvo los casos en los que sea necesario defenderse de una agresión, un hombre no puede privar de la vida a otro. Luego, el hecho cometido por el padre es también culpable, pues éste conoce la prohibición de matar y la capacidad del ser humano para conducir su acción se mantiene vigente aún en situaciones de peligro. No obstante, el legislador alemán consideró que debía de perdonar, y para casos como éste creo la institución de la “renuncia a la pena” (§ 35 StGB).

Conforme a lo dicho hasta ahora, el autor no requiere de efectos preventivo especiales, pues se trata de un hombre que se ha conducido en su vida conforme a derecho, pero que se enfrentó a una situación extraordinaria, que quizás nunca más le volverá a suceder, lo que lo impulsó a cometer ese hecho. Y tampoco se requiere generar efectos preventivos generales dirigidos a la sociedad, pues tales situaciones extremas son muy escasas, y porque el comportamiento del ser humano, ante peligros como el señalado, difícilmente puede ser influenciado por la amenaza de una pena.

En este caso, la responsabilidad del autor no se excluye por falta de culpabilidad, sino porque no hay necesidad de pena. El problema de la “responsabilidad” jurídico penal es, por consiguiente, que califica de igual manera a ambas figuras. Que el supuesto de hecho plasmado en nuestro ejemplo constituye un injusto es algo que salta a la vista, toda vez que el pasajero agredido por el padre no está obligado a asumir dicha agresión, sino que puede repelerla en legítima defensa.

Otro supuesto en el que se excluye la responsabilidad por faltar la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo es el exceso en legítima defensa (§ 33 StGB). Conforme al derecho alemán quedará impune quien “por trastorno mental, temor o miedo”, supere los límites de la legítima defensa y por ello haya golpeado con mayor fuerza de la que hubiese sido necesaria para repeler la agresión. Un comportamiento como el descrito es constitutivo de unas lesiones ilegítimas, toda vez que la acción defensiva debe mantenerse en el marco de lo necesario. El exceso en la legítima defensa es también culpable, pues el autor conoce el derecho de legítima defensa y también sus límites, y normalmente se podrá comportar conforme a éstos, de lo contrario, los límites al derecho de legítima defensa no tendrían sentido alguno.

Si a pesar de ello el legislador renuncia a la pena, esto se debe a la ausencia de necesidades preventivas. Y es que el autor efectivamente ha causado lesiones a la víctima, pero esto sucedió en una situación de mucha presión para él. Es por ello que, desde el punto de vista de la prevención especial, no se requiere sanción alguna para que el autor regrese al camino del derecho y respete así el ordenamiento jurídico. Pero tampoco resulta necesaria pena alguna desde la perspectiva preventivo general. Esto es así pues se advierte que se trata de una persona que fue víctima de una agresión ilegítima, de tal forma que renunciar a la pena en nada afecta al reconocimiento del orden jurídico por parte de la sociedad. Así mismo, la

sociedad no considerará como un ejemplo a seguir, el caso de un hombre que bajo los efectos de una presión extrema, se excede en los límites establecidos por el derecho, de tal manera que reprimirlo mediante el derecho penal no resulta necesario.

De mi concepción de la responsabilidad inspirada en la teoría de los fines de la pena se pueden extraer también, en casos extremos, causas “supralegales” de exclusión de la pena. Al respecto, quiero poner solamente un ejemplo muy conocido para todos nosotros: el ataque del 11 de septiembre de 2001 a las torres gemelas de Nueva York¹²⁷. ¿Hubiera sido lícito derribar los aviones cuando se dirigían a las torres causando así la muerte de los pasajeros, pero salvando a las personas que se encontraban en el World Trade Center? Con base en estos hechos, el Parlamento alemán decretó en 2004 la denominada “ley para la seguridad aérea”, la cual establece que en un caso como el referido se podría disparar a los aviones, siempre que así lo ordenará el Secretario de la Defensa. Con toda razón, nuestro Tribunal Constitucional desechó esta ley en el mes de febrero de 2006, por considerar que infringía la garantía de dignidad de la persona humana contemplada en nuestra Constitución. Y esto es así, porque en ningún caso puede justificarse que el Estado prive de la vida a seres humanos que se han comportado conforme a derecho.

Que el homicidio de los pasajeros se ejecutó culpablemente, no tiene discusión alguna. ¿Pero debe sancionarse al piloto de la fuerza aérea que disparó en contra de los aviones dirigidos por terroristas? Su objetivo es salvar al mayor número de seres humanos posible. Resulta también que en el caso de que los aviones se impacten en contra de las torres gemelas, las vidas de los pasajeros que viajan en la aeronave se perderán sin duda, de tal forma

¹²⁷ Para mayor información véase la 4a edición de mi manual de Derecho Penal. Parte General, 2006, § 22 Rn. 149 y ss.

que disparar en contra del avión disminuirá el número de personas fallecidas. En un caso así no se puede ir más allá del cálculo de probabilidades, pues no se puede estar seguro de lo que harán los secuestradores: no se puede saber si a éstos se les puede vencer respecto del secuestro, pero tampoco puede determinarse si un avión al que se le ha disparado para ser derribado puede causar también grandes daños. Uno puede afirmar aquí que la autoridad Estatal que se enfrenta a una agresión terrorista como ésta, no se encuentra precisamente en una situación ante la cual pueda tomar una decisión pacífica. El piloto de la fuerza aérea que se ve en la necesidad de disparar en contra del avión secuestrado no será sancionado por el hecho cometido, debido a que no podía encontrar otra solución a la situación ante la cual se encontraba. No hay necesidad de imponerle una pena. Tampoco resulta necesario enviar un mensaje a la sociedad a través de la imposición de la pena a este autor, pues una persona común jamás se encontrará ante una situación como la descrita. Así mismo, la conciencia jurídica de la sociedad aprobará el hecho debido a lo trágico de los acontecimientos, de tal manera que en un caso como éste lo que procede es la renuncia a la pena. La teoría de la responsabilidad posibilita que la sanción impuesta al autor no sea considerada sólo como una cuestión relativa a la culpabilidad, sino que también sea vista desde la perspectiva de la necesidad de pena.

Resumen y perspectivas

Con esto llego al final de mi breve exposición con la que he pretendido mostrar la evolución de la teoría general del delito en Alemania y los fundamentos de mi propio sistema del hecho punible. Si yo pudiera resumir en una sola frase cuál es la diferencia entre mi concepción y la evolución sistemática de la épocas pasadas, diría que mi sistematización no se fundamenta en criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino en las funciones político-criminales (es decir, en el fin del derecho penal y de la pena), y que conforme a esta perspectiva, el injusto tiende a ampliarse

debido a la teoría de la imputación objetiva, y la culpabilidad, con la introducción del criterio de necesidad de pena, se extiende hasta hasta constituir una teoría de la responsabilidad. Por encima de todo debo decir, que no se trata de una simple construcción teórico-abstracta, sino que a través de ella también se pueden resolver un gran número de problemas jurídicos y eso es lo que he querido mostrar a través de algunos ejemplos.

La concepción del sistema que he expuesto, se ubica en la tendencia de todo el desarrollo dogmático verificado en Alemania, aunque todavía mucho de ello está sujeto a debate y el desarrollo continúa. En mi opinión, un retorno a los sistemas clásico o finalista del delito no es posible. Pero el modelo de sistematización funcional y orientado a los fines no lo pondría, puede ser desarrollado en diversas direcciones. Lo que he expuesto ante ustedes como una teoría de mi propia creación, es un sistema “personalista-funcional”, en el que el Estado existe para servir al ciudadano y en el que el ciudadano no debe servir en primer lugar al Estado. Esta es una construcción liberal, que como ya lo he señalado, tiene sus orígenes en la ilustración europea. La limitación de la intervención del Estado juega aquí un rol equivalente al de la salvaguarda de la seguridad.

Por el contrario, Jakobs, mi colega de Bönn, ha llamado la atención a escala internacional al proponer una teoría “sistémico-funcional” del delito, que considera, en primer lugar, a la protección del sistema social como el fin del derecho penal sin vinculación a fines político-criminales, por lo que su contenido es muy diferente al mío¹²⁸. Una exposición más detallada de esta teoría rebasaría los límites en los que se enmarca mi ponencia.

128 Una discusión entre las sistemáticas del derecho penal, personalista-funcional y sistémico-funcional, se puede ver en el libro de H. Schneider referido en la nota al pie de página número 2.

El futuro inmediato de la dogmática penal en Alemania será probablemente el debate entre diferentes corrientes del pensamiento racional-final. En esta discusión participan no sólo penalistas en Europa, sino de otras partes del mundo. Especial atención merece el trabajo conjunto entre los penalistas de Argentina y Alemania. Con la exposición de mi propia concepción sistemática espero poder contribuir, aunque sea modestamente, al diálogo entre todos nosotros, el cual deseo que continúe en el futuro”¹²⁹.

d) Sistema Autopoiético

Paso a exponer una idea que considero la más realista en referencia al fin y función de la pena¹³⁰.

Hay una suerte de **SISTEMA AUTOPOIETICO** donde interactúan normas, sujetos, poderes, instituciones, etc. La pena la impondría esta especie de “sistema” para “subsistir”, no para mantener en sí mismo al sistema. Insisto: se trata de una cuestión de subsistencia, es decir algo más tenue que la fortaleza del mantenimiento. Las normas, instituciones, resoluciones, etc. se justifican las unas a las otras, a veces se enfrentan, pero siempre “conviven”. Suelen hasta mutar para que la convivencia se haga posible. ¿Que hay detrás de la escena? Como siempre ocurre: la mano del poder. Oportunamente esto de alguna manera tuvo su explicación política filosófica en la idea de Foucault. El pensador Francés que todo se ve

¹²⁹ Roxin, Claus, “Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania”, Conferencia dictada en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, Abril de 2008.

¹³⁰ Debo reconocer la notable influencia de mis charlas con Raúl Zaffaroni, por lo que cualquier similitud o relación con la teoría agnóstica de la pena que el lector realice seguramente será sustentable.

dominado por la economía -digno triángulo ejemplificativo que formaba Foucault- se arriesgaba a sentenciar cuando enseñaba: que las reglas del derecho delimitan formalmente el poder y “transmiten la verdad” para armar ese equilibrio entre “poder-derecho-verdad”. Se funcionalizan las relaciones de dominación con técnicas de sometimiento polimorfos.

Una digresión: El término *autopoiesis* proviene del griego, *auto* (por sí mismo) y *poiesis* (creación). Los científicos chilenos Maturana y Varela lo usaron para demostrar la actitud de los sistemas vivos. Ambos a su tiempo cuestionaron al sociólogo Luhmann por llevar esta teoría a la sociedad, por ser el organismo un sistema autopoietico molecular.

Sigamos entonces: Para la imposición de pena, las instituciones –por ejemplo- sólo advierten el sujeto en la “superficie”. Se habla en el derecho procesal penal del “hecho”. Eso está muy bien por una parte. Es sano que así sea. Pero es necesario que se sepa que atrás de cada sujeto de derecho existe un ser humano con su historia, sus dramas, sus anhelos... y sus esperanzas de justicia. Esa que exige que sea observado en una cosmovisión antropológica.

De allí la importancia de las teorías zaffaronianas que hablan de la “vulnerabilidad”, “la selectividad”, etc.

Desde la teoría de los sistemas, las sociedades han sido vistas como supraorganismos biológicos. Esto les ha hecho revisar el concepto de Poder.

Se pensó entonces así: La revolución francesa, la revolución inglesa, y la revolución norteamericana, no cambiaron el concepto profundo de poder, que viene del concepto de “fuerza” de la física newtoniana y que es la capacidad de operar sobre una cosa para que haga o deje de hacer algo.

Hay desde esta concepción un paso a las ciencias sociales como la capacidad de condicionar o determinar la conducta de los demás. Ese concepto de poder, en las grandes revoluciones liberales, sólo fue contenido, restringido, limitado o reglamentado, fundamentalmente a través de las constituciones escritas, sin alterar su naturaleza intrínseca. Es decir fue ejercitado por la ley.

Guimaraes nos exige reflexionar: “la conclusión principal es que la pena privativa de libertad, lejos de encontrar el alcance de sus funciones históricamente declaradas, a lo largo de toda su existencia siempre persiguió y cumplió la imprescindible misión de manutención de las estructuras sociales desiguales...”¹³¹

La teoría de los sistemas vivos o *autopoiéticos*, a partir de la constatación de que estos sistemas tienen un patrón de red y las redes, por naturaleza, no tienen centro ni control, ha tornado conflictivo todo pues es la “potestad de dirigir procesos” la que está en crisis o controvertida.

Es constitutivo de los sistemas sociales que los componentes que los realizan sean sistemas vivientes (Maturana). Estos sistemas biológicos, representados por seres humanos, forman sistemas normativos.

Las modernas teorías de las organizaciones y de los liderazgos de mando y autoridad, apuntan hacia los liderazgos dinamizadores, democráticos y horizontales que operan a partir del ejemplo, del estímulo o de la facilitación. Aún así, el concepto tradicional y paternalista de poder está muy arraigado. En la ciencia del derecho, especialmente en la dogmática jurídico penal, el apego a las ideas “alemanas” es paradigmático. Nadie se atreve a dudar, nadie levanta una voz de crítica. Así aquella proclama del

¹³¹ Guimaraes, Claudio; “Funciones de la pena privativa de la libertad en un sistema de producción capitalista”, Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, ps. 332.

adiós a Kant y Hegel sólo fue una aspiración remota de parte de la misma doctrina alemana. Hay que decirlo así para terminar así con irresponsables teorías: *Ni Kant ni Hegel deben ser abolidos pero tampoco se deben erigir como la panacea del pensamiento del derecho penal.*

El viejo paradigma condiciona y una pléyade de doctrinarios esperan el “mesías” –dogmático por cierto- que de la fórmula **fuerza** que extinga todos los males del delito.

Lo cierto es que *todos los sistemas vivos* se autoorganizan y evolucionan conforme a su propia lógica organizacional y a su interacción con el entorno, es decir a partir de la concreta interacción de cada uno de sus subsistemas y de éstos con el entorno. De suyo éste es un dato que nos aporta la física, la química, la biología y –porqué no- las ciencias sociales.

Pero este poder que el sistema del derecho penal ejerce de hecho es violento. Históricamente lo ha sido... y así ha dibujado su claro oscuro sobre su claro oscuro.

Las universidades con sus currículas han visto con el tiempo que sus aportes a la solución de los conflictos sociales fueron estériles. Tal vez el problema haya sido el exceso de enseñanza “controvertida”, el lenguaje críptico “del litigio”, la necesidad de tener razón, de imponer la verdad (la razón) a toda costa, el culto a la confrontación, etc. Deberían formarse más profesionales en mediación y técnicas de solución del conflicto. Se ha tejido desde la academia, igual que el espejo convexo, una red implacable de certezas consolidadas sólo en el litigio, la razón y la justificación del poder.

En tiempos del medioevo el espejo convexo concentraba un espacio que ofrecía la visión de una mirada global y esférica.... universal si

se acepta. Pero la imagen estaba deformada. Se creía que el rayo luminoso daba no más que forma y color al objeto, aunque él golpeaba el ojo provocando la sensación ocular y pertenecía al juicio, es decir a la razón, al sentido común, a la percepción de medir la distancia donde se apreciaba la medida del objeto en relación a los otros objetos. En un sistema tal, la imagen del espejo encontraba el conocimiento y engañaba al juicio haciendo creer que un objeto estaba allá donde no estaba: “*deceptio visus*”, el reflejo era una ilusión óptica, un “*trompe d'oeil*”.

Al sistema opresivo le resulta difícil aceptar que el preso es “un semejante”. Que como bien afirma Yávar es un sujeto de derechos y que estar privado de la libertad no es sinónimo de *capitis diminutio* máxima.¹³²

Hoy muchas de estas ideas insoportablemente totalitarias solventan el poder haciendo creer que un ser humano no es persona, alterando el juicio y la más elemental lógica.

Retomando el hilo conductor es probable que este “sistema” judicial no lo sea para mantenimiento sino para subsistencia. Y así todo lo que ocurra lo sea para darle una razón a la sin razón.

Los sistemas son siempre abiertos, mantienen un intenso intercambio de flujos y reflujos. Así es el sistema de justicia, donde existe un “ambiente” y “un entorno relevante”. Este sistema autopoiético es no más que un conjunto de elementos (juzgados, cárceles, instituciones de política criminal, etc.) que guardan estrechas relaciones entre sí, manteniéndose UNIDO de un modo más o menos estable. La permanencia en tan largo tiempo también se ha encargado de regular su cohesión.

¹³² Yávar, Fernando; “Habeas hábeas correctivo y el derecho al debido trato en prisión”, Revista Jurídica 2005/19, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, ps. 280

Los sistemas se jactan de tener ciertos elementos constitutivos a saber: **insumos y productos**: los insumos son los ingresos (importación) de los recursos, que van del entorno hacia el interior del sistema. Si se atina a elaborar una relación espectral, para el sistema del “espejo” el insumo es quien se mira en él, pero para el sistema del derecho penal el insumo es quien comete el delito, pues el juzgado tiene en esa expresión social su “insumo”, lo que en realidad es la consecuencia de múltiples factores endógenos y exógenos. El “producto” por su parte son las corrientes *salidas* de un sistema. Es decir los egresos. De un juzgado el producto por excelencia es la sentencia. Sin perjuicio de ello los juzgados “producen” cuestiones lejanas a su cometido inicial, pues inundan el sistema de planteos de incompetencia, lo que de suyo forma una dilación gravísima que torna caótico al propio sistema. Los planteos de incompetencia son “una especie de virus” muy dañino al sistema. Hay también otros problemas (prescripciones, etc.) donde el juzgador pone de manifiesto toda la ineficacia de la justicia.

Estos circuitos -por ejemplo: delito, sentencia, policía, delincuente, juez, condenado... o bien todos considerados entre sí-, para la teoría de los sistemas se retroalimentan, ya que la conducta de unos afecta la de otros.

Los sistemas también poseen propiedades que son:

A. la *estructura*: son elementos o partes del sistema que indican lo que éste hace en el mundo que lo rodea, en su contexto.

B. *Comunicación*: transferencia o intercambio entre elementos de un sistema. En el poder judicial las Cortes superiores de Justicia ejercen una influencia notoria. Toman resoluciones políticas y con ello trazan la

línea interior del sistema e interactúan con el entorno achicando o agrandando los límites de otros poderes o individuos.

C. *Emergencia*: sinérgia resultante o comportamiento del sistema que modifica o afecta el mundo exterior. Aquí el poder judicial si se plantea ser custodio de la constitución nacional le queda una ardua tarea por cumplir.

D. *Control*: permite la autorregulación del sistema y su supervivencia en el entorno. Mantiene su compensación homeoestática en el entorno y también con sus subsistemas.

Lo que ha ocurrido y debe valorarse como atenuante en los sistemas de justicia latinoamericanos es el colapsamiento. Esta implosión se da en forma metódica y constante, pues el INGRESO de imputados al sistema ha hecho colapsar el mismo por su falta de capacidad de procesamiento. Esto ha conllevado que aparezcan en auxilio institutos procesales tales como “plazo razonable”, “suspensión de juicio a prueba”, etc.

