

E. Raúl Zaffaroni

Derecho
penal humano
y poder en el siglo XXI



INEJ
Fundado en 1995



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS



E. RAÚL ZAFFARONI
Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires

DERECHO PENAL HUMANO Y PODER EN EL SIGLO XXI

Equipo editorial

Autor	:	E. Raúl Zaffaroni
Coordinación editorial	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-32-1

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© E. Raúl Zaffaroni, 2016
© INEJ, 2016

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, fundado en 1995, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados en los niveles de diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines, con base en los principios de la justicia, la libertad, el respeto a la dignidad de las personas, los Derechos humanos y los principios que constituyen el Estado de Derecho constitucional. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006. E-mail: info@inej.net

www.inej.edu.ni

Impreso por
Servicios Gráficos
Managua, Nicaragua

ÍNDICE

.....

<i>I. La esencia política del derecho penal.....</i>	<i>9</i>
1. Uso equívoco de la expresión.	9
2. Los argumentos de reducción tecnocrática.....	10
<i>II. El marco de poder actual.....</i>	<i>12</i>
3. El poder mundial.	12
4. El aparato de poder financiero.	14
5. El poder en nuestra región.	16
<i>III. El poder financiero crea realidad.....</i>	<i>18</i>
6. Medios y muerte.	18
7. La idolatría punitivista succionadora de la protesta.	20
8. La mayor fuente de muerte.	22
<i>IV. El derecho penal entre la impotencia y la omnipotencia.....</i>	<i>24</i>
9. Errores posibles.	24
10. Poder punitivo.	25
11. El poder jurídico.	28
<i>V. Prevención del genocidio y tutela de bienes jurídicos</i>	<i>28</i>
12. El genocidio.	28
13. La tutela de bienes jurídicos.	30
14. La Constitución: fuente <i>pétrea</i> del derecho penal.	32
<i>VI. ¿Con qué estructuras de pensamiento discutimos?</i>	<i>35</i>
15. La capacidad de nuestro derecho penal.	35
16. Retribucionismo y peligrosismo.	37
17. Medidas de seguridad y penalismo fascista.	38
18. El derecho penal de voluntad.	39
19. La criminología crítica.	41
20. Las emergencias	42
<i>VII. ¿Con qué método discutimos?</i>	<i>44</i>
21. La dogmática penal.	44
22. La recepción latinoamericana.	47

VIII. <i>La dogmática penal alemana en su salsa original</i>	49
23. Binding y Liszt. cientos.	49
24. El neokantismo alemán.	52
25. Los valores.	53
26. La criminología neokantiana.	54
27. Neokantianos liberales y no liberales.	55
28. La discusión con Kiel.	56
29. El realismo de Welzel.	58
IX. <i>La vuelta alemana al idealismo</i>	59
30. El postfinalismo.	59
31. El idealismo penal como reacción.	61
X. <i>La asepsia política como discurso importado</i>	62
32. El derecho penal político alemán.	62
33. El discurso de asepsia.	63
XI. <i>Los peligros del romanticismo penal</i>	64
34. La necesidad de la dogmática.	64
35. El romanticismo penal reaccionario.	65
36. El romanticismo penal revolucionario.	67
37. La confusión romántica acerca de la verificación de Marx.	69
38. El miedo y el caballo de Troya.	70
XII. <i>Presupuestos para la elaboración de un derecho penal Humano:</i> <i>la constitucionalización</i>	71
39. La tarea del derecho penal humano.	71
40. Nuestra contradicción importadora.	72
XIII. <i>Presupuestos para la elaboración de un derecho penal Humano:</i> <i>la superación del idealismo penal</i>	74
41. La leyenda y la realidad.	74
42. Tobías Barreto y Anton Bauer.	75
43. La implosión del idealismo.	77
44. La deformación temporal.	78
45. La selectividad.	79
XIV. <i>La persona y los datos sociales en el centro del derecho</i> <i>penal humano</i>	81
46. <i>Persona</i> es un concepto jurídico de contenido óntico.	81
47. El sustrato óntico único e irrepetible.	83
48. La cautela penal.	84