Esto ocurre porque el sistema del poder judicial tiene gravísimos inconvenientes para ADAPTARSE rápidamente a los cambios del ambiente.

e) Reflexiones

Esta virulenta **crítica** ut supra formulada, que indica el fracaso histórico de las penas de prisión, se ha visto abonada por la opinión del

interaccionismo simbólico¹³³. Sin embargo es oportuno puntualizar que también se ha cuestionado el hecho que estas instituciones de encierro no sólo perjudican a los reclusos, sino alcanzan a sus familias.

Pueden sumarse a estas objeciones que hay una falta de interés social por la problemática de las prisiones¹³⁴, como también que en los delitos no graves es poco el interés de la víctima por el encierro y más la ambición pecuniaria.

Con razón se ha dicho que la extrema y deficiente organización convierte a los centros de detención en verdaderas escuelas del delito¹³⁵. En muchas cárceles de Latinoamérica el principio de dignidad humana se ve atacado dado su estado de precariedad. Así la Corte Constitucional de Colombia declaró el sistema de prisiones como un estado de cosas inconstitucional¹³⁶.

Este universo de cuestionamientos hizo dar un vuelco importante dentro de la política criminal y -de suyo- en el derecho penal en su conjunto, por lo que se intensificó la *búsqueda de sustitutos penales* que sean una alternativa viable y justa a la pena de prisión.

El alto grado de promiscuidad y hacinamiento de todo el sistema carcelario, no es un argumento baladí a la hora de definir si es

¹³³ Puede verse: “Internados. Ensayo sobre la situación de los enfermos mentales”; Goffman, Erving; Editorial Amorrortu, año 1994. También un clásico en la materia: “La sociedad carcelaria”; Neuman - Irurzun; 4ta. reimpresión; Editorial Depalma; año 1984.

¹³⁴ En este sentido se escucha como argumento el hecho que en Argentina “no hay para comprar insumos hospitalarios o dar asistencia para la nutrición de un niño” por lo que las prisiones pasarían a un segundo o tercer lugar dentro de las necesidades básicas del país.

¹³⁵ Flores Idrovo, Luis; “Derecho Penal comentado”, Ed. Nuevo Mundo, Cuenca, Ecuador, 2008, ps. 111.

¹³⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 153/98.

posible la rehabilitación del interno. La superpoblación de los lugares de encierro¹³⁷ y el aumento estrepitoso de los índices de delictividad nos muestran un panorama por demás agorero en la materia, específicamente porque la palabra *prevención* parece ser la eterna ausente a la hora de tomar decisiones ejecutivas en el plano político.

La tragedia de la pena queda de manifiesta en la expresión por demás angustiante de Zygmunt Bauman cuando analiza la “tecnología de punta” de la cárcel “Pelican Bay” en California, Estados Unidos¹³⁸, al decir: *“La única tarea de los guardias es asegurarse de que los presos permanezcan en sus celdas, es decir, en un estado de ceguera e invisibilidad, incomunicados. Si no fuera que comen y defecan, uno confundiría sus celdas con ataúdes”*¹³⁹.

Deberíamos emerger desde la utopía de Elías Neuman: “La cuestión consiste en remplazar los muros, cerrojos y toda clase de aseguramiento drástico, por la propia conciencia... hacer presos de su conciencia”¹⁴⁰.

¹³⁷ La provincia de Buenos Aires dispone de 36 establecimientos carcelarios con capacidad para 14.000 internos. En ellos están alojados 18.089 reclusos (al margen de 7.000 detenidos en comisarías) -Diario La Nación, 12/07/02, pág. 16, nota editorial: “Cárceles Peligrosas”-.

¹³⁸ Una cárcel de bloques de hormigón y acero inoxidable, sin ventanas en las celdas, ni talleres... ni contacto entre sí...

¹³⁹ Bauman, Zygmunt; “La globalización. Consecuencias humanas”, Ed. Fondo de Cultura Económica, buenos aires, 1999.

¹⁴⁰ Neuman, Elías; “Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica”, ps. 135, citado en “Revista del Centro de Estudios Criminológicos, Mendoza, nro. 3, año 1968, ps. 162.

10) Críticas al Derecho Penal del Enemigo

Abanto Vázquez relata que “la doctrina alemana ha rechazado esta teoría del DPE en primer lugar por los términos utilizados por Jakobs, pues recuerdan a los empleados durante el régimen nazi-fascista: “enemigo”, “no persona” (Schünemann)...”. Para concluir éste doctrinario peruano que “el análisis de Jakobs no puede servir, en la práctica, de base constitutiva de un Derecho Penal enclavado en un Estado social y democrático de Derecho”¹⁴¹.

Pastor dice que “Todo lo que se hace contra los enemigos no es jurídico” y recuerda que el hecho del 11 de Setiembre de 2001 no es un “caso penal”¹⁴².

Entiendo que el error de base en Jakobs está en la misma concepción de la culpabilidad. Luego por “efecto dominó” sobrevienen otros problemas (DPE, la pena, el injusto, etc.). Roxin increpa que la posición de Jakobs en torno a la culpabilidad debe ser rechazada... “yo no niego –Aclara Roxin- que la imputación subjetiva solamente en necesidades de prevención general también esté influenciada por necesidades preventivas. Pero reducirla a eso, y aceptar la culpabilidad y la punibilidad sólo porque eso parece socialmente necesario, para decirlo de Jakobs, para la “práctica de la fidelidad al derecho”, no es aceptable. Pues entonces el individuo no es tratado según la medida de su propia personalidad, sino como instrumento de intereses sociales. Una instrumentación semejante atenta contra la dignidad humana y, ya por eso, no puede resultar una concepción de culpabilidad

¹⁴¹ Abanto Vázquez, Manuel; “¿Normativismo Radical o normativismo moderado?; en “Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales”, nro. 5, Editorial Grijley, año 2004, ps. 74 y 79.

¹⁴² Pastor, Daniel; “El derecho penal del enemigo”, en “Los desafíos del derecho penal del siglo XXI”, Ara Editora, Lima, 2005, ps. 809/810.

defendible¹⁴³. Las observaciones a Jakobs llueven desde todos los ángulos. Así Schünemann agrega que tal posición es insostenible, que esta “prevención de integración”¹⁴⁴ implica una “mera aplicación utilitarista de la pena” y significa una “domesticación” de la pena funcional. Jakobs mal interpreta la relación entre ciencia jurídica dogmática y sociología cuando formula la determinación del contenido material del concepto de culpabilidad, tarea que corresponde a la dogmática como atribución con el fin de posibilitar las soluciones de conflictos”¹⁴⁵.

Zaffaroni ha expresado su desacuerdo con esta idea del Derecho Penal del enemigo en un reciente fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina expresando que el derecho penal no debe teorizar sobre la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de la persona¹⁴⁶. También ha formulado penetrantes y serios cuestionamientos en trabajos y libros

Para el Maestro este concepto de “enemigo” sólo es posible en un estado de guerra y con los límites de la convención de Ginebra¹⁴⁷.

Cancio Meliá ha señalado que se trata del resurgir del punitivismo, como reacción internamente disfuncional (percepción de

¹⁴³ “Culpabilidad –lineamientos para su estudio-; Parma, Carlos; pág. 152 y 153, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

¹⁴⁴ También Baratta lo cuestiona en “Integración – prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, Baratta, Alessandro, en Doctrina Penal, año 1985, pág. 3 y siguientes, Editorial Depalma.

¹⁴⁵ Schünemann, Bernd, “El sistema moderno del derecho penal”; España, Editorial tecnos; 1991, ps. 168/169.

¹⁴⁶ Causa “Gramajo, Marcelo”, nro. 1573C, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fecha: 5 de Setiembre de 2006.

¹⁴⁷ Zaffaroni, Raúl: “La cuestión del enemigo en el Derecho Penal”, conferencia dictada en la Universidad Nacional de la Matanza, Buenos Aires, 9 de Octubre de 2007.

riesgos) o bien como derecho penal de autor. Por cierto – agrega- este fenómeno “tiene sus raíces en momentos anteriores al actual”¹⁴⁸.

Carlés entiende que la propuesta del profesor Jakobs¹⁴⁹ es: a. incompatible con el estado de derecho y b. Ineficaz como táctica de contención de una amenaza mayor¹⁵⁰.

Es hora que los tiempos actuales mediten sobre los tiempos actuales. Que se adviertan los cambios de paradigmas. Hoy resulta inverosímil seguir reelaborando las teorías de Hobbes o de Rousseau. En un mundo sin Estados no hay “pactos” posibles y en este sentido no deben aplicarse “reglas” del pasado, aunque las viejas ideas de Kant –hoy reflatadas por Habermas- nos hagan creer que es posible un orden internacional. Tal aserto debe ser reexaminado.

No se puede reafirmar a “Utopía” como algo tangible, pero tampoco debe dejar de ser al menos una idea provista de reflexión. “Los hombres están ligados con mayor fuerza por la buena voluntad que por los pactos, y más por los sentimientos que por las palabras”¹⁵¹.

Si se disiente con lo expresado anteriormente y se pretende respetar la tradición del pensamiento occidental en sus orígenes, se deberá

¹⁴⁸ Dice: “El derecho penal del Enemigo no es consecuencia de un factor externo-de un atentado desencadenante o de una mayoría política circunstancial-. Cancio Melia, Manuel: “De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?”; Libro de Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología; Universidad Nacional de Colombia, Editorial Leyer, Colombia, 2006, ps. 497.

¹⁴⁹ “Que intenta contener una amenaza mucho más violenta: la intervención unilateral de los Estados Unidos en Irak y su guerra contra el terrorismo”

¹⁵⁰ Carlés, Roberto; “El enemigo del derecho penal”; Libro de Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología; Universidad Nacional de Colombia, Editorial Leyer, Colombia, 2006; ps. 43.

¹⁵¹ Moro, Tomás; “Utopía”, Editorial Cultura, Barcelona, 1999, ps. 126.

estar a la idea prístina que “el hombre es sagrado y al matar un hombre se mata a la humanidad”.

Esto no funcionaba en la filosofía política liberal de Hobbes donde la unidad y multiplicidad del sujeto político se planteó en términos de pluralidad de individuos y unidad del soberano. El desprecio que Hobbes tenía por el ser humano que se convertía en “enemigo” era mayúsculo, de allí que le quitaba la condición de persona.

En la antípoda Stammler pensaba que el derecho justo se apoya en dos principios: de respeto y solidaridad.

En la actualidad en cambio hay una reactivación de la filosofía política que baraja la idea del fin del Estado (de las soberanías) y de la historia, sin “contratos” ni “revoluciones de clases”... una especie de “biopolítica”.

La filosofía del derecho penal tradicional –con base en Kant y Hegel- y la filosofía política –con base el Hobbes- no practica abordajes teóricos heterogéneos que puedan ver el fenómeno político como un mecanismo de sujeción, control y administración, en tanto no admiten que la vida pueda ser pensada metafísicamente. Tampoco los autores clásicos citados advierten el vacío abierto por la retirada del Estado, como aceptan Negri, Espósito, Agamben, entre otros.

Aunque Pawlik cuestione a los científicos que opinan sobre el fin definitivo del Estado y “los deseos intelectuales de un anticipado estado de excepción”, del cual –afirma- “estamos lejos aún”¹⁵², creo que la cuestión

¹⁵² Pawlik, Michael; De su conferencia en la Fundación Ortega y Gasset, Madrid, titulada: “El terrorista y su derecho”, Marzo, 2008. Traducción: Enrique Bacigalupo y colaboración de Jacobo Barja de Quiroga.

no es así, pues **se vive en la excepción**. Se ha hecho de la excepción la regla. Sólo basta un paneo a cualquier Derecho Procesal Penal moderno para notar la burla a la intimidad, a la dignidad humana y muy especialmente a la libertad.

Cuando ocurre el hecho luctuoso del 11 de Setiembre del año 2001, se trata de un acontecimiento político que se coloca en OUT POUT pero Jakobs (aún contradiciéndose) lo ubica en el IN POUT . Esto hace que la dogmática se torne permeable. Un juego que en el sistema jakobiano no debería corresponder.

Con su habitual profundidad de análisis, Edmundo Bodero describe la idea de Jakobs como normativista y absolutista, que defiende a ultranza el sistema social, debiendo el Derecho Penal proteger la norma y su buen funcionamiento. Se trata para este agudo pensador Latinoamérica de una tesis que pone de manifiesto “la nueva criminología donde el derecho penal es un instrumento de control y dominación al servicio de las clases hegemónicas en cualquier latitud”¹⁵³

El Derecho Penal del Enemigo es una cuestión grave, hace sociología, criminología y sobre todo política. Compromete directamente a Latinoamérica por ser diferente en cultura y hasta por una cuestión étnica: Menezes¹⁵⁴ es el ejemplo.

¹⁵³ Bodero, Edmundo; “El post finalismo, sublimación de la política criminal y el control social”, en Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias sociales y Políticas, de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, nro. 19, año 2005, ps. 29 y siguientes.

¹⁵⁴ Después de los atentados terroristas de Londres, Menezes fue brutalmente asesinado por “error”.

A guisa de conclusión, frente a este planteo debe exigirse una toma de posición: o se está a favor de los Derechos Humanos, las garantías y la igualdad o no.

Digámoslo así: *Todo adelantamiento de imputación dirigida a un individuo se encuentra ya regulado por normas del derecho positivo (léase asociación ilícita, delitos de peligro, etc.). No se puede hacer una más excepción sobre la excepción. Tal extremo nos llevaría al absurdo de una cadena infinita de excepciones.*

Aunque resulte utópico hay que abandonar las tesis utilitaristas. Tales principios han demostrado su fracaso histórico. Hay que sostener a rajatablas que el hombre no puede ser sacrificado en aras de la sociedad ni de ningún interés político (tesis de Rawls).

11) Persona: Rawls, Kant, Cossio, Hervada, Kelsen, Hegel, Nozck, Maritain, Roxin, Jakobs, Luhmann, etc. Visión Multidimensional del derecho.

Creemos con razón la afirmación que “todo derecho penal está antropológicamente fundado”, pues se recorta sobre la imagen del hombre apreciado como actor social”¹⁵⁵. Es que como afirma Martínez Paz, la pregunta ¿qué es el hombre? no puede ser dejada de lado cuando se trata de

¹⁵⁵ Lo dicen: Zaffaroni en su “Tratado...”, t.II, pág. 429 y Radbruch en “Introd....”pág. 155. Citado por Gonzalo Fernández en “El principio de culpabilidad: para una teoría del sujeto”; pág. 146, en Revistas de Ciencias Penales nro. 5, año 2.000, fundación cuadernos de Cátedra. MAVE Editora, Argentina.

reflexionar acerca de la naturaleza del derecho o de encontrar la medida de la justicia¹⁵⁶.

El hombre persigue fines, es potencialmente artífice de su propio destino y así se presenta ante nuestros ojos: *libre, germinal y jugoso*¹⁵⁷. Como sujeto “dinámico de valores” el hombre se realiza a sí mismo mediante el juicio moral y la acción correspondiente¹⁵⁸.

Por otra parte somos consientes que el núcleo actual del iusnaturalismo moderno fue refundado sobre los derechos del hombre¹⁵⁹, hoy llamados *derechos humanos*, que son tema central en la vida práctica de la gente y obligada reflexión de la filosofía jurídica¹⁶⁰.

Hace ya muchos años Hegel imponía una máxima “*sé una persona y respeta a los demás como persona*” Este punto de partida bidireccional es un juego de respeto: hacia uno mismo y hacia el semejante.

Es que al reconocerse las personas como hombres libres en una sociedad de derecho, es allí donde se respetan. El ámbito es la sociedad racional y no el estado de naturaleza que es arbitrario y salvaje.

¹⁵⁶ Martínez Paz, Fernando; “La enseñanza del Derecho”; Editorial Mateo García, Córdoba, año 2001, ps. 17.

¹⁵⁷ Parma, Carlos; “Culpabilidad - lineamientos para su estudio -;” pág. 69, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

¹⁵⁸ Quiles Ismael; “Filosofía de la persona según Karol Wojtyla”; pág. 10; Editorial Depalma, año 1987.

¹⁵⁹ “Los principios generales del Derecho”; Del Vecchio, Giorgio; pág. 71; 2da. Edición; Editorial Barcelona, año 1948.

¹⁶⁰ Scala, Jorge; “Derechos humanos y constitución”; Diario “El derecho”; serie Filosofía del Derecho, pág. 11; Nro. 1; Univ. Católica Argentina; Mayo del año 2001.

De última generación filosófica resulta el pensamiento de Robert Nozick quien enfrenta este desafío (aunque más próximo a Kant) constituyéndose en un adalid posmoderno. El maestro de Harvard apuesta hacia una ética del valor, porque la persona es valiosa por sí misma. El tú y el yo valen en Nozick lo suficiente y de su relación derivan dos postulados éticos: 1. que debo comportarme a la altura de lo que valgo (ethical push) y 2. que debo tratarte a la altura de lo que tú vales (ethical pull). El “*push*” me *empuja* hacia mi alto valor. Con el “*pull*”, el prójimo me tira o reclama hacia su alto valor¹⁶¹. Entonces la cuestión es importante: que yo valga y que tu valgas, marca la “diferencia”... es ser único.

Insertos en este análisis no debe soslayarse el pensamiento Rawlsiano. Conforme su trabajo original (teoría de la Justicia), John Rawls fija estos principios: 1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. 2. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere *razonablemente* que sean ventajosas para todos y b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. Es útil aclarar que en sociedades donde el individuo ha adquirido un nivel mínimo de desarrollo económico, la libertad no puede ser limitada en favor de la obtención de mayores ventajas sociales y económicas, sino sólo en el caso de que entre en conflicto con otras libertades básicas¹⁶².

Este “ir y venir” permanente de respeto entre persona y persona, también fue aceptado, a su tiempo, por Hartmann, quién a su vez influyó

¹⁶¹ Grondona, Mariano; “Bajo el imperio de las ideas morales”; Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993, ps. 124..

¹⁶² “Las teorías de la justicia después de Rawls”; Gargarella, Roberto; pág. 39 y 40; Editorial Paidós, año 1999.

notablemente sobre autores latinos de la década del 40 y 50. Hartmann sostenía que “la persona exige para sí misma el *reconocimiento* de aquellos a quienes a su vez admite como personas”¹⁶³.

Este respeto a la persona y a la sociedad también se vio modernamente en Maritain quien aceptaba la naturaleza humana como obra cumplida por un trabajo de razón y voluntad, libremente consentida. Así decía: “la persona humana reclama la vida política, la vida en sociedad, no solamente con respecto a la sociedad familiar, sino con respecto a la sociedad civil. Esa *sociedad de personas humanas* es un todo de todos, porque la persona como tal es un *todo*. Y es un todo de libertades, porque la persona como tal significa gobierno de sí, o independencia...”¹⁶⁴. Resulta entonces interesante al análisis comparativo esta sublime posición sobre la persona y sociedad.

Con respecto al término **persona** hay coincidencia que deviene del griego “prósopon”, máscara o careta con la que se cubría el rostro el actor en el teatro clásico para representar al personaje. Jakobs también - como veremos- así lo advierte. En esta misma dirección se apunta al verbo latino “personare” que indica “sonar a través de”, “resonar la voz”, precisamente como lo hacía el actor gracias a su máscara.

San Agustín aludió a la idea de relación (conexión entre lo que se dice y se vive) presente en el concepto de persona, para referirla a la experiencia de intimidad. El hombre es definido por su experiencia personal, el ser conciencia individual a partir de su propia experiencia. La palabra que

¹⁶³ “El “ethos” de la personalidad”; Hartmann, Nicolai, Actas del 1er. Congreso de Filosofía. Mendoza; Publicación de la Universidad Nacional de Cuyo, tomo I, pág. 309. Entre otros Hartmann con su visión estratificada del hombre influenció en Soler.

¹⁶⁴ Maritain, Jacques; “Los derechos del hombre”; Editorial Dedalo, 1961, ps. 20.

“instaló” San Agustín y que el cientificismo positivista sepultó fue *amor*. San Agustín solía proclamar: “ama y has lo que quieras”.

Boecio proporcionó una definición clásica (también aceptada por Santo Tomás) en referencia a que “la persona es una sustancia individual de naturaleza racional”.

Descartes vió a la persona “como un sujeto interior y espiritual”. Kant rescató el valor moral de la misma, viendo a la “personalidad como la libertad e independencia frente al mecanismo de la naturaleza entera”... “así la persona moral es la libertad de un ser racional bajo leyes morales”. En su obra “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” (año 1785) Kant encuentra la fórmula que “cada ser humano tiene derecho a ser persona en el derecho”. Cada persona está caracterizada por el *respeto* y no por una relación jurídica cualquiera. Así -para Kant- la persona es un ejemplo de la restricción de la arbitrariedad en el marco de la realización de relaciones sociales, que son siempre relaciones de poder. Luego (año 1797) Kant otorga al sujeto una imputabilidad, permaneciendo la misma conectada con el respeto.

En opinión de Occam la persona “es una substancia intelectual completa que no depende de otro supuesto”. Leibniz por su parte sostenía que “la palabra persona lleva consigo la idea de un ser pensante e inteligente, capaz de razón y reflexión...”.

Para Fichte el “yo es persona, no sólo por ser un centro de actividades racionales sino sobre todo por ser un centro metafísico que se constituye a sí mismo poniéndose a sí mismo.

Max Scheler explícitamente entendía que “la persona es la unidad de ser concreta y esencial de actos de la esencia diversa... el ser de la persona fundamenta todos los actos esencialmente diversos”.

Más próximo en el tiempo, Kelsen sostuvo que la persona es un centro de derechos y obligaciones, o sea un centro de normas jurídicas que así lo establecen. La persona es un factor unificador de un haz de normas. “Es un centro de imputación de normas”.

Esta imagen kelseniana encuentra su fuente en el mismo derecho romano, donde la idea de personalidad, jurídicamente hablando, giraba en torno a la atribución de una subjetividad, que entrañaba una capacidad para ser centro de imputación jurídica¹⁶⁵.

En nuestra opinión la persona es, como estructura óptica, un “ser sujeto consciente de su propio actuar”. La persona se autorrealiza en el ser (es más persona), en la verdad, en el bien y en la belleza¹⁶⁶. El ser humano es una persona, y es en ese sentido “la unidad sustancial de materia y espíritu”, por eso se afirma que la persona es toda sustancia indivisible de esencia racional”¹⁶⁷.

“La naturaleza esencial social o comunitaria del hombre está arraigada en la naturaleza de la persona, y no al revés”, en otras palabras el hombre no es persona porque es social, sino que es social porque es persona. De allí que sostengamos -reitero- que la estructura óptica de la persona, el hecho de *ser* persona, es un valor primero y previo a todos los demás valores

¹⁶⁵ Parma, Marcelo; “Compendio básico de Derecho Romano”; Editorial Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo, Argentina, 1997, ps. 91..

¹⁶⁶ Wojtyla, Karol; “Persona y acción”; Editorial BAC; Madrid, año 1982.

¹⁶⁷ Baquero Lazcano, Pedro, “Antropología filosófica para educadores”; Editorial Lerner, año 2001, ps.10.

humanos, de lo que se deduce que la sociedad debe ser para la persona y no viceversa¹⁶⁸.

Son más que sabias y oportunas las enseñanzas de Ramella cuando –citando a Dumas- no dice que “*no es el Estado ni la ciudad ni la familia los que han hecho al hombre, sino al contrario. El hombre existe, como hombre, en la sociedad o fuera de ella. Esta es apenas una necesidad condicional, un medio para que el hombre realice mejor su finalidad completa*”¹⁶⁹.

El punto de partida de la ciencia del derecho es el hombre, que socialmente debe ser visto como persona. Así el derecho brota, fluye de la persona que vive en sociedad. Visto así *el derecho no es un ser sino una modalidad de existir del ser humano en sociedad*¹⁷⁰.

Jakobs recorta su imagen de persona explicando: “La realidad en que se objetiva la libertad es el **derecho** que tiene como punto de partida **la persona** y la propiedad”, dirá Hegel. Para luego sostener “la persona concreta, que es para sí un fin particular, en cuanto totalidad de necesidades, y mezcla de necesidad natural y árbitro, es uno de los *principios de la sociedad civil*. Pero la persona particular está esencialmente en relación con otra particularidad, de manera tal que sólo se hace valer y se satisface por medio de la otra...”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Quiles, Ismael; “Filosofía de la persona según Karol Wojtyła”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 73..

¹⁶⁹ Ramella, Pablo; “Derecho Constitucional”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 275.

¹⁷⁰ Ghirardi, Olsen, “El razonamiento forense”; Ediciones El Copista, Córdoba, año 1998, ps. 34.

¹⁷¹ Hegel, G. W.; “Principios de la filosofía del derecho”; Editorial Sudamericana; Bos Aires, 1975.

Jakobs lo relata y lo explica así: “Ser persona significa tener que **representar un papel**. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador (con cita de Hobbes y otros), sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación del mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad... tienen un papel que representar”. Continúa diciendo: “ la subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes... dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas”¹⁷² .

Jakobs dice: “La norma originaria es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo. Hegel enuncia la siguiente norma originaria: sé una persona y respeta a los demás como personas”. Esta es una norma, ciertamente, para un estado jurídico ya desarrollado, en el que existen deberes entre las personas, y no, al menos no sólo, hacia el señor: a través de un trato entre ellas, por ejemplo, el comercio, las personas sirven a lo general. Lo mismo sucede respecto de la concepción de Hegel de que el contenido mínimo de la norma originaria se dirige a no lesionar al otro... el rango de una persona viene *determinado por los deberes que le competen* o que cumple ... sacrificando sus derechos”¹⁷³ .

¹⁷² Jakobs, G.; “Sociedad, norma y persona...”; Editorial Civitas, Madrid, 1996, ps. 50/53.

¹⁷³ Jakobs, G.; “Sobre la génesis de la obligación jurídica”; Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina, 2.000, ps. 41.

Hegel machaca la idea de respeto de la persona humana, así deben tratarse y “reconocerse”, por ello expresa. “*los hombres sólo son hombres en la medida en que reconocen a otros hombres y son reconocidos por estos*”¹⁷⁴.

En relación a lo narrado precedentemente, Jakobs enfoca la imputación personal, diciendo que “el derecho penal reacciona frente a una perturbación social; ésta no puede disolverse de modo adecuado en los conceptos de sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas.

No debe dejar de comprenderse que tanto Hegel como Jakobs son pensadores que sirven al poder del momento, por lo que deben entonces afirmar que “su sistema” es el correcto y el final.

Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales; de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de la competencia y de la norma como expectativa social institucionalizada. Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara (con citas de Hobbes y Luhmann)...¹⁷⁵.

Hegel sentencia: “porque lo universal desperdigado en los átomos de la absoluta multiplicidad de los individuos, este espíritu muerto, es una igualdad en la que todos valen como cada uno, como personas...”¹⁷⁶,

¹⁷⁴ En cambio Kant planteaba el respeto en base a las reglas y a la moral... el respeto indica que los seres humanos son receptivos a las leyes y a la autoridad de la moral.

¹⁷⁵ Jakobs, G. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional”; Editorial Civitas, año 1996., ps.50.

¹⁷⁶ Hegel, G.; “Fenomenología del espíritu”; Editora Fondo de Cultura Económica, México, 1973, ps. 283.

rescatando de esta manera el “valor persona” que cada individuo tiene por el hecho de saberse humano.

Como se observa la posición de Hegel sobre la persona fue virulentamente cuestionada en distintos planos (filosóficos, teológicos, psicológicos, etc.). En el rubro estrictamente jurídico y llegando a nuestros días, también la ola de críticas ha vuelto contra Hegel. Lesch increpa el pensar hegeliano así: “hay que preguntarse y tratar de nuevo, cómo ha de definirse a la persona de esa nueva sociedad post - civil y de que derechos disfruta. Puede ser que entonces los argumentos de Kant y Hegel ya no posean relevancia”¹⁷⁷.

Se ha dicho que una sociedad “es un conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas. Pero el principio, el sujeto, y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana”¹⁷⁸.

En la idea de Luhmann: **Sociedad... persona.** Existe sociedad si hay normas reales, y en la medida en que las haya... persona es aquel a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del derecho. La persona no actúa según el esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino según el esquema de deber y espacio de libertad. Persona real es aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma. El hecho del infractor de la norma, muestra la contrapartida de la sociedad real y sólo se halla vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por ella (por la sociedad) como persona: justamente por esto, se mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal... subsiste su

¹⁷⁷ Lesch, Heiko; “La función de la pena”; Editorial Dyfinson, año 1999, ps.52.

¹⁷⁸ Puede verse esta idea en la Encíclica “Pacem in terris” 9 y en “Elementos de Doctrina Social de la Iglesia”, Ricardo Seco, Editorial Alveroni; año 1997.

personalidad formal. Por tanto, el infractor de la norma tiene que seguir siendo persona. La sociedad es comunicación .**Sujeto.** En el derecho lo que interesa es el sujeto que desempeña un rol. Aquí lo que pesa es “si existe un deber o no”. En el ordenamiento jurídico no existen seres humanos, sólo existen sujetos. Este sólo conoce “personas”.

Lo cierto es que en la tesis jakobiana, siempre una persona porta un rol, que es “su papel” a representar y comunicar con “sentido”. De esta manera garantiza a los otros un “comportamiento” conforme la expectativa.

Ser persona en Jakobs es *cumplir el deber frente al grupo. La dogmática jurídico penal empieza con la vigencia de la norma y no considera ni la naturaleza ni la conciencia de la persona como materia jurídico penal, son sólo indicadores de un estado respecto de la vigencia de la norma.*

El agresor es infiel a la norma, de tal manera con su actitud hostil “resquebraja la confianza en la norma” ¿y la pena qué hace? Restituye la confianza en la norma¹⁷⁹.

A partir que Jakobs –específicamente en el año 2001- adscribe su Derecho Penal del Enemigo, endurece el concepto de persona. Considera que los enemigos no son personas, como señalé supra los reduce casi a “animales peligrosos”. En su nueva modalidad que es el “peligrosismo” dice que el enemigo no se toma en serio el derecho, pues “el sujeto peligroso ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos”¹⁸⁰

¹⁷⁹ Parma, Carlos, “El pensamiento penal posmoderno”; en Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo, nro. 30, año 1998, ps. 109.

¹⁸⁰ Jakobs., Günther; ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?; en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 146.

Rawls sobre la idea general de persona y su ensamble social aventuraría propuestas compatibles: “nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social, nadie conoce tampoco cual es su suerte en la distribución de ventajas...¹⁸¹”. Así llegan los hombres al “pacto social”, sin nada. Lo hacen con el “velo de la ignorancia” acerca de cómo les irá (son “adanes sin historia”). Entonces deben aceptar la igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia, donde el progreso de unos debe redundar en beneficio de los que están peor. Así la igualdad de oportunidades debe ser equitativa. La sociedad debe compensar de alguna manera y así igualar el “punto de partida”. La competencia debe “ser justa”.

Husmeando en grandes clásicos universales, esta idea ya estaba en Erasmo de Rotterdam, precisamente cuando se refiere a que cualquier sujeto que se sale de su personaje... que se quita la máscara decepciona. Recordemos entonces este pasaje de “El elogio de la locura”: “Si estando un cómico en escena se le ocurriese quitarse la careta y enseñar a los espectadores su rostro verdadero, ¿no trastornaría la comedia toda y, merecería que el público le arrojase del teatro como a un insensato o a un loco?... al destruir así la ilusión se ha destruido también el interés de toda la obra... Pues bien: la vida de los hombres, ¿qué es sino una comedia en la que bajo una máscara prestada cada uno sale a *representar un papel...?*”.

Ser y parecer, ser el uno y en la relación intersubjetiva, el ser “con”, el ser “en”, el ser: autónomo y heterónomo... el todo en Jakobs se acobia en la idea de persona, aquella que porta un “rol” y a través de ese papel genera una expectativa social de armonía con la norma.

¹⁸¹ “La justicia en Rawls”; Bliffeld, Hugo; en Anuario de filosofía jurídica y social nro. 7; Editorial Abeledo - Perrot; año 1987.

Por esto Jakobs sostiene que “el concepto de persona es relativo a los deberes y derechos atribuidos... los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio)”¹⁸².

Luhmann emprendió desde principios de los años ochenta un giro en el camino del “sistema autopoietico” para definir a la sociedad. Allí Luhmann no embarca a las funciones de la pena en su teoría ni a la integridad del ordenamiento legal. Por lo que la idea de prevención general positiva se torna incompatible con el sistema de Luhmann¹⁸³.

Visión multidimensional del derecho:

En la Universidad Nacional de Córdoba, Fernando Martínez Paz, instaló el modelo jurídico multidimensional donde la idea de lo justo, o más concretamente la justicia misma, aparece como una necesidad y una exigencia, tanto de los hombres como del orden social.

Los intereses, pretensiones y divergencias sociales “se protegen y garantizan teniendo en cuenta su dependencia con el bien común”, sólo así puede hablarse de un orden social y justo. Revalorizando los conceptos de igualdad y de dar a cada uno lo suyo, se intenta una “justicia dinámica” realizada y a realizarse históricamente, tanto individual como social. Así la conducta debe estar orientada hacia el respeto de la ley, teniendo en cuenta su función educadora del derecho y fundamentalmente los aportes de las ciencias humanas y sociales (psicología, biología, sociología, historia, antropología, etc.).

¹⁸² Jakobs, Günther; “La idea de la normativización en la dogmática jurídico penal”; en “Los desafíos del derecho penal del siglo XXI”, Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 114.

¹⁸³ Ver: “Prieto Navarro, Evaristo; “Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social”, En Revista electrónica Doxa, nro. 23 año 2000.

Mundo jurídico se entiende en sentido general como “una red de relaciones complejas, cuyos componentes fundamentales son los términos de relación *hombre – sociedad – cultura – derecho*.”

Existen entonces fenómenos jurídicos multidimensionales, como variedad de los fenómenos socio – culturales.

Esquemáticamente Martínez Paz habla de cuatro dimensiones: dimensión antropológica (afirmada en el concepto de persona); dimensión cultural (afirmada en el concepto de cultura); dimensión social (afirmada en el conjunto de la sociedad) y el derecho (dimensión configurada a su vez por dos dimensiones) a) derecho positivo y b) conjunto de principios éticos-jurídicos.

Véase entonces que esta visión multidimensional apreciará y respetará al hombre como base del sistema y la ley deberá contener un plus de ética para poder cumplir su objetivo integral.

Aquí se puede recordar lo que Zaffaroni invoca en su magna idea: *el principio de superioridad ética del Estado*.

Sostiene el Maestro: “en la medida en que el Estado de derecho cede a las presiones del estado de policía encapsulado en su seno, pierde racionalidad y debilita la función de pacificación social, pero al mismo tiempo pierde nivel ético, porque acentúa la arbitrariedad de la coacción... la renuncia estatal a los límites éticos da lugar a la ilegitimidad ...”¹⁸⁴

Los romanos con sus sabias enseñanzas solían decir: “*hominum causa omne ius constitutum est*” (POR CAUSA DEL HOMBRE TODO DERECHO SE CONSTITUYE)

¹⁸⁴ Zaffaroni, Raúl; “Derecho Penal. Parte General”, buenos aires, Ediar, 2000, ps. 131.

En la antinomia hombre – persona, el filósofo Carlos Cossio concluía que “la personalidad jurídica del hombre no puede ser negada, ni atribuida su existencia al arbitrio del legislador, por una razón esencial: el hombre, como protagonista, es siempre sujeto del Derecho y no objeto”¹⁸⁵.

Javier Hervada ha insistido en el respeto de los derechos fundamentales diciendo: “*La conclusión es obvia: todo ser humano es titular de derechos humanos, porque allí donde existe la naturaleza humana hay la dignidad y el valor que están en la base de los derechos*”¹⁸⁶.

A modo de corolario sirva pues la imagen que deja Roxin: “Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino también *del* Derecho Penal”¹⁸⁷.

Precisamente “el derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Ramella, Pablo; “Introducción al derecho”, Segunda Edición, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1980, ps. 223.

¹⁸⁶ Rivas, Pedro; “El derecho a la vida”, en “Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía de Javier Hervada”, Editorial Ara, Lima, de la Colección jurídica de la Universidad de Piura, 2005, ps. 169.

¹⁸⁷ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I , Civitas, Madrid, 1997, p. 137.-

¹⁸⁸ Dworkin, Ronald; “Los derechos en serio”, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1989, ps. 17.

12) Aceptar un “derecho paralelo” que niegue al ser humano es darle cabida a una ley injusta. Los más granados exponentes en debate.

Si se propone desde el derecho considerar al ser humano como un animal y tratarlo en consecuencia se va a estar en un error insubsanable. La magnitud de la injusticia legal no nos va a dejar más alternativa que darlo por derecho inválido.

Cuando el derecho positivo lesiona el bien común se torna insostenible.

Veamos el problema en la opinión de los más destacados tratadistas.

Dworkin, desde el “*iusnaturalismo sociológico*”, enseñaba que el derecho es un fenómeno social argumentativo, donde las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento¹⁸⁹.

“La actitud del derecho es constructiva. Su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado”.

Agregaba éste maestro de Oxford que hay que tener en cuenta que en el derecho, junto a las normas jurídicas, o por encima de ellas, operan estándares que limitan su alcance. Son mecanismos (la “directriz” y los

¹⁸⁹ Dworkin, Ronald; “El imperio de la justicia”; pág. 15 y 290; Editorial Gedisa, año 1998.

“principios”) de los que hechan mano los jueces en la interpretación de las normas. Son una suerte de “metanorma”¹⁹⁰

Finnis por su parte, respalda la vigencia del derecho natural en función de la moral y de la razonabilidad práctica arribando a conclusiones muy valiosas para entender el derecho justo e injusto.

Sostengo el criterio que *“Las expectativas sociales institucionalizadas deben pasar necesariamente por un matiz de razonabilidad para poder resolver el problema central, aspirando siempre al bien común”*. En términos simples no deben abandonarse los principios esenciales del derecho natural pues éstos tienen correspondencia directa con los derechos humanos.

Finnis se aventura a decir que lo principal en el ámbito jurídico son las normas. Reafirmando esta concepción, hoy en día este pensamiento se ha consolidado, ya que “los juristas elaboran sus conceptos a partir de las normas. Esto no significa que trabajen exclusivamente con material normativo”, pero sí nos parece cierto, debo reconocerlo, que “las normas jurídicas son un concepto básico, o elemental, del discurso jurídico contemporáneo”¹⁹¹. Pero para ser relevantes en el mundo del derecho deben pasar por un tamiz de razonabilidad para alcanzar el caso central (justo).