49. El <i>ser</i> hacia el <i>deber ser</i>	85
50. El juego de pulsiones.	86
51. Los datos de la ciencia social.	87
52. La falsa disyuntiva.	88
<i>XV. Las trampas del derecho penal inhumano</i>	88
53. La negación <i>inhumana</i> de la humanidad.	88
54. La fabricación del enemigo.	90
55. La máscara de la no persona.	92
56. ¿Qué facilita hoy la enemización?	93
57. La fabricación del sujeto cognoscente.	95
<i>XVI. Derecho penal humano y derecho penal liberal</i>	96
58. ¿También en el derecho penal <i>liberal</i> ?	96
59. Los <i>enemigos peligrosos</i> en el liberalismo penal.	98
60. La máscara que nos puso el liberalismo.	100
61. La crisis socio-ambiental.	101
<i>XVII. Los límites del viejo liberalismo penal</i>	102
62. Limitaciones del liberalismo penal: el idealismo.	102
63. El <i>deductivismo</i> liberal.	103
64. Legitimar poder punitivo para deslegitimarlo.	103
65. Lo real y los modelos ideales.	105
66. La pretendida certeza retributiva.	106
<i>XVII. La necesidad de continuar más allá de los límites del liberalismo penal</i>	107
67. Avanzar como continuación del derecho penal liberal.	107
68. La coherencia política cierra la coherencia total.	110
<i>XVIII. Contraselectividad no es omnipotencia</i>	111
69. ¿Derecho penal para ricos o para pobres?	111
70. La adecuada cuantificación de la lesión.	113
71. La culpabilidad por la situación de vulnerabilidad.	114
72. Los mínimos penales, el principio de culpabilidad y la prohibición de penas crueles.	116
<i>XIX. La cautela como tutela de la dinámica del desarrollo</i>	118
73. Derecho penal humano y desarrollo social.	118
74. El genocidio por goteo en curso.	120

DERECHO PENAL HUMANO Y PODER EN EL SIGLO XXI¹

.....

E. Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito de la

Universidad de Buenos Aires

I. La esencia política del derecho penal

1. **Uso equívoco de la expresión.** La expresión *derecho penal* se emplea de modo equívoca, puesto que a veces denota lo que los penalistas escriben en sus libros o enseñan desde sus cátedras (cuando se dice *el derecho penal no estudió este problema*), pero otras veces señala al poder punitivo ejercido por las agencias ejecutivas o policiales (*cuando se afirma el derecho penal no puede resolver este problema*) y, como si esta confusión no fuese suficiente, también se lo usa para referirse a la ley penal (*cuando se constata el derecho penal no prohíbe esa conducta*).

- 1 El presente texto desarrolla las notas de la conferencia pronunciada en la Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Distrito Federal, Brasília, el 6 de junio de 2016 y de las pronunciadas en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en ocasión de honrarnos con el grado de Doctor *honoris causa*, en agosto de 2016. Una versión reducida se publica en el libro-homenaje al Prof. Dr. Mario A. Houed Vega, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica y rector del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ, Nicaragua), en San José de Costa Rica.

Para desbrozar el camino, aquí llamaremos *derecho penal* a la *doctrina jurídico-penal*, es decir, en el primero de los señalados sentidos (labor de los penalistas), que nada tiene que ver con el material de que los proveen los políticos (legisladores) ni con el ejercicio coactivo (poder punitivo) que ejercen las policías en sentido amplio.

Los penalistas hacen y escriben discursos interpretativos del material legislativo (obra de los políticos, que proveen las llamadas *fuentes del derecho penal*) con un claro objetivo práctico: aspiran a que los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) acojan sus interpretaciones y los jueces las conviertan en jurisprudencia.

Dado este objetivo, es claro que el derecho penal (la doctrina de los penalistas) si bien es siempre un programa técnico, no por eso deja de ser *político*, revistiendo un ineludible doble carácter, puesto que *toda política se proyecta y realiza mediante una técnica*.

No faltan quienes pretenden reducir el derecho penal a pura *técnica*, negando su esencia política, pretensión que violenta la *naturaleza de las cosas*, toda vez que un proyecto que aspira a convertirse en sentencias no puede ignorar que cada una de éstas es un acto de un poder del gobierno de un estado (el judicial) y, por ende, un acto de gobierno de la *polis*.

2. Los argumentos de reducción tecnocrática. Hay dos órdenes de argumentaciones –no incompatibles– que intentan vaciar de contenido político al saber jurídico-penal.

(a) Una de ellas se basa en la pretensión de considerar al *judicial* como el *poder apolítico del estado*. Es una vieja idea que implica una contradicción en los términos y que se remonta a la jurisprudencia norteameri-

cana del siglo XIX, en que los jueces estadounidenses se consideraron los custodios del derecho de propiedad privada y de la libertad absoluta de contratación y de monopolización, lo que facilitó la acumulación originaria de capital en ese país, siendo abandonada en las primeras décadas del siglo XX por la propia doctrina de su Suprema Corte.