La cuestión a plantearse en un primer nivel será: *lex injusta non est lex...* (“el derecho injusto... ¿es derecho?”). Y es aquí donde el positivismo ha mostrado su lado oscuro.

¹⁹⁰ Russo, Eduardo; “Teoría general del Derecho”; pág. 58; Editorial Abeledo Perrot, año 1997.

¹⁹¹ “Elementos de análisis jurídico”; Capella, Juan Ramón; pág. 97 y 51, Editorial Trotta, año 1999.

Intentaremos una obligada síntesis al respecto. Si bien Platón, Cicerón y Aristóteles refirieron observaciones al respecto, fue San Agustín quien arriesgó la idea que “una ley que fuese injusta no parecería ser ley”. Tomás de Aquino lo citó, pero en forma más mesurada enseñó que se trataba de “actos violentos”, concluyendo que “non lex sed legis corruptio”, es decir “cuando la ley del hombre es en sí misma directamente contraria a la ley de la razón o a la ley de Dios, entonces no puede llamarse correctamente ley sino corrupción”. Así se plasmó durante años la concepción ius naturalista: “determinadas reglas no pueden ser ley debido a su iniquidad moral”.

En el siglo XX, Kelsen respondía afirmativamente el acertijo: “en tanto se cumpla con una serie de requisitos legales el derecho injusto no se puede negar que es derecho”, diría el maestro de Praga¹⁹². En las antípodas del positivismo kelseniano se encontraba Radbruch, quien le negaba validez al derecho si violaba derechos humanos, ya que habría un límite en el legislador en cuanto no puede obligar lo imposible¹⁹³.

Radbruch advierte la necesidad histórica de rescatar en la segunda mitad del siglo XX los “derechos humanos” como garantía de libertad. Dice, que el respeto ciego a la ley que postuló el positivismo hizo posible la implementación de un régimen totalitario por ello resulta valioso “reflexionar nuevamente sobre los derechos humanos que están por encima de todas las leyes. En su obra “Filosofía del Derecho” sostenía que “derecho

¹⁹² “Una norma es válida cuando tiene fuerza obligatoria... la validez es una propiedad normativa”.

¹⁹³ Radbruch propone la “naturaleza de las cosas” como fundamento de “la progresiva transformación de una relación jurídica en una institución jurídica. Esta institución jurídica deriva de los hechos de la naturaleza, de las costumbres, tradiciones, usos o de las relaciones vitales, en una especie de tipo ideal que se obtiene “mediante la tipificación e idealización de la individualidad de la relación vital que se considera” (Cfr.: “Introducción al derecho”; Aftalión, Vilanova y Raffo; Pág. 317, Editorial Abeledo Perrot, año 1999.

es la realidad cuyo sentido consiste en servir a la idea del derecho”. Para él la idea del derecho está constituida por tres elementos fundamentales: *la justicia, la seguridad y la finalidad o funcionalidad*. Estos tres elementos están en permanente tensión y hasta contradicción entre sí, sin que la filosofía del derecho pueda indicarnos cuál de ellos debe prevalecer, porque la vigencia de estos valores jurídicos cambia según las épocas y las necesidades históricas de la sociedad... esto hace a la relatividad axiológica”. Pero aclara que “*cuando la injusticia del derecho positivo alcanza una medida tal que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo carece de significación frente a esta injusticia, el derecho positivo injusto tiene que ceder ante la justicia*”¹⁹⁴.

La naturaleza de la cosa -sentencia Radbruch- es la pauta de todos aquellos que se esfuerzan por aminorar el rudo dualismo entre deber ser y el ser, realidad y valor, buscando la razón en los entes; es un lema en la lucha entre dos ideologías que en la historia del pensamiento clásico alemán se encarnó en dos grandes figuras Kant y Goethe...”¹⁹⁵.

La tesis de Radbruch plasmada en “Injusticia legal y derecho supralegal”, que indicaba que el “derecho incorrecto debe retroceder ante la justicia”¹⁹⁶ fue citada por el Bundesgerichtshof (BGH St, Corte Federal de Alemania) siguiendo sus precedentes y analizada por Jakobs¹⁹⁷, en el caso “los defensores del muro” que citamos precedentemente. Sodero dice que “la fórmula de Radbruch no identifica el derecho con la facticidad de la ley

¹⁹⁴ “La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento”; Radbruch, Gustav; pág. 55 a 59, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1963.

¹⁹⁵ “Relativismo y derecho”; Radbruch, Gustav; Monografías jurídicas nro. 82; pág. 53; Editorial Temis, Bogotá; año 1992.

¹⁹⁶ Puede verse: “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, año 1962).

¹⁹⁷ La publicación salió en Neue Zeitschrift Strafrecht, año 1994, nro. 586.

conforme al ordenamiento y la eficacia social, sino que establece para esa facticidad un límite en el umbral hacia la extrema injusticia, haciéndole perder allí el carácter jurídico y la validez jurídica”. Este criterio es respaldado por Alexy quien didácticamente dirá: “la injusticia extrema no es derecho”¹⁹⁸.

Se dice que el fallo “los defensores del muro” sigue el derrotero que trazara oportunamente el juicio de Núremberg a los criminales de guerra nazis. Esta jurisprudencia hizo opinar a Rommen sobre el “eterno retorno” del derecho natural. En opinión de Sacheri “es lo que se le debe al hombre en virtud de su esencia”, esto es por el sólo hecho de ser hombre¹⁹⁹.

Aunque se aproximó al ius positivismo, el realismo escandinavo de Alf Ross, intentó soluciones alternativas diciendo que el modelo de ciencia jurídica debía ser no sólo descriptivo sino empírico. Es decir que la validez de una norma, sea justa o no, debía verificarse sobre la base de experiencias. De esta forma una validez “a priori” debía rechazarse, ya que el derecho no puede estar por encima del mundo de los hechos²⁰⁰.

Es oportuno señalar que Ross se ha opuesto reiteradamente a la “autorreferencialidad normativa” de Luhmann por considerarla lógicamente inadmisibles. Hay que considerar aquí que Ross pensaba que las normas hablan con frecuencia como si detrás del tiempo, del mundo y del espacio existiera otra realidad, un *mundo de relaciones jurídicas* determinadas por

¹⁹⁸ Alexy, Robert; “El concepto y la validez del derecho”; pág. 45 y conc; Editorial Gedisa, Barcelona, año 1994. Citado también por Eduardo Soderó, donde se dice: “El carácter jurídico se pierde cuando la injusticia alcanza una medida insostenible”.

¹⁹⁹ Sacheri, Carlos, “El orden natural; Editorial Cruzamante; año 1980, ps. 24/25

²⁰⁰ Nino, Carlos, “Algunos modelos metodológicos de las ciencias jurídicas. “Introducción al análisis del derecho”, Editorial Astrea Buenos Aires, 1998.

fuerzas puestas en libertad por hechos creadores, modificadores y extinguidores²⁰¹

John Austin -iuspositivista- entendía que sostener que la ley que contradiga mandato divino no es vinculante, es “enunciar un completo sin sentido”, pues las más perniciosas leyes realmente se han aplicado por los Tribunales. Geach niega importancia en cuanto llamarlas “leyes”, lo trascendente es “qué consecuencias se siguen”, agregando: “una legislación injusta existe de facto, como institución: pero no es un deber de justicia obedecerla, aunque pueda ser imprudente ignorarla”.

En su reconocida obra: “Derechos en Serio”, Dworkin vierte una profunda crítica al sistema iuspositivista y sugiere cambio de paradigma hermenéutico para replantear el papel del derecho, cuestionando el liberalismo político, apoyado en una ética liberal. El concepto central de su argumentación “no será el de libertad, sino el de igualdad”²⁰².

Johannes Messner enfrenta con particular acuidad el conflicto “naturaleza y razón” y “los fines existenciales de la naturaleza humana”. Así dice: “la conciencia moral del hombre individual completamente desarrollada, cuando se pregunta por el sentido de la vida, se ve remitida a los fines existenciales, que se encuentran trazados en la naturaleza humana... de allí que el principio de moralidad responda al de realidad, tomándose como parámetro para juzgar la rectitud o incorrección del funcionamiento de las instituciones y “sistemas sociales”²⁰³.

²⁰¹ Llabrés de García, Margarita, “Deber jurídico”; Revista Colección Notas de Filosofía del Derecho, nro. 6; Córdoba, Editorial Atenea, año 1995, ps. 13.

²⁰² Dworkin, Ronald; “Los derechos en Serio”; Ed. Ariel, Barcelona, 1989, ps.388.

²⁰³ 42 Messner, J, “Ética social, política...”; Madrid, 1967, ps. 67.

En Argentina, Sagües sentenció que “el comportamiento estatal injusto es, simultáneamente, inconstitucional”. Así fue aceptada esta posición por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en reiterados fallos (Saguir Dib; Maurizio, 305; 614; Nordensthol, 307; 326; etc.)²⁰⁴.

Karl Larenz calificó a la norma de la responsabilidad por el riesgo creado como “principio del derecho justo”. En su doctrina define al derecho justo como aquel que está internamente fundado, es decir que posee “exigibilidad intrínseca”. Esa clase de principios “no tienen vigencia en virtud del establecimiento o de la autoridad de un legislador, ni por una convicción jurídica generalizada, sino por su justeza”

Ya podemos entonces ingresar a la idea de Finnis, que a contrapelo del ius naturalismo clásico, se atreve a decir que “*el derecho injusto es derecho*”²⁰⁵... pero de novedosa forma.

Esta aceptación de que el derecho injusto es derecho (secundum quid) no resulta ajena, por cierto, al pensamiento de Tomás de Aquino, como lo demuestra el propio Finnis²⁰⁶. Por ese motivo, para este autor, aquél integra el objeto de la ciencia jurídica; afirmación que supone un deliberado intento de acercamiento de esta teoría del derecho natural al positivismo jurídico. El problema es que el ius positivismo, en su aceptación

²⁰⁴ Puede verse al respecto: “Bien común y derecho constitucional”; Santiago, Alfonso (h); Editorial Abaco, año 2002.

²⁰⁵ Reconoce Finnis un antecedente en Tomás de Aquino (ver: “La estructura del Conocimiento Jurídico”; Martínez Doral, J.M.; pág. 68, Universidad de Navarra, Pamplona, año 1963)

²⁰⁶ “Hart. Abogado del positivismo jurídico”; Orrego Sánchez, Cristóbal; pág. 182, Ediciones EUNSA, año 1997. En idéntico sentido José María Martínez Doral. Citado por Legarre.

de un concepto amplio de derecho, que incluya al derecho injusto, éste será un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo²⁰⁷.

Finnis apela a lo que llama el “*caso central*” de la realidad analizada y el “*caso periférico o aguado*” de esa misma realidad.

Dicho sea esto con un pedagógico ejemplo: “un vaso de gaseosa puro es un caso central de gaseosa, mientras que un vaso de gaseosa con un pequeño agregado de agua o mucho hielo, también es gaseosa, pero aguada. Esta versión “aguada” no deja de ser gaseosa, a tal punto que quien la toma puede engañarse. De esta manera, afirma Finnis, un derecho injusto es un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo. Finnis entonces acepta que lo más relevante en el ámbito jurídico son las normas, pero éstas deben pasar por un *tamiz de razonabilidad*, así podrán acercarse al derecho justo.

Este maestro australiano, coincide con Raz y Hart al decir: “que la realidad central sub examine está constituida por reglas y por instituciones encaminadas a brindar vigencia y eficacia a esas reglas”, por eso su teoría se sustenta en la práctica social de la coordinación autoritativa de conductas mediante reglas.

El caso “central” lo constituyen normas e instituciones que permiten la implementación²⁰⁸ del sistema. Esta ley positiva es lo que el *lawyer* tiene ante todo ante su vista²⁰⁹.

²⁰⁷ Legarre, Santiago; “El concepto de derecho en John Finnis”; Revista: “Persona y Derecho”, nro. 40-1999, pág. 70; Universidad de Navarra, España.

²⁰⁸ Legarre, Santiago; “El ius naturalismo positivista de John Finnis”; en *El Derecho* tomo 179, pág. 1202/1213, Argentina.

²⁰⁹ Soaje Ramos, Guido; “John Finnis y el derecho natural”; En “Anuario de Filosofía jurídica y social”, nro. 7, pág. 96, año 1987, Editorial Abeledo Perrot, Argentina.

Si se admitiese este tópico, dable es razonar como corolario que “*el caso central sería la expectativa social institucionalizada*”. En tanto, si ésta fuera injusta, sería “*un caso licuado*” de aquella.

“El derecho introduce precisión y claridad, y por tanto previsibilidad en las interacciones humanas, siendo de esta manera un SISTEMA de reglas INTERRELACIONADAS de tal manera que las reglas definen, constituyen y regulan las instituciones, y las instituciones a su vez crean y administran las reglas, y resuelven las cuestiones sobre su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento”²¹⁰. Entonces si el derecho “introduce” claridad al sistema (“lo reduce”), se pregunta Finnis cómo puede generarse una regla autoritativa sin previa autorización.

El derecho tiene un objeto de reflexión “práctico” (que es pensar acerca de “qué uno debe hacer”), referido a conductas e instituciones destinadas a satisfacer necesidades y exigencias humanas²¹¹.

Sintéticamente –reiteramos-, Finnis coincide con los positivistas en que, lo más relevante *son las normas*, y con los ius naturalistas, en que éstas deben pasar por un *tamiz de razonabilidad* para justificar su carácter central²¹². Por eso reafirma que: “Hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante *las instituciones de la ley humana, y exigencias de*

²¹⁰ Finnis, John, “Ley Natural y Derechos Naturales”, Ed. Abeledo, 2000, ps. 296.

²¹¹ Legarre considera que en otras palabras “es un obrar deliberadamente ordenado hacia un fin “. De allí que el jurista deberá observar muy bien la finalidad práctica, lo que lo hará a la hora de analizar la realidad social atender a su razón de ser, su porqué” (Extraído de la ponencia presentada por Santiago Legarre en las Iras. Jornadas de Derecho Natural en San Luis, en Junio de 2001, organizadas por la Universidad Católica de Cuyo).

²¹² Parma, Carlos; “El pensamiento de Günther Jakobs”; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.

razonabilidad práctica que sólo esas instituciones pueden satisfacer”²¹³, sin dejar de la lado *el bien común*.

Precisamente el aceptar cualquier derecho por imperativo formal ha llevado en tiempos no muy lejanos a dar cabida a los delitos de lesa humanidad. Es términos propios el derecho penal convexo se ha propuesto violentar la convivencia pacífica de la sociedad, cometiendo atrocidades en contra de personas o grupos civiles que están en su jurisdicción. Para ello apela a su brazo ejecutor (el derecho procesal penal) que justifica y programa la metodología a implementar. Según Nino “las violaciones masivas de derechos humanos suponen el “mal absoluto” o lo que Kant denominó “las radical”. Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado”²¹⁴. Si bien la idea de “mal” no debe involucrarse con el derecho en forma directa pues conlleva el peligro del maniqueísmo, considero que la idea central no debe ser desvirtuada: los derechos humanos son innegociables, deben siempre defenderse.

Por esto no debe temerse al llamado panpenalismo en el sentido de quedar expuesto a Tribunales Internacionales de DDHH²¹⁵. Aunque utópicamente puede pensarse que éste puede ser el camino que Kant sugirió a través de la Constitución perfecta en busca de la Paz perpetua²¹⁶

²¹³ “Ley natural y Derechos Naturales”; Finnis, John; pág. 36, Editorial Abeledo Perrot, año 2000.

²¹⁴ Nino, Carlos; “Juicio al mal absoluto”, Editorial Emece, Buenos Aires, 1997, ps. 8

²¹⁵ En contra de esta posición puede verse un serio trabajo: “El neopunitivismo”, Sueiro – Birriel, el LL, suplemento de penal y procesal penal, 25/6/07. ps. 13/20.

²¹⁶ En “La paz perpetua” (1795), Kant había trazado la tesis que era imprescindible superar el estado de guerra. Decía que el problema mayor del ser humano es la consecución de una sociedad civil que administre el derecho en general en busca de una constitución civil perfecta. Pero ésta dependerá de la relación exterior entre los Estados. En la historia de la especie humana se ve un plan oculto de la naturaleza encaminado al establecimiento de

A modo de colofón la ley natural sería la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre. En tanto el contenido de la ley positiva se deriva de los preceptos de la ley natural mediante la determinación de reglas sobre los medios para obtener los fines naturales²¹⁷.

La ley positiva que vulnera el bien común es insostenible científicamente²¹⁸.

una Constitución estatal perfecta. En este esbozo fija las bases para una Constitución: libertad de los miembros de la sociedad; principio de dependencia como súbditos a la ley y la igualdad de todos (Este republicanismo es inconcebible con la democracia). Debe haber una federación de Estados Libres que condicionen una universal hospitalidad para todos los ciudadanos.

Habermas por su parte entiende que una organización mundial adecuadamente reformada (ONU) no podría cumplir de manera eficiente sus funciones propias sin asumir el rol y la forma de una República Mundial, lo que exige –como dice Kant- cancelar las constituciones democráticas de los Estados miembros. Hay que poder construir una democracia global que sea un bastión inseparable de la batalla contra la guerra perpetua.

La verdad para Habermas (en Occidente dividido”) es concebida como un entendimiento preestablecido en una capa de profundas evidencias, de certezas, de realidades que jamás son cuestionadas”. Y la verdad es que el siglo XX se ha encargado de rechazar la soberanía absoluta, la razón de estado, la centralización, la unificación de una identidad, el monopolio del poder coercitivo, la impermeabilidad territorial, la construcción de fronteras infranqueables y –lo que es más grave- el pensamiento “absoluto” del hombre. Entonces acude a Kant para analizar la el territorio europeo en búsqueda de un poder intergubernamental. Una idea que ya estaba en Carlomagno.

Como el orden de los procesos tecnoeconómicos globales es el que fija la agenda de los estados y gobiernos nacionales, Habermas busca soluciones y retoma el legado kantiano. Propone asociar un parlamento de los ciudadanos del mundo a la ONU.

²¹⁷ Hervada, Javier; “Introducción crítica al derecho natural”; 5ta. Edición; pág. 164 y 167; Ediciones Universidad de Navarra, año 1998.

²¹⁸ Sólo se explica formalmente en base a una disposición de “poder”. Esta relación de poder entre economía-verdad y derecho ha sido bien relatada por Foucault entre otros. Finnis adhiere a esta posición.

13) La Pena Piadosa

El cientificismo positivista que arrastra la academia desde siglos ha propugnado el abandono de ciertos conceptos como lo son la piedad, la solidaridad, la paz, cooperación, etc. Es en esta inteligencia que incorporo la visión de Vattimo tratándola de adaptar y ampliar para así poder aplicarla al derecho penal. No es que se comparta las bases filosóficas de este pensador, pero tampoco deben ser rechazadas de plano. Es una visión potable para reflexionar.

A) Desde el pensamiento de Vattimo se ha reflexionado que la verdad es cuestión de consenso, escuchas, participación de una empresa común, antes que correspondencia directa con la pura y dura objetividad de las cosas: esta objetividad sólo es pensable como resultado de un trabajo social que nos vincula a los otros humanos mucho más que a la “realidad” de los objetos²¹⁹.

El desarrollo del pensamiento “fuerte” para mitigar “el miedo” impuesto por la “inseguridad pública” siempre se apoyó en la violencia extrema. Redujo al ser humano a una “persona” (dándole entidad normativa) definiendo que éste sólo sería el “ciudadano” que cumplía roles. El resto sería no más que un animal peligroso al que se debería combatir. Claro está que el “poder” decidiría quien es o no persona.

Para que este plan sistemático se llevara a cabo nada mejor que la emergencia. Aquí el consenso lo darían los poderosos.

La emergencia del pensamiento fuerte sólo trazaría directrices represivas e ignoraría garantías constitucionales.

²¹⁹ Vattimo, Gianni; “Nihilismo y emancipación”, Barcelona, Paidós, 2004, ps. 53.

B) Vattimo ha dicho: “el derecho con frecuencia no hace justicia, porque no capta la verdad de los hechos a los que se aplica o porqué, en todo caso, es demasiado lento a la hora de corregir sus propios errores o porque se muestra atrasado respecto a nuevos problemas, a nuevos derechos y a nuevas situaciones que reclaman regulación jurídica”²²⁰.

Al asumir un rol activo la interpretación sólo puede aceptarse libre de la herencia metafísica. Aquí tal vez se encuentre la primera vuelta de tuerca hacia un paradigma distinto pues la interpretación lo es siempre humana y de esta manera –insisto- la *interpretación SIEMPRE pone en juego al intérprete*.

La magistratura por su parte es una comunidad delineada por profundas y marcadas diferencias ideológicas y culturales.

Es por esto que Vattimo propone partir desde el pensamiento débil para preparar una sensibilidad diferente respecto de la ley que apunte a una reducción de la violencia.

C) Siendo el derecho penal una expresión del poder del Estado, donde la pena se muestra –en términos kelsenianos- como una sanción, es decir como un “acto coactivo”, surge un gran desafío, cual es: ¿es posible que el “pensamiento débil” ingrese en esta estructura pétrea?

Como bien reflexiona Edmundo Boderó, para éstos excluidos el saber jurídico se encuentra desde hace tiempo divorciado con la realidad²²¹.

²²⁰ Vattimo, Gianni; “Hacer justicia del derecho”, en “Nihilismo y emancipación”, Barcelona, Paidós, 2004, ps. 167.

²²¹ Boderó, Edmundo; “Relatividad y delito”, Editorial: Temis, Bogotá, 2002, ps. 110.

El “pensamiento débil” de Vattimo busca una reducción progresiva de la violencia. Se pretende una estructura vista como “conflictividad no-violenta” en el que las respuestas a los conflictos no aspiran a una solución total o a una superación dialéctica, sino a una “Verwindung” (remisión).

La técnica de fines del siglo XX es una técnica de comunicación, cuyo modelo no es el motor entendido como estructura central y estable sino la red, es decir algo descentralizado, móvil y efímero, en la que la realidad no es ya más una autoridad sobre el hombre, sino en la que hombre y ser están en una relación oscilante (“schwingend”).

Lo cierto es que hemos entrado en un escenario, el de la postmodernidad, donde la comunicación y los medios adquieren un carácter central, aunque esa abundancia de emisores continuos no aporta una visión unitaria, ni siquiera una visión contextualizada e independiente. Asistimos a una especie de ‘babel informativa’ que, más que aturdir y violentar, abre caminos a la libertad, a la pluralidad, y se escapa de las visiones unitarias de la racional-modernidad.

Es el paso del pensamiento fuerte, metafísico, de las cosmovisiones filosóficas bien perfiladas, de las creencias verdaderas, al ‘pensamiento débil’, a una modalidad de ‘nihilismo débil’, a un ‘pasar’ despreocupado y, por consiguiente, alejado de la acritud existencial. Sabemos que para Vattimo, las ideas de la postmodernidad y del pensamiento débil están estrechamente relacionada con el desarrollo del escenario multimedia, con la toma de posición mediática en el nuevo esquema de valores y relaciones. En su libro *La sociedad transparente* (Paidós, Barcelona, 1990; en portugués, *A sociedade transparente*, Edições 70, Lisboa, 1991) advierte sobre el papel determinante de los medios en este cambio histórico en las formas de organizar el pensamiento social y cultural.

Los medios se han convertido en difusores de verdades parciales, contrapuestas, diversas, complejas, en ningún caso guiados por objetivos ontológicos o de narraciones unitarias del suceder histórico. La historia se hace de “cantidad de información, de crónicas, de televisiones que tenemos en casas...”. Pero no cabe pensar que los medios consigan hacer más transparente a la sociedad, sino que son los que reproducen y crean la huella de la complejidad, las representaciones donde se multiplican las posiciones, los valores, los intereses, las percepciones... En esa falta de transparencia, sin embargo, emergen la diversidad, la tolerancia, las minorías; en definitiva, un desplazamiento de los autoritarismos, los prejuicios, la violencia. A una sociedad compleja, donde se reconoce la diversidad en todos sus matices, ya no es posible constreñirla con un corsé filosófico coercitivo. Infiere Vattimo de todo ello, que esa nueva sociedad postmoderna es, consiguientemente, menos dogmática, concedora de la diversidad y partícipe de una nueva cultura de la tolerancia.

Hay una "libertad estética" (Vattimo) es decir abierta u oscilante, la cual constituye la condición de un pensamiento y de un actuar no-violentos o post-metafísicos.

Vattimo afirma “que una de las caracterizaciones de la posmodernidad es aquella que se presenta como fin de la historia. Esta caracterización es un tanto fatalista, situación que han acentuado las interpretaciones de izquierda de lo posmoderno, ya sea cuando refutan polémicamente a Habermas, o cuando se trata de una nueva oportunidad de emanciparnos, que, sin tener nada que ver con los ideales humanistas, representa una alternativa positiva, como lo expone Lyotard”²²²

²²² Gomez Gallardo, Perla; "Filosofía del derecho", Editorial Iure, México, 2004, ps.237.

Resulta a todas luces difícil, cercano a la ruptura de un paradigma, si se pretende incorporar esta sugerencia al Derecho Penal y más aún al derecho procesal penal donde su máxima expresión es la Sentencia que impone de por sí certeza, convencimiento pleno. En cambio el "pensamiento débil" no tiene la intención de dar razones convincentes como lo pretende el "pensamiento fuerte" del positivismo o cientificismo, sino que está relacionado a dimensiones de bondad, paciencia y atención que Vattimo resume bajo el concepto de *pietas*. Si en realidad lo que se busca es la verdad existencial (que es más que la intelectual) ésta no puede separarse del amor, afirmaba claramente San Agustín²²³, en un reconocimiento a conceptos hoy olvidados y reprimidos por el cientificismo positivista.

La *pietas* vattimiana es entendida como una capacidad de escuchar los mensajes del pasado de forma nueva. Se trata de una virtud auditiva que evita la equiparación de lo nuevo con lo bueno así como el inmovilismo de una determinada pre-comprensión normativa — a menudo la de los vencedores y opresores — de un mensaje del pasado. El "pensamiento débil" cuestiona todo intento de integración dialéctica en un proyecto total.

La *pietas* no es concebida como una relación con lo divino o con el *ontos on* metafísico sino como la "salvación" de las huellas de la finitud y como relación no-violenta con lo vivido mediante un cuidado y una atención *actual* a los entes en su proveniencia histórica y en sus apariencias. Podría decirse que las *pietas* nacen del "amor por lo viviente y sus signos". *Verwindung* (curación, aceptación, resignación, vaciamiento, distorción, alivianamiento, etc.), *Andeken* (rememoración) y *pietas* indican

²²³ San Agustín lo sostiene en "De diversis quæstionibus" donde la verdad debe ser buscada amorosamente por el alma: "Dilige, et quod vis fac" ("Ama y haz lo que quieras"). Fullat, O. y Fontán, P.; "Historia de la Filosofía. Logoi", Barcelona, Editorial Vicens – Vives", 1986, ps. 58.

que estamos ligados al pasado por una especie de cordón umbilical hermenéutico.

¿Será capaz un sistema represivo cerrado de imponer las "*pietas*"²²⁴?

Vattimo presenta una alternativa a la ética normativa de imperativos, poniendo el acento no en la capacidad de un razonamiento fundador sino en el debilitamiento del ser que es al mismo tiempo el debilitamiento del pensamiento que co-responde a la historia misma del debilitamiento.

El pensar la paz débilmente, es decir no como objeto o estado, o sea como algo que puede ser construido o apropiado, sino como la permanente posibilidad de "efectuación" o puesta en obra de una "no-violencia sin paz". En términos sencillos el "pensamiento débil" traducido en proyecto social significa un debate continuo en base a la permanente disolución de fundamentos supuestamente seguros, sin que esto traiga consigo la arbitrariedad del "*anything goes*" (P. Feyerabend), ya que la hermenéutica rememora justamente las pre-comprensiones transmitidas y las reglas heredadas en las que el pensamiento y la acción se encuentran siempre condicionadas pero no totalmente determinadas. Dicha herencia es la sustancia de la *pietas* no como una jerarquía estática de valores, sino como un estímulo para su interpretación.

Respetando las diferencias hay un punto de contacto con la teoría de la asimilación cognoscitiva de Asubel cuyo rasgo central señala: el

²²⁴ La *pietas* vattimiana es entendida como una capacidad de escuchar los mensajes del pasado de forma nueva. Se trata de una virtud auditiva que evita la equiparación de lo nuevo con lo bueno así como el inmovilismo de una determinada pre-comprensión normativa — a menudo la de los vencedores y opresores — de un mensaje del pasado.

hecho de que la adquisición de nueva información que se da en el aprendizaje significativo es un proceso que depende en forma principal de las ideas relevantes que ya posee el sujeto, y se produce a través de la interacción entre la nueva información y las ideas relevantes ya existentes en la estructura cognoscitiva. Dicho de manera más sencilla: el aprendizaje significativo se produce al relacionar, al encajar las nuevas ideas con las ya existentes en la estructura cognoscitiva del sujeto²²⁵. Véase que el ímpetu hermenéutico de la visión débil la ubica en "una densa red de *interferencias*".

Cierta conexión puede encontrarse con el filósofo Carlos Cossio cuando éste definía el objeto del derecho diciendo que era "la conducta en interferencia intersubjetiva", marcando así un antagonismo con Kelsen y –de suyo- con el positivismo.

La razón en Vattimo es una razón "débil". Hay una "ontología del declinar" en la que el proceso de recuperación del ser es pensado nihilísticamente como reducción de la violencia a diferencia de algunos movimientos revolucionarios cuyo olvido del ser llevan a una reapropiación del ente, perdiendo de vista el carácter eventual o *remisorio* ("*Schickung*") del ser y con ello también la diferencia ontológica, culminando en la disolución final de la libertad en la seguridad.

La hermenéutica está vinculada, a diferencia de como se la entiende tradicionalmente, con los problemas de la actualidad cultural y política. No es una teoría sobre la pluralidad de interpretaciones, sino una filosofía de la historia nihilista que pone en cuestión las "estructuras fuertes"

²²⁵ García Madruga, Juan; "Aprendizaje por descubrimiento frente a aprendizaje por recepción: la teoría del aprendizaje verbal significativo", en "Desarrollo psicológico y educación"; compilación de Palacios, Marchesi y Coll, Editorial alianza, Madrid, 1992, tomo 2, ps. 84/85.

o violentas aún en el caso de que ellas, remontándose a la herencia de la Ilustración, se pongan al servicio de la emancipación. La *reducción* de la violencia como "hilo conductor" de la historia es el punto en el que la concepción vattimiana de la historia se separa de la conceptualización idealista de la *eliminación* de la violencia.

Sabemos que el pensamiento de Vattimo es un pensamiento de la contaminación, de carácter anárquico en el sentido que busca abrir espacios de "libre juego". No aspira a una liberación definitiva y permanente, sino que se mueve dentro del juego de contingencias históricas buscando evitar las "estructuras fuertes". Su finalidad no consiste en apropiarse de un estado no-violento, sino que se piensa dentro de una estructura eventual en la oscilación entre la "igualdad" ("*das Gleiche*") — incluyendo aquí los reclamos (de derecho) de "igualdad" ("*Gleichheit*") y equivalencia ("*Gleichwertigkeit*") — y la "mismidad" ("*das Selbe*"). Mientras que la "igualdad" aspira a la eliminación de las diferencias, la "mismidad", pensada heideggerianamente, hace posible el diálogo histórico, sin que se pueda hablar de un *derecho* a la diferencia, ya que esto incluiría a la hermenéutica nihilista dentro del pensamiento institucionalista, quitándole su carácter anárquico.

El pensamiento de San Agustín prácticamente es negado en la academia contemporánea, pues hay palabras que han sido dejadas de lado en el estudio científico del derecho penal (léase amor, piedad, caridad). La solidaridad, la paz, la cooperación —entre otros valores— también fueron preocupación de Cossio en su plexo valorativo rumbo a la Justicia, que a su tiempo intentaba “crear igualaciones en libertad”, forjándose así como un valor totalizador.

Se trata de intentar un mundo más tolerante. En esta inteligencia ya en su tiempo Peñaherrera afirmaba: “que la educación moderna está

cimentada en un amplio espíritu de tolerancia y consideración, de generosidad de sentimientos y cooperación de esfuerzos, que hace mas fácil y fructífera la vida de la colectividad”²²⁶.

La igualdad vista desde la pena tiene aristas por demás curiosas en la práctica, pues si los pobres fueran tratados por el sistema judicial como son tratados los ricos y viceversa seguramente las cárceles no arrojarían los resultados estadísticos que hoy tienen²²⁷. Bien puedo sugerir que se busquen datos estadísticos que superen el dos por ciento de reclusos condenados por delitos económicos (léase tributarios, lavado de dinero) en cárceles latinoamericanas. De constatarse sería no más que una excepción.

Podría hipotetizarse que la acción policial se ha focalizado, en los últimos tiempos en Latinoamérica, alternativamente entre las dos tareas fundantes de su misión: la represión política y la “lucha contra el crimen” por lo general el pequeño delito en la vía pública (delincuencia callejera en términos de Bustos Ramírez). Este permite entender también el menor interés por la represión y prevención de delitos –como estafas, desfalcos, corrupción, robos a gran escala- de mucho mayor grado de organización y perjuicio para la sociedad, pero que no necesariamente aparecen para la opinión pública y para los poderes políticos como una amenaza al orden social²²⁸.

Los datos sobre prisión preventiva en Latinoamérica sin sentencia son alarmantes (se habla en general de un 65 % de presos).

²²⁶ Peñaherrera, Víctor; “De la abogacía”, Editorial universitaria, Universidad Central del Ecuador, Quito, 1999, ps. 70.

²²⁷ En los hechos no es un dato menor que las cárceles en Latinoamérica estén abarrotadas de pobres y en Europa de inmigrantes, que –por cierto- también son pobres.

²²⁸ Sandra Gayol y Gabriel Kessler, “Violencias, Delitos y Justicias en La Argentina”, Editorial Manantial, Buenos Aires, Ps. 25/26.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “PEIRANO”, de Uruguay, a puesto serios límites a la Prisión Preventiva.

En base a todo esto sería conveniente reproducir los angustiantes conceptos de Concepción Arenal dichos ya hace muchos años: " Imponer a un hombre una grave pena, como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia. Si a esto se añade que deja a la familia en el abandono, acaso en la miseria; que la cárceles un lugar sin condiciones higiénicas, donde carece de lo preciso para su vestido y sustento; donde, si no es muy fuerte, pierde la salud; donde, si enferma no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer de cama; donde, confundido con el vicio y el crimen, espera una justicia que no llega, o llega tarde para salvar su cuerpo, y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición de la fuerza. Sólo una necesidad imprescindible y probada puede legitimar su uso, y hay abuso siempre que se aplica sin ser necesaria y que no se ponen los medios para saber hasta dónde lo es"²²⁹.

En expresión de Stiglitz “la globalización tal como está siendo gestionada ha traído algunos beneficios, pero distribuye inequitativamente, no solamente el ingreso, sino también la criminalidad”²³⁰.

Bodero ha cuestionado incansablemente en todo su largo peregrinar en defensa de una sociedad más igualitaria, todas estas políticas de sojuzgamiento que se traducen –a mi juicio- en Derecho Penal Convexo.

²²⁹ Concepción Arenal, Estudios Penitenciarios, 20 Edición, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877, ps. 12

²³⁰ “El delito en la Argentina post – crisis”, Kaminsky, Kosovsky y Kessler, del Prólogo de Elías Carranza, editorial sociedad Impresora Americana, Buenos Aires, 2007, ps. 8. ”

Dice al respecto el Maestro Ecuatoriano: “Emilio Durkheim fue el primero en señalar que el delito era algo positivo, pues generaba numerosas plazas de trabajo como policías, fiscales, jueces, profesores de derecho penal, cerrajería, etc. El criminólogo noruego Nils Christie, afirma: “*En comparación con la mayoría de las industrias, la del control del delito se encuentra en una situación más que privilegiado*”. No padece de escasez de materia prima: pues la oferta del delito parece ser infinita.

También son infinitas la demanda de servicio y la voluntad de pagar por lo que se considera seguridad (...) Se estima que esta industria cumple tareas de limpieza, al extraer del sistema social elementos no deseados.

La Criminología Administrativa y sus políticas criminales como la “*Teoría de las Ventanas Rotas*” y “*Tolerancia Cero*”, consecuencias de la extinción del Estado Benefactor, y su sustitución por el neoliberalismo, constituyen un retroceso a los días más nefastos y oscuras de la humanidad”²³¹.

La criminología hoy intenta estar en una fase post integradora, apuntando a resolver problemas concretos. Cuestión por cierto muy difícil en una sociedad maniquea donde la jerarquía que se le asigna al dinero se superpone con la que se le asigna al color de la piel.

²³¹ El retorno de los Brujos, Bodero Edmundo Renné, en www.carlosparma.com.ar

14) De espejos y sistemas Penales:

*“los espejos están llenos
de gente los invisibles nos
ven...”*

(Eduardo Galeano)²³²

La historia de los espejos es casi un retrato vivo de la historia del derecho penal. Con sus miedos, sus hazañas, su evolución y – especialmente- su “misterio”, ambos han transitado el sinuoso sendero de la humanidad con sorprendentes coincidencias. En la antigüedad los espejos eran de metal pulido, exactamente del mismo material con que las cárceles encierran hoy a los hombres. En esos tiempos el esclavo portaba el espejo para que el poderoso o su dama viera su rostro. Hoy la selectividad del sistema penal hace que sólo los pobres habiten los lugares de encierro. El espejo convexo ubicado en los pórticos detectaba “las brujas”, que eran los diferentes. Hoy el Derecho Penal del enemigo (autoritario) detecta al diferente, al que lo llama gentilmente “no persona”.

Tanto impactaban los espejos que el gran filósofo de la patrística: San Agustín, comparó el espejo perfecto con la sabiduría divina (*Speculum Ecclesiae*)²³³.

Buenaventura con su *speculum inferius* (espejo de la creación) y *speculum superius* (espejo de Dios) y Tomás de Aquino vinculando “speculus” con la “especulación”, son una muestra que el tema estaba en mente de los eruditos católicos. De constante tratamiento filosófico, médico, astrológico y alquímico en todos los siglos, tiene el espejo un abordaje

²³² Galeano, Eduardo; “Espejos”, Editorial siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

²³³ Hugo de San Víctor (1100-1141) se encargó de decir que el libro agustiniano se llamaba acertadamente El espejo eclesiástico, porque en él podemos ver como nos encontramos, si somos deformes.. si somos justos ...

especial en La divina comedia cuando es Beatrice quien devotamente lo porta. Dante lo puebla de profundas metáforas.