Cabe observar que esa insólita idea impidió a los Estados Unidos, hasta entrado el siglo pasado, una tributación progresiva sobre la renta, sosteniendo que si los ricos debían pagar un porcentaje mayor que los pobres, se trataba de una confiscación en favor de los pobres, que daría lugar a un *populismo político* desenfrenado, en perjuicio de las clases más dinámicas y creativas de la sociedad, lo que favoreció la concentración de riqueza y los monopolios. Contra esto habrían de chocar la política de Roosevelt en los años treinta del siglo pasado al igual que toda la ideología del *welfare State*. .

(b) El otro orden de argumentaciones consiste en un refinamiento teórico que pretende reducir el derecho penal a pura lógica jurídica, para construir una teoría penal útil a cualquier objetivo político, o sea, tanto a un estado de derecho como a otro policial o criminal.

Sin perjuicio de volver sobre esto con más detalle, de momento es necesario advertir que el derecho penal, así concebido, sería un saber despreciable en razón de su oquedad ética, que lo convierte en un arma infernal eventualmente útil para los más letales designios de un estado criminal.

II. El marco de poder actual

3. **El poder mundial.** Dada la *esencia política* del derecho penal (de la doctrina jurídico-penal), su proyecto de jurisprudencia siempre habrá de operar en un marco de poder político y económico y, por ende, en sociedades con diferentes condicionamientos.

Desde el siglo XV el poder se fue planetarizando por etapas: el *colonialismo originario*, producto de la revolución mercantil, el *neocolonialismo* de la revolución industrial y la actual *globalización*, emergente de la revolución tecnológica. Dentro del marco mundial, en las tres etapas, Latinoamérica ocupó una posición geopolítica periférica o subordinada.

Cualquier programa político que quiera eludir la utopía o el delirio deberá tener en cuenta el marco de poder en que aspira a realizarse. Por ende, para elaborar un derecho penal sobre base mínimamente realista, se impone comenzar por ubicarse en la situación mundial y regional, como paso indispensable para intentar una aproximación a lo que en esta circunstancia sería dable requerirle.

En este momento, dos tercios de la población del planeta carecen de lo necesario para vivir con dignidad (y una parte para sobrevivir), mientras un tercio consume mucho más de lo necesario, al tiempo que constantemente se le inventan nuevas necesidades *suntuarias*.

De pretender elevar el nivel de consumo de los desfavorecidos hasta el del tercio beneficiado, se agotarían las condiciones ambientales que posibilitan la vida humana en el planeta, puesto que las fantasiosas soluciones *tecnológicas y extraterrestres* son la publicidad seda-

tiva, que niega descaradamente los cambios climáticos o la responsabilidad humana en ellos.

El poder dominante considera que los dos tercios carenciados de la humanidad son *descartables*, pues no los necesita para reproducirse y, además, se vuelven molestas porque invaden el territorio de los beneficiados, no sólo con sus presencias físicas contrastantes con la estética televisiva, sino que también algunos exaltados fanáticos cometen crímenes gravísimos en ese territorio. En el último tiempo, estos crímenes los cometen sujetos alterados psíquicamente, nacidos en las propias sociedades privilegiadas, cuyo racismo les impidió incorporarlos.

Mientras el 1% de la humanidad constituye hoy la nueva *nobleza*, pues concentra el 49% de la riqueza, las amplias clases medias de las sociedades beneficiadas (y las más reducidas de los países colonizados) se distribuyen el 14%, con creciente tendencia a disminuir, lo que imputan a las molestias de los necesitados, cayendo en el racismo y la xenofobia.

Siempre que un grupo humano sin posibilidad de incorporación al sistema se tornó molesto, se lo desplazó a otra región. Tratándose ahora de todo el planeta, de continuar inalterada la tendencia presente, la opción se daría entre agotar su habitabilidad humana o una *necropolítica genocida* que elimine a buena parte de los dos tercios sobrantes, aunque estas no son las únicas perspectivas tenebrosas. También cuenta la analizada por Jared Diamond en base al colapso de Pascua, donde la explotación desmedida del medio ambiente para obras suntuarias agotó los recursos y los hambrientos desbarataron la organización social. La previsión no es absurda, dado que para satisfacer necesidades suntuarias

rias se están desertificando grandes zonas del planeta, con desplazamientos poblacionales conflictivos y a veces genocidas, como en Sudán.

La destrucción de estructuras estatales con intervenciones militares (Irak, Afganistán, Libia, Malí) y el debilitamiento de los estados latinoamericanos mediante el narcotráfico, son signos de este posible panorama, que resulta funcional a las corporaciones transnacionales y al aparato militar-industrial denunciado por Eisenhower al promediar el siglo pasado.

Por otra parte, si bien por suerte la tecnología aún está bastante lejos de posibilitarlo, tampoco cabe descartar que alguien sueñe con condicionar genéticamente un humano *superior*, que reproduzca la extinción de los *Neanderthal* por los *Cro-Magnon*. No existe obstáculo tecnológico alguno que no sea superable en el tiempo, aunque hoy parezca *fantaciencia*, como lo fue la de Julio Verne.

Es obvia la urgencia en buscar una solución planetaria para detener el curso de la presente *globalización*, tal como se lo reclama con más que justificada alarma en la *Laudato si*.

4. El aparato de poder financiero. En el curso de los últimos siglos el capitalismo se integró progresivamente con dos aparatos: el productivo y el financiero. El último –succionador– siempre fue menor que el productivo, pero ahora se hipertrofió en tal forma que está desarmando al productivo, de un modo que parece suicida.

Este fenómeno se debe a la enorme concentración financiera en corporaciones transnacionales, cuyo volumen supera el de los estados pequeños y medianos y,

aliadas cuando conviene, ponen sitio a los mismos estados antes todopoderosos.

Esto alteró el equilibrio tradicional con la política: el *establishment* ya no se vincula horizontalmente con la política, sino que la domina, gozando de una capacidad de desplazamiento geográfico de la que carece la política, por esencia territorial. El poder financiero se está liberando de la coerción de la política local y también de la supranacional, dada la debilidad de los órganos internacionales.

El dominio financiero de la política se manifiesta en el control de los estados históricamente más poderosos, en la atrofia de otros periféricos (que pierden control territorial) o en su directa destrucción.

El capital productivo de la posguerra permitía a los estados *de bienestar* (*Welfare States*) ejercer poder de mediación entre las fuerzas del capital y del trabajo, pero hoy los estados perdieron ese poder, dado que el capital financiero (las corporaciones) -libre de toda traba después de la *guerra fría*- es anónimo, no se conocen sus dueños que, con frecuencia, son fondos de pensiones, es decir, que los ahorros de las clases medias pueden ser parte de ese capital.

Esas masas anónimas de capital las manejan burócratas o gerentes, o sea, empleados con la única misión –y entrenamiento– de garantizar su reproducción, carente de todo poder de negociación, so pena de ser reemplazados rápidamente por quienes trepan compitiendo por sus privilegiados emolumentos.

En pos del óptimo acatamiento de su mandato, esos empleados jerarquizados van abatiendo todo límite ético y legal, amparados por el servicio de un aparato

transnacional de encubrimiento y reciclaje de beneficios ilícitos, que confunde el macrodelito económico con la actividad lícita.

5. El poder en nuestra región. Los europeos se apoderaron del mundo a partir del siglo XV. Las pestes les habían dotado de anticuerpos de los que carecían nuestros originarios y sus microbios infectaron y mataron a la mayor parte de la población local que –a diferencia de los africanos.–, también carecía de microbios capaces de infectar a los colonizadores. Por eso los europeos no ocuparon África interior hasta el *neocolonialismo*. Fue sólo a partir del congreso de Berlín de 1885 (convocado por Bismarck), que las potencias neocoloniales se la repartieron arbitrariamente, ocupándola en forma parecida al colonialismo originario de nuestra región, aunque sin traslados masivos de población blanca, salvo en Sudáfrica.

En Latinoamérica, después de la Independencia, el *neocolonialismo* (de Gran Bretaña y más al norte de Estados Unidos) se ahorró la ocupación territorial directa, valiéndose de las oligarquías locales para ejercer su dominio, pero los movimientos políticos populares -o *populismos*- confrontaron con estas oligarquías y, a mediados del siglo pasado, en buena medida las habían desarticulado.

En la segunda mitad del siglo, el *neocolonialismo* volvió a la carga, pero como no podía valerse de las debilitadas oligarquías vernáculas, lo hizo a través de las fuerzas armadas latinoamericanas, previamente alienadas con la *doctrina de la seguridad nacional*, elaborada por los *ideólogos* del colonialismo francés en Vietnam y Argelia y simplificada en la Escuela de las Américas de Panamá.