Hay también en el siglo XIV un espejo de la salvación humana –*speculum humanae salvationis*– el que sin temor se lo podría comparar con cualquier código inquisitivo de la época. En la sátira “La nave de los locos” de Sebastián Brandt (1494) los necios usan espejos. Son 111 personajes de distinta extracción social, cada uno con su vicio. Al loco se lo asociaba con el saber oscuro, era una visión apocalíptica del futuro. Estas naves llevaban – entre otros- condenados por medidas de seguridad. Foucault entiende que estos navíos eran peregrinos en busca de la razón. Cada uno queda librado a su propio destino, pues en verdad cada viaje es el último²³⁴. Similar cuestión pasa actualmente en algunos hospicios, donde la institucionalización torna algunos lugares como depósitos de cuerpos librados a su suerte.

Las vitales escenas Sheakespearianas sobre los espejos son numerosas y trascendentes y bien podría encontrarse su analogía con el derecho penal, con las sentencias de los jueces, con las cárceles, etc.: “el espejo que muestra lo oculto de la conciencia...”; “la muerte ha de ser como un espejo que nos dice que la vida no es más que un suspiro”; “el hombre que en el escenario se pavonea pero el espejo lo hace ver a la hora de la muerte frágil y temeroso”; “éstos espejos reflejan la moral humana”.

En su obra magna Miguel de Cervantes Saavedra también se ocupó de lo criminal y de los espejos. En *El curioso impertinente* se mofa de Petraca y lo idealizado (el espejo de cristal luciente y claro) es sólo libertinaje en el fondo de la cuestión.

²³⁴ Foucault, Michel; “Historia de la locura en la época clásica”, volumen I, Fondo de cultura económica, México, 1967, ps.23.

Para Leonardo “el espejo era el maestro del pintor”. También éste instrumento lo ayudó a salvarse de las felonías en su contra.

El Rey sol, Luis XIV, fue la ostentación. La sala de los espejos en 1684 tenía 17 espejos gigantes. Imagen que contrastó con su triste futuro, al igual que lo hacen algunos “palacios” latinoamericanos con la pobreza estructural existente.

La literatura latinoamericana tuvo su cenit en el tratamiento de los espejos con Jorge Luis Borges, donde la relación con el sistema judicial es por demás alarmante.

En su poema espejos dice: “Yo que sentí el horror de los espejos, no sólo ante el cristal impenetrable...”. Pues así de crítica es la Justicia cuando no admite al vulnerable como tal. Así también lo vió Kafka en “Ante la ley” o Camus en “El extranjero”: un sistema impenetrable.

Borges continúa: “infinitos los veo, elementales, ejecutores de un antiguo pacto, multiplicar el mundo como el acto generativo, insomnes y fatales”. Los que están en el proceso judicial cumplen el rito, pero quienes arriban como imputados lo sufren, a veces, fatalmente. Si de relacionar el texto con el proceso penal se trata pueden verse frases como: “vertiginosa telaraña...”; “todo acontece y nada se recuerda...”; “ese rostro que mira y es mirado”; o “para que el hombre sienta que es reflejo... y vanidad” .

En psicología Jaques Lacan expuso su teoría: *Estadio del espejo* en el año 1926. Allí subraya la identificación imaginaria del niño y también examina el registro simbólico. El verse en el espejo era en Freud una “superposición de identificaciones imaginarias”. Para Lacan será primordial en la construcción del yo. Después llegaron otros componentes en su teoría que guardan relación con el significado y el significante.

Lo cierto es que todo operador judicial ha sido formado en base a paradigmas y éstos –quién se o no – llegaron de Europa, más exactamente de Alemania (antes de Italia) generalmente vía España. La pregunta lacaniana sería: ¿quiénes han sido nuestros padres con los cuales los penalistas se miraban al espejo y buscaban su propia identidad con la de ellos?. Hay entonces un pensamiento normativizado. Es con “ese derecho” y cosmovisión donde se asocia el estadio del espejo lacaniano. Encuentros y desencuentros: Pienso sin ser, soy sin pensar, creo en otro que desconozco y soy yo mismo... y no soy. En definitiva lo deseable sería un derecho que aspire a guardar los principios básicos de justicia e igualdad en un Continente diverso, complejo y anómico (como es el latinoamericano), que aún aspira a encontrar su auténtica identidad.

Desde Herodoto, no sólo la historia se ha visto reflejada en un espejo. El arte, la política, la literatura y el derecho se encargaron también de reproducir su imagen. El espejo tiene así un pasado que lo trasciende: desde su descubrimiento lo encontramos en los registros del mito (en el agua con Narciso) viendo la imagen exterior y en los distintos modos de abordar la subjetividad humana (en Lacan) desde el interior. Ellos fueron utilizados en lentes que captaban imágenes y para sofisticados telescopios. “Abrían los ojos para ver” y así dejaban entrar la luz, precisamente lo que el derecho penal autoritario hoy no está haciendo.

a) La palabra perdida.

Quienes aceptan el Derecho Penal Convexo penetran circunflejos en un universo integrado por: torturas y palabras/ pasiones y academias/ suicidios y masacres/ errores y horrores/ maltrato y desamor...

en las antípodas: esperanza y sueños/ justicia y equidad/ garantías y necesidad de pena y fundamentalmente: Derecho humanos.

Debemos buscar la palabra que está aún oculta en el Derecho Penal, aquella que aún no se ha dicho y que encierra todos los misterios y las bondades de los hombres, aquella que está en el fondo del espejo.

Una palabra capaz de floración que pueda corregir, subsanar o enmendar los males endémicos del derecho penal. Esa que debió decirse y no se dijo nunca.

Hablé “ut supra” de “la piedad” en la idea Vattimo. ¿Por qué esa idea no está en ningún código penal? Es cierto que se trata de una palabra con alto contenido emotivo de difícil fundamentación “científico – racional”, pues su incorporación –para algunos- daría al Juez un margen de discrecionalidad no deseado. Tal criterio deviene improcedente pues hoy el derecho positivo vigente da al Juez un margen inconmensurable de poder (ver Dworkin entre tantos autores).

Las cárceles distan mucho de ser lo que aspiró la Constitución Nacional de cada país. Lecumberre y Alcatraz han sido testigos de “espejos convexos” que vigilaron y castigaron más allá de lo humano.

Cierto es que se les está dando a los reclusos menos en comodidades y bienestar de lo que las normas nacionales e internacionales señalan. Si la solución no está al alcance del propio Poder Judicial porque quienes tienen a cargo directo la ejecución de la pena (Poder Ejecutivo y organismos de control) no tienen recursos para un correcto tratamiento o prevención especial, entonces sería óptimo –aunque esto lo sea de lege ferenda- decir por “piedad” se le reduce la pena. Esta reducción no sería más que una “adecuación” en equidad.

En el espejo que nos vemos está nuestro semejante. ¿El Juez es el modelo perfecto, único, infinito?²³⁵ Es que si abrimos el “diafragma” de la peligrosidad y dejamos al Juez operar en tan peligroso (vale la redundancia) espejo, ya no encontraremos límites, estamos de cara a aquel que contiene todas las figuras y todos los contrarios: un caleidoscopio. Es decir, más deforme aún que el convexo.

Siempre argumentamos *desde un lugar*, lo que se dice “nuestra óptica”. ¿Cómo saber a ciencia cierta lo que ocurre en el caótico e inabarcable mundo del derecho penal? La insuficiente razón humana nos marca un estigma. Wittgenstein con ironía trazó un camino “de lo que no se puede hablar hay que callar”. Trazó límites a la expresión de pensamientos pero no al pensar.

Es necesario **emprender el éxodo**.

Evacuar el espacio mórbido que hoy ostenta el derecho penal convexo es un imperativo insoslayable.

b) La ciudad amurallada: las nuevas imágenes.

Han nacido las ciudades fortificadas. El espejo del medioevo.

Una ciudad dentro de una gran Ciudad.

Las nuevas geografías en las hacinadas ciudades latinoamericanas exigen variantes en los exámenes criminológicos. Ya no se

²³⁵ Puede recordarse en la evolución dogmática de la culpabilidad cuando se incorporó la idea del “hombre medio”... de la motivación. Parámetros que el Juez mediría con su propia concepción.

puede afirmar que en los centros urbanos la población se desparrama como una mancha de aceite. Tampoco reviste interés posmoderno los análisis de la “zona próxima” o los esquemas de población marginal que alguna vez dieron fundamento a la Escuela de Chicago para explicar las causas de la delincuencia.

La antropóloga Teresa Caldeira habla de la Ciudad Fortificada. Según ella son barrios que se han originado en el miedo a la delincuencia... un urbanismo que crea edificios de oficinas junto con centros comerciales muy costosos, que expulsan a los pobres y que, como están lejos del centro de la Ciudad, crean espacios de residencia de los ricos.

Caldeira piensa que los ricos se segregan a sí mismos. Que las élites no consiguen dominar el centro de la Ciudad entonces crean otras maneras de segregar y de mostrar su prestigio. Así la élite puede ser globalizada, cosmopolita y moderna y puede no preocuparse por el resto de la sociedad. Sería una suerte de microclima.

Lo cierto es que estas “ciudades amuralladas” y las villas de emergencia (barrios pobres) constituyen el nuevo damero de las ciudades globalizadas.

El miedo es el ingrediente básico que genera esta ciudad cuasi feudal. El tema está tratado entre otros por Saskia Sassen; Manuel Castells (Global Cities); Allen Scott (Global cities regions), Paul Virilio (ciudad pánico); John Fridmann (world cities).

Es cierto que el poder económico tiene mucho que ver en todo esto. Desde los medios masivos de comunicación se eleva maliciosamente la sensación de inseguridad, de esta manera se genera la necesidad de resguardarse del delito, precisamente en barrios fortificados, que poseen

fuertes artilugios de arquitectura, con áreas electrónicas policializadas, con banco de datos ... algo que guarda una profunda relación con el panóptico.

Pero la cuestión sociológica no se agota allí. Loic Wacquant entiende que se tratan de guetos o bien hiperguetos. Veamos: Un gueto es una institución que sirve para contener a un grupo estigmatizado en la ciudad, para aceptar un grupo separándolo del resto, creando un espacio social separado que permite tenerlo en la ciudad para explotarlo. Así *el gueto es una ciudad en la ciudad*.

Wacquant entiende que cuando el gueto pierde su función económica se transforma en hipergueto. Aquí en este estadio de transformación hay mucha violencia porque hay una retirada de la economía formal por la penetración de la economía informal y economía criminal (compra de armas, drogas). El estado Social (workfare) se retira e impone el Estado Penal represivo. Lo que yo llamo el Derecho Penal Convexo.

La problemática no es menor. En 1900 sólo el 10% de la población mundial era urbana. En el 2008 más de la mitad del mundo vivirá en ciudades. Hay que asumir un riesgo categórico: HOMO URBANUS HOMO VIDENS es la cruda realidad.

15) La hora crepuscular.

Cuando el tiempo haga resumen y las omnipotentes avenidas de claridad trémula que tiene el derecho penal se pueblen de lápidas y cruces, ya nada se podrá salvar. La trágica encrucijada que William Shakespeare nos deja en Hamlet puede ser aún reexaminada criminológicamente. ¿Debemos

seguir afirmando que la represión soluciona todos los males o es posible pensar un mundo mejor... sin violencia?

En ancas de solucionar violencia con violencia estamos –de nuevo- atrapados en el herético espejo cuyo fondo no refleja y en la superficie nos da siempre el reverso de lo que vemos.

Lo majestuoso del espejo convexo tiene su correlato en la política criminal. Impiadoso, tiene el efecto de lo grotesco y perverso. Son los medios de comunicación masiva quienes modifican el pensamiento. Esa superabundancia de emisores no da siempre una visión humana y contextualizada de los problemas sino dependiente de los intereses mezquinos del poder económico que lo alberga. Es muy grave que la realidad sea concebida como los medios la plantean.

Coincido con Cesano cuando afirma que “sería ingenuo atribuir este fenómeno (criminalidad) a un solo factor. Empero, al momento de jerarquizarlos, hay uno de ellos que ocupa una posición privilegiada. Nos referimos –sigue afirmando Cesano- a los medios de comunicación que han instalado en nuestra sociedad un mensaje cuya ecuación podemos bosquejar de la siguiente manera: hay un incremento de las formas convencionales de criminalidad violenta; incremento que hace cundir la inseguridad y que, como respuesta, exige del Estado la construcción de respuesta punitivas “duras”²³⁶.

Desde aquí se ensancha la imagen del delincuente para que quienes dirigen la política criminal sólo vean la forma y no el contenido. Un interregno de fondo y figura. Por eso la burda respuesta se presenta como

²³⁶ Cesano, José Daniel; “La política criminal y la emergencia”; Derecho Penal contemporáneo. Serie Azul, Volumen 6, Editorial Mediterráneo, Córdoba, 2004, ps. 52/53.

quien pretendiendo combatir el fuego, arroja sobre él un balde de gasolina. En términos sencillos cegar la violencia con la violencia.

Hasta hay una deformación esperpéntica de la estética del ser humano, voluntariamente aceptada por académicos que ven enemigos de derecho penal a seres humanos que habitan en otro continente, llegando a aceptar la violenta situación de que debe quitárseles su propia identidad como una “devolución de su dignidad” a través de la pena –ver el tratamiento del DPE-.

Nadie recalca en el espejo cóncavo. Pues es la visión inversa de la opresión de la violencia. La necesidad de disminuir la violencia estatal para “poner en foco” al mismísimo derecho penal.

Sería algo así: El espejo cóncavo y convexo se basa principalmente en un espejo de forma esférica en que la parte interior se denomina cóncava, la exterior convexa y el centro de la circunferencia FOCO.

En la parte convexa los haces de luz tienden a concentrarse en el foco situado en la parte posterior del espejo. Por esta razón, cuanto menor sea la distancia del objeto de la superficie del espejo, la imagen reflejada se verá mas ampliada.

Cuando un vulnerable se ubique cerca del sistema penal represivo (del enemigo, simbólico, inflacionario, etc.-) éste lo verá distorsionado, en forma ampliada, “peligroso”. Le será prácticamente imposible “ponerlo en foco”, pues el sistema tiene más prejuicios que claras ideas.

Pero el espejo convexo cumple además otra función. Permite reflejar las imágenes captadas desde diferentes ángulos del lugar donde se lo

ha colocado. Controla todo desde un solo punto y así envía los mensajes. Y al recibir todas imágenes (reclamos sociales, prensa amarilla, furias, odios, discriminación, etc.), combina y multiplica sus efectos dando por ciertas todas y haciendo una. De esta manera el sistema penal cual espejo convexo arriba a una conclusión: el uno es todo y el todo es uno. Se convierte en un sistema auto-observador y auto descriptor. En realidad tiene por veraces esperpentos, que llegan –a veces- a comparar lo humano con lo animal.

Así se han imaginado y plasmado las atroces y crudas torturas pretéritas, donde “todo lo convexo” tenía su lugar en ciertos instrumentos tales como “la doncella de hierro de Nüremberg”, “la jaula colgante”, “la silla de interrogatorio”, “el aplastapulgares”, “la guillotina”, “el garrote”, “el aplastacabeza”, “el potro”, “la horquilla del hereje”, “la flauta de alborotadores” o “la pera oral, rectal y vaginal”. En realidad lo que se pretendía no era hacer una cultura del dolor sino ser el dueño de la verdad, es decir legalizar un método siniestro para indagar y de esa manera construir un discurso de poder (como pasó con los Templarios). Lo verdaderamente llamativo es ver como hoy grandes “imperios civilizados” usan similares metodologías para extraer confesiones, resucitando y sofisticando estos singulares elementos del siglo XVI en adelante.

Para poder llevar la cuestión al foco sería loable incursionar en la visión cóncava del derecho penal es decir una imagen que apunte a “remover los obstáculos sociales estructurales que impiden las condiciones indispensables de convivencia pacífica”²³⁷.

Si afirmamos la absoluta realidad en el espejo plano, también caeríamos en un error insoportable de verdad. Pues este espejo devuelve la

²³⁷ Arocena, Gustavo; “Inseguridad urbana y ley penal”, Córdoba, Ediciones Alveroni, 2004, ps. 68.

imagen precisamente al revés. De allí que no sea aceptable que el derecho penal conteste con absoluta verdad y certeza lo que acontece en la realidad, dando por tierra la máxima hegeliana²³⁸.

Ningún espejo –ni aún el cristal de Murano²³⁹– muestra la VERDAD, tampoco lo hace la Justicia. En esta inteligencia “el proceso penal tiene por objetivo una meta inalcanzable, pues como lo que se propone es averiguar la verdad pero no a cualquier precio, el resultado no garantiza haber logrado “la” verdad material, sino una verdad “forense” obtenida a través de las vías formalizadas” (con cita de Cafferata Nores)²⁴⁰. Para Popper un enunciado era verdadero sólo si correspondía a los hechos. Tarski aún más lejos decía que somos buscadores de la verdad pero no sus poseedores. Esto hizo hablar de una verdad probable o verdad consensual (Habermas, Alexy, Apel)²⁴¹

Pero cuando el Estado hace uso del ius puniendi y encarcela preventivamente, todo el derecho penal convexo muestra su máxima expresión procesal. En gran medida “se aplica indiscriminadamente no como consecuencia de una investigación responsable, sino para iniciar las

²³⁸ Hegel no niega lo real, simplemente sostiene que éste se confunde con lo ideal. “Los sucesos se reducen a relaciones intelectuales”. Así, prontamente arriesga dos postulados para entender su sistema: a) “Todo lo real es racional y todo lo racional es real”, por eso nada acontece que no sea explicado racionalmente. El azar y lo inefable no existen. B) “El movimiento de la historia es un movimiento orientado”.

²³⁹ En la isla de Murano, Venecia, hacia 1450, un vidriero de apellido Beroviero usó cenizas de plantas marinas ricas en óxido de potasio y magnesio para crear un vidrio extraordinariamente transparente que se llamaría “el cristal”. Ver: Pendergrast, Mark; “Historia de los espejos”, Editorial: Ediciones Vergara, Barcelona, 2003, ps.123.

²⁴⁰ Righi, Esteban; “Teoría de la pena”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, ps. 130.

²⁴¹ Mangiafico – Parma; “Juicio Abreviado Argentino”, Ediciones Alveroni, Córdoba, 2004, ps. 182.

investigaciones. Se detiene para investigar, en vez de investigar para detener²⁴².

Ahora, con el derecho penal convexo motivado desde los medios de comunicación se llega a detener ni siquiera para investigar. La detención es por la detención misma.

En tal sentido se invoca al derecho. Se dice que es para proteger a la norma. Si el derecho tiene como única misión proteger la norma puede interrogarse ¿quién protege al ser humano?. Los positivistas contestan: la norma. Obviamente sin resolver que ocurre cuando ésta no está o es injusta. Hasta incluso dogmáticamente se sostiene que puede punirse sin culpabilidad del agente en el hecho. Es decir que se le da al derecho un rol sacro santo.