Pero el *neocolonialismo* cerró su ciclo con el fin de las dictaduras militares, para pasar a una etapa *avanzada de colonialismo*, ejercido por estados políticamente dominados por las corporaciones del capital financiero, que pretenden una distribución económica mundial funcional a su reproducción, mediante la imposición periférica de modelos de sociedades excluyentes, *tar-docolonizadas* o subdesarrolladas (30% incluido y 70% excluido), razón por la cual fomentan el debilitamiento o la destrucción de los estados.

Latinoamérica registra hoy los coeficientes de Gini más altos del mundo: si bien África es más pobre, tiene menor concentración de riqueza. Al mismo tiempo –y no por azar- Latinoamérica tiene también los índices de homicidios más altos del mundo, salvo el cono sur (Uruguay, Argentina y Chile).

Para controlar al 70% excluido, el modelo no se vale principalmente de la letalidad de su aparato punitivo, sino de la incentivación de la violencia entre los propios excluidos, a lo que contribuye decididamente la creación de realidad (violenta o normalizada, según convenga) de los monopolios de medios audiovisuales, que forman parte de las mismas corporaciones transnacionales.

Esto es funcional también en otro sentido: sin perjuicio de la utilidad para el control de la exclusión, la alta violencia entre los propios excluidos, el poder de bandas armadas y la impotencia –y corrupción- policial, condicionan el caos de la llamada *inseguridad*, que debilita a nuestros estados mediante el debilitamiento de su control territorial.

Así como otrora la estrategia colonialista adoptó diferentes tácticas en África y en Latinoamérica, también lo hace ahora este *tardocolonialismo* que, según los intereses de las corporaciones transnacionales, en algunas regiones destruye a los estados y en otras los debilita.

El caos de bandas, *maras*, *cárteles*, corrupción policial, homicidios, victimización de los sectores más vulnerables, degradación de las fuerzas armadas a funciones policiales, superposición del crimen con el poder punitivo y desprestigio de la política, cumplen también otras funciones: si bien por un lado privan a los estados del poder de control territorial, por otro fragmentan conflictivamente a sus pueblos e impiden un orden mínimamente pacífico, dificultando su coalición políticamente coherente.

Los antropólogos del futuro estudiarán esta etapa de la humanidad regional, destacando la función de la cocaína, cuya prohibición eleva alquímicamente la plusvalía de su servicio de distribución, lo que se introduce como factor caótico en sociedades altamente estratificadas, al tiempo que permite que el aparato de reciclaje del monopolio bancario colonizador se quede con la mayor parte de la renta del tráfico, masa dineraria que, sin duda, cumple una función macroeconómica global.

III. El poder financiero crea realidad

6. **Medios y muerte.** Los monopolios mediáticos de la región, como en general la comunicación, no se limitan a imponer un discurso único, sino que son *creadores de realidad*, tal como magistralmente lo explicó hace más de medio siglo la sociología fenomenológica, por la pluma de Berger y Luckmann. Insólitamente, toda

tentativa de desmonopolización es estigmatizada como una lesión a la libertad de expresión; es este el único caso en que los monopolios se presentan como creadores de libertad de mercado.

En el mundo no hay país en que no se vivencie la *inseguridad* creada mediáticamente, por mucho que sus índices de criminalidad sean extremadamente bajos. Europa registra los menores índices de homicidio del planeta; no obstante, sus poblaciones vivencian la *inseguridad* como uno de los mayores problemas de sus sociedades.

Para crear esta realidad, los medios monopólicos explotan y profundizan los peores prejuicios, es decir que apelan a la conocida técnica política *völkisch*. Para eso reafirman estereotipos racistas, sexistas, étnicos, clasistas, etc., lo que debilita el sentimiento de comunidad mediante una suerte de *fascismo mediático* (al decir de Souza Santos). En general, estimulan la violencia con el pretexto de combatirla, promueven la venganza, profundizan los prejuicios y crean estereotipos y *chivos expiatorios*, mediante una cultura de la imagen que neutraliza el pensamiento abstracto. Los medios monopólicos del mundo actual no innovan nada en cuanto a estrategia en relación a la táctica *völkisch* de entreguerras, sólo agregan mayor capacidad tecnológica.

En Latinoamérica crean realidades según *subtácticas*. En los países del extremo sur, en que la violencia homicida es relativamente baja (entre otras razones porque están al margen del circuito de la cocaína), crean una realidad violenta y de descontrol territorial que no existe en el grado que se la crea, lo que impulsa a las clases medias a exigir una represión ilimitada.