Atienza enseña que “el derecho no es un fin en sí mismo y no tiene carácter natural. Es más bien un instrumento, una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del derecho: una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad. No es más ni menos que una técnica cada vez más compleja, pero siempre notablemente deficiente -para la resolución- de hecho, no siempre justa de los conflictos sociales”²⁴³.

²⁴² Eimeric, Nicolau; “Los valientes acusadores griegos”, Revista *Urbe et ius*, Buenos Aires, Edición IV, 2005, ps. 16.

²⁴³ Atienza, Manuel; “Derecho y argumentación”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, ps 17.

a) La realidad latinoamericana.

En tiempos modernos, Latinoamérica ha mostrado el lado más oscuro de la inhumanización: la pobreza estructural y extrema, la violencia intrafamiliar y la corrupción del Estado. El Derecho Penal, como siempre lo ha hecho, no alcanza a comprender ni mucho menos a contener este flagelo. Hoy está en el vórtice de miradas esperanzadas pero sigue dominado por los dueños del poder, aquellos que se jactan de haber creado la categoría social de “excluidos”, que a la postre no son más que los nuevos “desaparecidos” de la democracia²⁴⁴

Una suerte de marasmo ha atrapado el sistema judicial procesal, cuyas consecuencias se muestran en torno a la arbitrariedad, falta de eficiencia e idoneidad.

En varios aspectos el derecho moderno se ha distanciado del hombre. Como expresé “ut supra” algunos piensan que el hombre ya no es ni persona para el derecho²⁴⁵.

Otros gozando del beneficio que dan ciertas “imposturas intelectuales” apelan al cientificismo y hacen depender el derecho y hasta la propia justicia de la ley positiva vigente²⁴⁶. Ya advirtió Cossio este peligro

²⁴⁴ “En los países más desarrollados los problemas de la multiplicidad cultural se produjeron como consecuencia de la inmigración, en nuestro país se han generado por obra de la marginación social... las respuestas al problema penal no las vamos a encontrar en Europa...”. Cevasco, Luis; “La desconexión entre el derecho penal y la gente”, Buenos Aires, Revista “Urbe et ius”, nro. 1, 2004, ps. 13.

²⁴⁵ Platón, Hobbes, Schmitt, Jakobs son ejemplos.

²⁴⁶ “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera, de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser

sugiriendo que sea “la conducta” humana en interferencia intersubjetiva el objeto de la ciencia del derecho y no la norma. Es que en esta extrema normativización Kelseniana se forjó un mundo con normas y sin hombres.

Como ocurre en “El proceso” de Kafka, en sus “angustiosos laberintos”, nuestros judiciales en Latinoamérica se vieron envueltos en un “metalenguaje indescriptible”, donde a veces se pasan la vida discutiendo cuestiones formales, incidentes, nulidades, caducidades, etc..

“El ritual termina por imprimir mecanismos de control que acaban por generar efectos mas nocivos para la posible socialización”²⁴⁷

Aunque objetables, más grave resultan aquellas imputaciones que sostienen “que los jueces prefieren encontrarse con expedientes y con libros de derecho, más que con personas, a quienes, por lo general tratan de eludir”²⁴⁸, de allí la trascendencia que tiene la *inmediación con las partes*²⁴⁹.

La “igualdad” se ha tornado en algunos ámbitos una ilusión, de allí la irresistiblemente cómica y satírica frase orwelliana: “todos somos iguales, pero unos más que otros”²⁵⁰.

Estos “males”, que afectan la administración de Justicia, se han visto a su vez fortalecidos con la “irracionalidad de la lentitud judicial que tiene dos caras: por un lado, oprime a los súbditos de la justicia violentando

reformadas o abolidas”. Rawls, John; “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, ps. 17.

²⁴⁷ Maffesoli, Michel; “Dinámica da violencia”, Sao Pablo; Editora Revista dos Tribunais, Editorial Vértice, 1987, ps. 14.

²⁴⁸ “La capacitación de los jueces”; Fucito; en La Ley; 2/2/95.

²⁴⁹ Bava Bussalino, Pablo, “Jueces de antes y de ahora”; en El derecho, 26/8/02, pág. 3.

²⁵⁰ Bobbio, Norberto; “Igualdad y libertad”; Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993, ps. 54.

derechos humanos; por otro, la justicia se niega a sí misma declarando su ineficiencia, su inutilidad substancial”²⁵¹.

Si uno percibe las notorias diferencias que hay entre quienes pueden llegar a “reclamar justicia” por ante los Tribunales, no dejará de reconocer que un ambiente de “desigualdad” se instaló en el funcionamiento institucional²⁵².

Los cultores de la novedosa “teoría crítica”²⁵³ de profusa difusión en nuestras cátedras de filosofía del derecho se esfuerzan por indicar que “los súbditos del derecho no perciben con exactitud el estatuto jurídico”. Hay en ellos una “no comprensión, que no está implicada en la llamada ignorancia de la ley”, esto conduce a una “manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, estrategia de reproducción del poder” que gesta lo que estos autores llaman “*la opacidad del derecho*”²⁵⁴. Piensan que este derecho así dado, como “saber social diferenciado reservado a abogados, jueces, legisladores” y operadores del sistema, coloca en un estado enorme de desigualdad a quienes no son “técnicos” en la materia, por ello concluyen que el *derecho es más que las*

²⁵¹ Herrendorf, Daniel; “El poder de los jueces”; Editorial Abeledo - Perrot; Buenos Aires, 1994, ps. 25.

²⁵² Rawls para solucionar la “desigualdad” y la “injusticia” imaginaba un grupo de hombres y mujeres que si se los hace olvidar de sus gustos, talentos y ambiciones, darán su asentimiento a un “contrato” en base a dos principios de justicia: mayor libertad posible y que las desigualdades no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la comunidad que peor están (“Los derechos en serio”; Dworkin, Ronald; pág. 234, Editorial Ariel, año 1989.

²⁵³ “Critical legal studies” es un importante movimiento de pensamiento surgido en la década de 1960 en la Universidad de Yale, EEUU. Estos “jóvenes” veían que al utilizar el razonamiento jurídico para justificar las reglas de la sociedad actual crear la apariencia de que sus consecuencias opresivas son inevitables, lógicas o inherentemente justas. Entre sus cultores se destaca Duncan Kennedy y entre nosotros Curtis y Cárcova,

²⁵⁴ Cárcova, Carlos; “La opacidad del derecho”; Editorial Trotta, año 1998, ps. 182/183.

palabras de la ley, y en este sentido organiza una serie de mitos, ficciones, rituales y ceremonias²⁵⁵.

En esta sociedad “compleja”, si se quiere “autorreferencial”, coexisten intereses multiculturales de difícil solución. Hay sistemas sociales de “disposiciones durables y transferibles, *estructuras estructuradas* predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir como principios generadores y organizadores de *prácticas*”. A esto se lo denomina “*habitus*”, que en la tesis de Bourdieu es “la historia hecha cuerpo” que articula lo individual y lo social²⁵⁶. De esta forma ciertas personas o “comunidades” sólo responden y entienden su “habitus”.

Las sociedades de latinoaméricas son por demás heterogéneas. Basta advertir que a la población original se le sumaron iracundos y depredadores conquistadores. También existió desde 1492 quienes, amaban la tierra y respetaban al indígena (Bartolomé de las Casas entre otros). Pero hay un dato no menor, que a veces suele aparecer oculto: a Latinoamérica arribaron 11.328.000 esclavos. Ya en 1479 España, mediante el tratado de Alcaovas autorizó la venta de seres humanos como esclavos. En 1494 en el famoso tratado de Tordesillas se fijaron límites del saqueo. Es dable en advertir lo fascinante que resulta la multiculturalidad que es también diversidad en la identidad²⁵⁷.

El primer secuestro extorsivo en América del Sur se produce el 16 de noviembre de 1532 en la Ciudad de Cajamarca, Perú. En la ocasión

²⁵⁵ Courtis Christian, “Desde otra mirada”, Editorial Eudeba, Buenos Aires, año 2001, ps. 13/14.

²⁵⁶ Pierre Bourdieu, “las prácticas sociales”; Gutiérrez, Alicia; pág. 64/65; Editorial Universidad Nacional de Córdoba y de Misiones; año 1997.

²⁵⁷ Ver: Picotti, DINA, “La presencia africana en nuestra identidad”, Ediciones Del sol, Buenos Aires, 1998.

Francisco Pizarro, quien representaba la razón europea, previo a practicar una carnicería humana, detiene al Inca Atahualpa. El pueblo Inca no se recuperó jamás de esa hecatombe que concluyó de la peor manera posible: Se entregó por un rescate que nunca existió 6080 kilos de oro 22 quilates y 11.872 kilos de plata y Atahualpa luego de ser sentenciado por obrar del “derecho penal convexo” fue estrangulado la noche del 26 de Julio de 1533²⁵⁸.

Se trató de un Genocidio que duró siglos. El Profesor Villamor relata dos casos paradigmáticos²⁵⁹: El proceso contra Julián Apaza conocido con el nombre de Tupac Katari, cuya sentencia dictada el 13 de noviembre de 1781 en el Santuario de Nuestra Señora de las Peñas por el oidor de la Audiencia de Chile, Francisco Tadeo Díez de Medina, condenaba a que el reo sea descuartizado por cuatro caballos, confiscación de sus bienes y declaratoria de infamia²⁶⁰. Más grave es el caso de otro caudillo, Dn. José

²⁵⁸ Salas Salas, Luzmán; “Lecturas selectas sobre Cajamarca”, Universidad Nacional de Cajamarca, Perú, 2003, ps. 26/30.

²⁵⁹ Villamor, Fernando; “Una aproximación al derecho penal del enemigo”, Editorial Popular 2007, La Paz - Bolivia.

²⁶⁰ “Fallo atento al mérito que resulta de la notoriedad de la sumaria, de la confesión y de los papeles por mi habidos, que debo condenar y condeno al dicho Julián Apaza (alias) Tupacatari, en pena ordinaria de muerte y último suplicio, y en conformidad, usando de las facultades privativas del Supremo Gobierno de Buenos Aires, que me están trasmisas (sic) por esta Comandancia General, mando que sea sacado de la prisión donde se halla, arrastrado a la cola de un caballo, con una soga de esparta al cuello, una media corzoa o gorreta de cuero y que a voz pregonera se publique sus delitos a la plaza de este Santuario, en que deberá estar la tropa tendida con las armas de su Majestad y convocase los indios concurrentes de dichas provincias, de modo que antes de la ejecución se les aplique por mi lo agradable que será ésta a Dios y al Rey como propia de la justicia y del beneficio y sosiego de ellos mismos, para que así se repare cualquiera conturbación y recelo que pueda haber.

Y que asido por unas cuerdas robustas sea descuartizado por cuatro caballos que gobernarán las de la provincia del Tucumán hasta que naturalmente muera, y hecho sea transferida su cabeza a la ciudad de La Paz, para que fijada sobre la horca de la Plaza Mayor y puesto de Quilquilli, donde tuvo la audacia de fijar la suya y sitiar los pedreros

Gabriel Condorcanqui –Tupac Amaru- , cuya condena se estrella contra el orden jurídico constituido por el Derecho metropolitano y el Derecho de Indias. Uno de los principios de dichos ordenamientos, consagrado por las Partidas, era el de la personalidad de las penas. Este principio fue violado manifiestamente con la extinción de la familia Tupac Amaru: su hijo, su mujer, su hermano y otros familiares de la mujer. La sentencia que condenó a Tupac Amaru a la pena capital decía que se lo acusaba por los siguientes cargos: 1) Haber tenido alucinados y sumisos a los indios. 2) Realizar estragos, horrores, muertes, violación y profanación de templos.3) Hacerse legislador. 4) Nombrar justicias mayores. 5) Aplicar pena de muerte. 6) sustraer obediencia de su legítimo señor. 7) Legislar para cuando fuese jefe universal. 8) Usurpar funciones de rey. 9) Engañar a los indios con falsos impuestos. 10) Causar perjuicio a las provincias. Este fallo fue dictado por el visitador Areche el 14 de mayo de 1781²⁶¹.

para batirla, bajo de la correspondiente custodia se queme, después de tiempo y se arrojen las cenizas al aire. La mano derecha en una picota y con su rótulo correspondiente a su pueblo de Ayo Ayo, después al de Sicasica, donde se practique lo mismo; la siniestra al pueblo capital de Abacachi en igual conformidad, para la misma perna derecha a los Yungas y cabecera de Chulumani y la otra de Caquibiri de la Pacajes, para lo propio; y por lo respectivo a los bienes que se han hallado y se puedan hallar, declárese débense confiscar para la Cámara sin perjuicio de tercero. Y conforme la naturaleza y calidad de sus delitos de infame alevé traidor, sedicioso, asesino y hombre feroz o monstruo de la humanidad en sus inclinaciones y costumbres abominables y horribles por esta sentencia definitivamente, juzgado, así lo pronuncio mando y firmo con expresa condenación de costas que se pagarán inmediatamente al actuario.” (de la cita del Profesor Fernando Villamor)

²⁶¹ “Mirando los remedios que exige la pronta quietud de estos territorios el castigo de los culpables, la justa subordinación al Rey y sus Ministros... debo condenar y condeno a José Gabriel Tupac Amaru, a que sea sacada a la plaza principal y publica de esta ciudad, arrastrado hacia el lugar del suplicio, donde presencie la ejecución de las sentencias que se dieren a su mujer, Micaela Bastidas, sus dos hijos Hipólito y Fernando Tupac Amaru, a su tío Francisco Tupac Amaru, a su cañado Antonio Bastidas y algunos de los principales capitanes y auxiliares de su inicua y perversa intención o proyecto, los cuales han de morir en el propio día; y concluidas estas sentencias se le cortará por el verdugo la lengua y después de amarrado o atado por cada uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes, y de modo que cada una de estas se pueda atar a prender con facilidad a otras que prendan de las cinchas de cuatro caballos, de forma que dividido su cuerpo en otras tantas partes

Existió de parte del dominador un derrotero de horrores que los mismos colonos adoptaron como práctica y que aún persiste en algunos sistemas procesales.²⁶²

Esto hace que la coexistencia se encuentre atravesada por dificultades propias de los choques culturales y de su diversidad (v.gr. Corte IDH “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua”, sentencia de fecha 31/08/2001). El apego a las tradiciones, la forma de ver y encarar el mundo, el animismo, la espiritualidad hacen que cada comunidad tenga y exija su propio derecho y éste –a veces- se dé de bruces contra el

llevándose éste, luego que sea hora, al cerro o altura llamada Picchu, a donde tuvo el atrevimiento de venir a intimidar, sitiar y pedir que se le rinda esta ciudad, para que allí se quemara en una hoguera que estará preparada, echando sus cenizas al aire y en cuyo lugar se pondrá una lápida de piedra que exprese sus principales delitos y muerte para sola memoria y escarmiento de su execrable acción. Su cabeza se remitirá al pueblo de Tinta, para que estando tres días en la horca, se ponga después en el palo a la entrada más publica de él; uno de los brazos al Tungasuca, donde fue cacique, para lo mismo y el otro para que se ponga y ejecute lo propio en la capital de la provincia de Carabaya enviándose igualmente y para que se observe la referida demostración, una pierna al pueblo de Livitaca en la de Chumbivilcas, y la restante al de Santa Rosa en la de Lampa, con testimonios y orden de los respectivos corregidores, o justicias territoriales, para que publiquen esta sentencia con la mayor solemnidad por bando, luego que llegue a sus manos, y en otro igual día todos los años subsiguientes: de que darán guisa instruido a los superiores gobiernos, a quienes reconozcan dichos territorios. Que las casas de éste sean arrasadas, o batidas y saladas a vista de todos los vecinos del pueblo o pueblos donde las tuviere o existan. Que se confiscuen todo sus bienes, a cuyo fin se da la correspondiente comisión a los jueces provinciales. Que todos los individuos de su familia, que hasta ahora no hayan venido, ni vinieran a poder de nuestras armas y de la justicia que suspira por ellos para castigarlos con iguales rigurosas y afrentosas penas, queden infames e inhábiles para adquirir, poseer y obtener de cualquier modo herencia alguna o sucesión, si en algún tiempo quisiesen o hubiese quienes pretendan derecho a ella. Que se recojan los autos seguidos sobre su descendencia en la expresada Real Audiencia, quemándose públicamente por el verdugo en la plaza pública de Lima para que no quede memoria de tales documentos; y de los que sólo hubiese de ellos testimonio, se reconocerá y averiguará adonde pararan los originales, dentro del término que se asigne, para la propia ejecución”. (Cfr. Fernando Villamor L. La Codificación Penal en Bolivia, Ed. Popular, La Paz, 1977, 72 y ss.).

²⁶² Burgos, Víctor; “La implementación del nuevo Código Procesal Penal en la ciudad de Trujillo y sus retos”, Revista Iuris lex societatis, año I, nro. 1, marzo de 2006, ps. 309.

sistema positivo del país que se trate (por ejemplo en el *ne bis in idem*). Aquí entonces cobra vida la doctrina de los Derechos humanos como corrector de este conflicto normativo.

El interrogante nace en forma natural: ¿el derecho penal del enemigo debe aplicarse a culturas indígenas en Latinoamérica cuando éstas entren en conflicto con el sistema penal?

Dicho de manera simple: el derecho penal del enemigo, que está fundado en un espejo convexo aberrantemente cruel, da para todos los casos.

Como podrá verse a continuación, debe responderse: lamentablemente sí.

Myrna Villegas en un serio y ejemplificativo trabajo nos muestra como se sigue la línea del derecho Penal del enemigo para reprimir comunidades Mapuches²⁶³ en el sur de Chile. Se trata de la “aplicación de leyes terroristas al conflicto del pueblo Mapuche”²⁶⁴.

Corrigiendo los defectos del espejo convexo en el tratamiento de esta materia, Matías Bailone sugiere (como si fuera un imperativo kantiano) restituir el estado de cosas al momento anterior al conflicto. En lo prístino del problema debe valorarse que “la propiedad privada no existía en la concepción mapuche, no siendo el hombre dueño de la naturaleza sino

²⁶³ La comunidad indígena Mapuche conserva una cultura milenaria. Han habitado pacíficamente en el sur de Chile y Argentina en la llamada “Patagonia”. A mediados del siglo XIX se les quitó las tierras a través de decretos leyes que proclamaban el aniquilamiento de esa etnia. Un verdadero genocidio.

²⁶⁴ Villegas Díaz, Myrna; “El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo Mapuche”, en “Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad”, Editorial Universidad Central de Chile, Santiago, 2008, ps. 423.

parte de ella²⁶⁵. Hay en ellos un amor a la madre tierra, de rigor ancestral, situación de la que se han visto usurpados²⁶⁶. Al no verse respetados derechos más antiguos que el Estado mismo vemos que las prácticas del castigo que se imponen contra estos pueblos no sólo se fundan en normas, sino en “cultura”, en “sensibilidad” o “mentalidad” al decir de Garland²⁶⁷.

Una pausa inteligente nos hará reflexionar sobre la discriminación en Latinoamérica. El racismo impuesto por el derecho penal convexo no se ha ido aún de las mentes. El DPC ha incorporado fuertes estereotipos que formulan un triángulo inexpugnable: **POBREZA – DISCRIMINACION – DELINCUENCIA**.

Esta antiquísima discriminación cooperó en la formación de un paradigma social que daba status a quien poseía dinero, raza o cultura (en ese orden). En las antípodas el DPC siempre pensó que “la pobreza ennegrece” (Ferri y otros tantos) y siendo causa necesaria de la delincuencia. Hoy las leyes de inmigración europeas rescatan esta idea central. La academia lo funda desde el Derecho Penal del Enemigo.

El Derecho Penal Convexo en Europa muestra sus fauces en la política anti inmigratoria.

El Parlamento europeo en el año 2008 discutió y aprobó el proyecto de Directiva sobre “*los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se*

²⁶⁵ Bailone, Matías; “El derecho penal de los mapuches”, www.carlosparma.com.ar/doctrina

²⁶⁶ Coña, Pascual; “Testimonio de un cacique mapuche”, 3ra. Edición, Editorial Pehuen, Santiago, Chile, 1984.

²⁶⁷ Garland, David; “Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social”, Editorial siglo XXI, México, 1999, ps. 328.

encuentren ilegalmente en su territorio” (simplificadamente llamado “Directiva de Retorno”).

Bajo el ropaje de una lucha contra el tráfico y la explotación de seres humanos en distintos países de la Unión, se sancionó un instrumento de política migratoria que ya ha sido acusado, por distintas instituciones internacionales, por criminalizar la inmigración, comportando graves riesgos de violación de los derechos humanos de los inmigrantes afectados por la directiva, así como también por cuestionar principios básicos del Estado de Derecho. La Cumbre del MERCOSUR dictaminó que se trataba de una política discriminatoria.

En particular, organizaciones de derechos humanos, europeas y americanas, así como distintos países y organismos internacionales han considerado que esta normativa viola distintos tratados de las Naciones Unidas, además de contrariar muchas de las disposiciones constitucionales de los países que las votaron. En todo caso, resulta claro que esta medida dejó bien lejos la posibilidad de que Europa ratifique la Convención de la ONU para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias de 1990, en vigor desde el 1 de Julio de 2003.

En este sentido, los reparos de la ONU se sumaron a los de la OEA, la cual comenzó a arbitrar los medios para rechazar la nueva ley europea que endurece las sanciones contra los inmigrantes ilegales.

La directiva ha cosechado estos rechazos, particularmente, porque instrumenta procedimientos de privación de libertad potencialmente arbitrarios, que pueden ser adoptados sin control jurisdiccional alguno por autoridades administrativas (para Argentina, básicamente, un regreso comparable a abandonar la actual ley Migraciones N° 25.871 y volver a la oscura ley de facto, N° 22.439).

Además, autoriza plazos de detención por demás extensos, que *pueden llegar hasta 18 meses* y que contradicen el propósito manifiesto de agilizar los procedimientos del retorno. Si bien el texto sancionado expresa que *"cada Estado debe aprobar un período de detención que no exceda de 6 meses"*, también dice que puede extenderlo hasta 18 meses en algunos casos; por ejemplo, si el inmigrante en situación irregular, no coopera en los trámites para su expulsión.

Se entiende, también, que esta directiva *impone un doble castigo a los inmigrantes afectados*, pues estos no sólo deberán sufrir la privación de libertad antes mencionada, sino que después de su expulsión, tendrán prohibición de regreso al territorio europeo durante 5 años, sanción que, básicamente, resultaría irrecurrible.

Más preocupante, aún, la directiva *habilita la detención de menores no acompañados* que pueden ser ingresados en los mismos centros de detención (cuyo estatus no queda aún suficientemente claro, por lo cual algunas voces ya hablan de "campos de concentración"), y su expulsión sin garantía de reagrupamiento familiar, lo que se encontraría en manifiesta contravención con los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas.

A esto se suma, la *posibilidad de realizar expulsiones a terceros países*, en lugar del país de origen, lo que importaría mayores gravámenes para los inmigrantes afectados por estas medidas.

Por lo demás, también posibilita que quienes hayan sido detenidos a lo largo de los siete días posteriores a su entrada en el territorio

europeo terminen siendo expulsados, incluso, sin el amparo de las limitadas garantías de esta directiva²⁶⁸.

Fácil es de observar que aún queda mucho por decir y que el “éxodo” es necesario... hacia un mundo mejor... más igual... más justo.

b) Corrector del espejo.

Si hay un espejo que agrande la realidad y la distorsiona deberá existir el que la empequeñece. Ese juego de reflejos necesita poner en foco la cuestión.

Si uno apela al espejo cóncavo probablemente podamos reducir el efecto expansivo del derecho penal, sin que esto implique que estemos reflejando en forma correcta.

¿Qué necesitamos?

Será necesario partir de consignas fuertes que sirvan de base. En un trabajo excepcional. Víctor Reinaldi propone que **hay un derecho absoluto: el derecho a no ser torturado**²⁶⁹. Esta piedra de toque que éste importante Maestro –glosador de Núñez- sugiere²⁷⁰, tiene tanta trascendencia que es la llave de hierro que niega el derecho penal del enemigo.

²⁶⁸ Zysman Quirós, Diego; “Migraciones, xenofobia y delito”. Los problemas de la inmigración europea y la nueva “Directiva de Retorno” del Parlamento Europeo”; www.eldial.com/suplementos/penal fecha 14/07/08.

²⁶⁹ Reinaldi, Víctor; “Un derecho absoluto: el de no ser torturado”, La Ley, Argentina, Año LXIX nro. 176

²⁷⁰ Reinaldi, Víctor; “El delito de tortura”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.

No hay mundos paralelos en el derecho penal. Y si los hay... porque no sumergirse, como lo propone la *Teoría de las cuerdas* en la astrofísica posmoderna, que hay más dimensiones que las que vemos y uno de estos planos es el de la palabra distinta, la comprensión, humanización, piedad, empatía, etc.

Debe reconocerse al ser humano en su dimensión justa, como un fin, no como un medio. No puede ser torturado (Ver: Protocolo Facultativo de la Convención para prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles –junio de 2008-).

Y aunque se afirme que este “mundo paralelo” que niega derechos existe, hay que resistir a que sea aplicado. Pues la experiencia así lo indica: son sólo cuestiones de moda como fue alguna vez Lombroso o, Ferri, con el beneficio que ahora las modas duran bastante menos tiempo.

Afirmé “ut supra” que el principio de intervención mínima podía coexistir con el principio protector de bienes jurídicos. Pero debemos ir más lejos para GARANTIZAR DERECHOS porque la presión mediática no es una cuestión menor.

Para corregir el espejo es necesario ahondar en el principio de legalidad (determinación legal de los hechos y las penas, indelegabilidad de la facultad legislativa penal, prohibición de aplicación de la analogía, irretroactividad de la ley penal), la **garantía de reserva, de privacidad, de culpabilidad (coculpabilidad de Zaffaroni y responsabilidad en Roxin), de judicialidad, de personalidad de las penas, etc. Y los principios de**

humanidad, liberal de gobierno, de suficiencia, de razonabilidad, de mínima intervención, etc.²⁷¹.

Comparto la idea de Pozo: “Los derechos humanos implican una limitación material implícita al ejercicio del poder constituyente originario, pues éstos no pueden ser eliminados o privar de su goce a todas o algunas personas o grupos de personas, pues ello iría contra las finalidades del constitucionalismo y afectaría el fin último del Estado que consiste en servir a la persona humana y promover el bien común”²⁷².

Los derechos humanos no requieren de otras normas para su aplicación, pesa sobre ellos el self executing o principio de aplicación inmediata²⁷³.

Nace entonces lo más destacable de estos ítems: el respeto por los derechos humanos.

Porque **persona es todo ser humano** (C.A.DH. art. 8 y 25, 37 y 40 de la C.I.D.N.). Este nuevo paradigma –convenciones internacionales- es “una garantía insoslayable de respeto irrestricto de la dignidad del ser humano y del efectivo respeto que merece una sociedad humanista, equitativa, solidaria y más justa”²⁷⁴.

²⁷¹ Barberá de Riso; María; “Reglas penales constitucionales”, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2005.

²⁷² Pozo Cabrera, Enrique; “el debido proceso en la formación de las leyes y en la suscripción de tratados internacionales”, “Libro de homenaje al doctor Marco Vicuña Domínguez”, Ed. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador, 2007, ps. 164

²⁷³ Salgado Pesantes, Hernán; “Manual de justicia constitucional ecuatoriana”, Serie fortalecimiento de la justicia constitucional en Ecuador, volumen 5, quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Capítulo VI.

²⁷⁴ Azerrad, Marcos – Florio, Guillermo; “Política criminal y resolución de conflictos”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, ps. 266.

Esa defensa extrema de cualquier derecho positivo²⁷⁵, lo ha llevado a reflexionar al Maestro Mir Puig hacia una suerte de visión tridimensional del derecho y decir: “en la construcción teórica del derecho penal no importa sólo lo normativo jurídico–positivo, sino también las valoraciones culturales metajurídicas, y no sólo la perspectiva normativa, sino también la fáctica”²⁷⁶. Revaloriza el Profesor Catalán el Estado democrático de derecho para un buen funcionamiento del derecho penal.

Roxin va en esa misma dirección diciendo “en un Estado democrático de derecho, modelo teórico de estado que yo tomo por base, las normas jurídico penales deben perseguir solamente como objetivo asegurar a los ciudadanos una coexistencia pacífica y libre bajo la garantía de todos los derechos humanos. Por esto, el Estado debe garantizar con los instrumentos jurídico penales no solamente las condiciones individuales necesarias para una coexistencia semejante (la vida, el cuerpo, la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales adecuadas para este fin (una administración libre de corrupción, etc.) siempre y cuando no se pueda alcanzar de otra forma mejor”²⁷⁷.

²⁷⁵ Si bien Kelsen, decía: “Kant fue para mí una estrella orientadora” llegó a reconocer que el derecho Nacional Socialista Alemán era “derecho”.(formal, válido, etc.).

²⁷⁶ Mir Puig, Santiago; “Los límites del normativismo en derecho penal”, en “Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad”, Editorial Universidad Central de Chile, Santiago, 2008, ps. 56.

²⁷⁷ Roxin, Claus; “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?”, Revista peruana de doctrina y jurisprudencia, nro. 5, Editorial Grijley, Lima, año 2004, ps. 292.

c) Contemporaneidad: La ética pública y el ius humanismo

Algunos doctrinarios se atribuyen la exclusividad de opinión desde la realidad dogmática Europea. Llamam a eso derecho penal contemporáneo. Los hay quienes sirven a un derecho penal cruento y autoritario y quienes se ubican en las antípodas y reafirman un derecho penal respetuoso de los derechos y garantías procesales y de la libertad humana.

El dilema reflexión queda planteado: Será éste un tiempo más en que el hombre destruya al hombre o acaso lo necesario para iniciar “el vuelo del Bhúo de Minerva” que proclama Hegel. Si la actualidad es un momento de tránsito que se consume en la conciencia de la aceleración del presente y en la expectativa de la heterogeneidad del futuro: “no es difícil ver” –decía Hegel- que “nuestro tiempo es un tiempo de nacimiento y de tránsito a un nuevo período”²⁷⁸.

Todo este sentir y ver filosófico tiene su espejo en la política criminal, que es política para el derecho penal. Sueiro reafirma la dicotomía del “Völkisch” (política criminal) con su discurso del derecho penal del enemigo y por el otro lado la política criminal “jus humanista” con el resucitar de humanistas en el derecho penal”²⁷⁹.

Quienes intentan solucionar el gran problema del derecho penal con el mentado DPE incurren a mi juicio en un error de cálculo sustancial.

No ven cual es el verdadero problema del derecho penal, las causas de todos y cada uno de los males (la opinión vale en Latinoamérica).

²⁷⁸ “Habermas, Jürgen; “El discurso filosófico de la modernidad”; Editorial Taurus, Madrid, 1989, ps. 16/17.

²⁷⁹ Sueiro, Carlos; “La política criminal en la era de la globalización, la posmodernidad y el nuevo orden mundial”, en www.eldial.com 2008.

Como se busca el “enemigo” público (Schmitt) y no el privado (Rousseau), todo derecho es válido. Claro que previamente hay que arrancarle al ser humano su condición de persona así puede el poder punitivo obrar impunemente.

Hoy se focaliza al terrorismo. Antes el narcotráfico.

Estos autores poco hablan del gran mal que es la violencia intrafamiliar y de la incidencia que tiene en el delito. Aunque sea de perogrullo diré que si los niños tienen padre y madre, amor, se nutren, son educados... no existirían las cárceles.

El derecho penal no tiene forma de decir científicamente que un terrorista sea más “peligroso” que un golpeador, abusador y maltratador familiar. Tampoco puede afirmar que ese terrorista haga más daño que un funcionario corrupto, quien vaciando arcas del Estado impide que miles de niños sean alimentados.

Tenemos aquí en nuestras narices los grandes males del derecho penal: la violencia intrafamiliar y la corrupción del Estado (de las instituciones y de los funcionarios).

Por eso propongo PERCIBIR no sólo las luces del derecho penal (atentados públicos, etc.) sino las sombras (la delictividad cotidiana). Los penalistas tenemos que aprender a ver en la oscuridad, sólo así podremos comprender el todo y tener algo más que la mirada fija que a veces nos es impuesta.

Quienes sostienen el Derecho Penal del Enemigo suelen hacerlo escudados en un mensaje apocalíptico, tal cual lo hiciera el monje

joaquinista De Fiore en el siglo XV, cuya falsedad fue prontamente descubierta²⁸⁰.

El espejo convexo engaña el juicio, las medidas y las distancias no son controladas por el observador.

Dudo entonces que el derecho penal del enemigo tenga algún sentido; más dudoso es que tenga doble o triple sentido. Es un sistema acabado.

La visión jus humanista sí tiene sentido y es un canto al futuro, “Aquí el derecho es considerado un instrumento para la realización de la política criminal autolimitada”²⁸¹.

Así el jus humanismo será un espejo diáfano cuyo marco será la ética jurídica.

16) Reflexiones finales

- a- El respeto por la dignidad humana es un punto de partida irrenunciable para cualquier penalista. El derecho penal del enemigo no dice nada nuevo. En sí mismo ya es un pensamiento agotado.
- b- Si es cierta la afirmación de Vattimo que reza: “somos siempre parte: lo que nos parece justo está siempre limitado

²⁸⁰ De Fiore obvio citar las siete trompetas, los siete sellos, los 144.000 elegidos, el granizo, las plagas, la batalla de Miguel, el juicio de las Naciones, etc.

²⁸¹ Binder, Alberto; “Política criminal de la formulación a la praxis”, Editorial Ad – hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 38.

de algún modo por un interés”²⁸². Hay que tratar que ese “interés” de muestras claras de igualdad, de garantías y de libertad.

- c- La mundialización es una sociología de las interdependencias y una fenomenología de un mundo nuevo²⁸³. Puede ser concebida como un “imaginario social”²⁸⁴. Al internacionalizar conflictos se lo suele hacer no respetando las realidades locales y ese error debe ser revertido. Debemos aceptar el DISENSO mediante la idea de “ecúmene” que comprende el pluralismo cultural, que debe ser entendido no como relativismo cultural, como lo hace el multiculturalismo, sino como un interculturalismo, donde cada ecúmene *se piensa entre otras pero a partir de su diferencia*²⁸⁵.

²⁸² Vattimo, Gianni; “De la exterioridad de los delitos y las penas” en “Nihilismo y emancipación”; Editorial Piados, Buenos Aires, 2004, ps. 196.

²⁸³ Toda la intensa obra de Zaki Laïdi gira en torno a esta idea. Puede verse al respecto: “Le temps Mondial”, Editions Complexe, Bruxelles, 1997; “Géopolitique du sens”, Editions Desclée de Brouwer, París, 1998; “La grande perturbation”, Editorial Flammarion, París, 2004.

²⁸⁴ Zahi Laïdi entiende que el imaginario social tiene cinco componentes esenciales: a. el imaginario de las formas comunes, de allí que lo que se hace se haga más sobre el recuerdo que sobre los descubrimientos; b. Hay un imaginario de una vida diaria mundial, que implica un vivir en una comunidad espontánea y única que no implica un proyecto común; c. La mundialización de los afectos se vive sobre el método de la emoción, como si se pudiera así formar una comunidad emotiva; d. el imaginario de mercado, que implica que todo se puede comprar y todo se puede vender. La moral también; e. Así hay un deber de elegir sobre la base de la maximización de sus preferencias personales (“La grande perturbation”, Ed. Flammarion, París, 2004, ps. II, VI y VIII). Esto se produce también pues la guerra fría pone fin a los modelos occidentales de vocación universal (“Un monde privé de sens”, Ed. Hachette – Pluriel, París, 2001, ps. 330

²⁸⁵ La cuestión no es menor, pues aceptándose el disenso como método y como saber popular, pueden incorporar los pueblos otras culturas e interactuar en vez de enfrentar. Puede

- d- Le asiste razón suficiente a Zaffaroni cuando dice como hipótesis de trabajo que “en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de *enemigo o extraño* en el derecho ordinario de un estado constitucional de derecho”²⁸⁶.
- e- La pena no tiene fin ni función en sí misma que pueda comprobarse científicamente²⁸⁷. La pena forma parte de un sistema “autopoiético”.
- f- En Latinoamérica la problemática criminal se apoya en dos grandes columnas: la violencia intrafamiliar y las prácticas corruptas del Estado. La lucha por un derecho penal justo es la lucha por “la reducción de la violencia” en todos los órdenes y géneros.
- g- Hay que fundar un derecho penal basado en las Convenciones Internacionales²⁸⁸ que pueda formar una dogmática abierta y fluída²⁸⁹.

verse: Buela, Alberto; “Teoría del disenso”, Editorial Cultura et Labor, Buenos Aires, 2004, ps. 24 y concordantes.

²⁸⁶ Zaffaroni, Raúl; “El enemigo en el derecho penal”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 12. agrega que Sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra con las limitaciones que impone el derecho internacional (Convención de ginebra, etc.).

²⁸⁷ Ver el análisis “ut supra” de Enrique Bacigalupo, punto 9).

²⁸⁸ Zaffaroni en homenaje a Núñez dijo que el gran mérito del jurista Cordobés era que “había fundado un derecho penal basado en la Constitución”. Spinka, Roberto; “Las garantías constitucionales en el derecho penal argentino”, en “Temas de derecho Penal”, Editorial Alveroni, Córdoba, 1999, ps. 12

²⁸⁹ Zagrebelsky dice “A falta de una de una mejor expresión, he defendido en otro lugar “la exigencia de una dogmática jurídica “líquida” o “fluída” que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época...”. Zagrebelsky, gustavo; “el derecho dúctil”, Editorial Trotta, Madrid, 3ra. Edición, 1999, ps. 17.

Es dable que existan anclajes necesarios que sean espacios comunes y a la vez puntos de partidas inalienables. Estos deben ser los principios que iluminan Derechos Humanos²⁹⁰, sólo así se encontrará un camino a un mundo mejor.

²⁹⁰ “Los derechos humanos son los derechos fundamentales reconocidos y protegidos a nivel internacional y también a nivel constitucional”. Burgos Mariños, Víctor; “Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal del Perú”, en “El nuevo proceso penal”, Lima, Editorial Palestra, 2005, ps. 46. Admitidos también por la Filosofía del derecho. Ver: Mármol, Enrique, “Introducción a la filosofía del derecho y a los derechos humanos”, Guayaquil, Imprenta Milenium, 2006, ps.217.