En la parte de la región en que la violencia real es alarmantemente alta, como resulta funcional al poder financiero por la eliminación que produce entre los propios excluidos tanto como por el descontrol territorial anejo, no necesita crearla mediáticamente, limitándose a normalizarla con argumentos de subestimación cultural o abiertamente racistas (*nos matamos porque somos violentos*).

Entre otras artimañas, los medios monopolizados manipulan a algunas víctimas para desviar su pulsión de venganza contra una clase, estereotipo o grupo, cuyos integrantes nada les han hecho. Este recurso se asemeja a la criminodinámica del *delito de odio*, pues desvía la pulsión vindicativa de las víctimas hacia quienes no las agredieron, promoviendo un ejercicio letal de *poder punitivo* sobre éstos. En general, las usan para promover el punitivismo contra los adolescentes de barrios precarios. Además, esta perversión se desentiende del daño psíquico que causan a las propias víctimas con la interrupción del proceso de elaboración del duelo, fijándolas en la etapa de externalización de la culpa irracional.

Para descalificar a las víctimas de los crímenes de lesa humanidad -cometidos por las dictaduras de *seguridad nacional*-, se ha pretendido que sus reclamos guardan analogía con las exigencias punitivistas de las víctimas manipuladas por los monopolios. Si bien es posible que las víctimas de masacres estatales abriguen un sentimiento de retaliación, lo cierto es que sólo lo dirigen contra los agresores, y jamás contra grupos humanos vulnerables que nada les han hecho.

7. La idolatría punitivista succionadora de la protesta. Las múltiples injusticias sociales, privilegios,

discriminaciones, selectividades, corrupciones y las consiguientes situaciones conflictivas que tienen lugar en el mundo, generan protestas y movimientos, algunos de los cuales, además de su incuestionable justificación, poseen un fortísimo contenido liberador e incluso una considerable densidad ideológica, como los movimientos feministas, *gays*, antirracistas y, en general, los integrantes de todos los grupos, frentes y organizaciones que luchan contra las más diversas discriminaciones.

Varios de estos movimientos son relativamente aceptables para al poder hegemónico, pero otros se vuelven peligrosos para éste, con el riesgo de que la multiplicidad de reclamos desestabilice el sistema, tal como lo teoriza una parte de la sociología sistémica. Para evitarlo, el poder hegemónico requiere una *normalización* de los reclamos.

Como es bien sabido, el poder punitivo se proyecta mediáticamente en nuestros días con el carácter de un ídolo omnipotente (falso Dios), capaz de resolver todos los problemas y eliminar todo lo indeseable, con sólo describirlo en un tipo. Esta idolatría contemporánea tiene fanáticos e integristas, incluso violentos. Nuestro antepasado cavernícola dibujaba animales de presa en las paredes y creía que con la imagen dominaba el objeto; hoy los describimos en los boletines oficiales de los estados.

El poder hegemónico cayó prestamente en la cuenta de que esta omnipotencia idolátrica es un excelente recurso sedativo y *normalizador*, con capacidad de preservación del equilibrio del sistema. Por ende, lo emplea para contener y neutralizar la pulsión liberadora de esos movimientos, lo que explica que los medios

masivos de comunicación monopólicos impulsen amplias campañas punitivistas como pretendidas soluciones a esas discriminaciones. Los políticos, presos de los medios, acuñan tipos penales a veces completamente inútiles y en ocasiones de efectos reales paradójales.

Estos tipos como máximo sirven para mostrar algunas víctimas, a las que se limitan a otorgar públicamente esa condición, argumentando que se trata de un *efecto simbólico*. En realidad, suelen sacar el conflicto de su contexto y, como siempre que se sustrae un conflicto del lugar que le corresponde (salubridad, educación, economía, etc.), para asignarle una naturaleza artificial –penal-, lejos de resolverlo lo complica.

No obstante, estas campañas punitivistas tienen singular éxito entre muchas de las personas sinceramente luchadoras y embanderadas en esos movimientos, que suelen caer en la trampa estafatoria del punitivismo que, como en cualquier otro caso, no sólo no resuelve los conflictos, sino que abre nuevos ámbitos de arbitrariedad selectiva, con su inseparable secuela de corrupción, autonomización de agencias policiales y reforzamiento de la discriminación.

Se trata, en síntesis, de un procedimiento defraudatorio que succiona de los movimientos liberadores su poder transformador, mediante la creación de una solución sustancialmente falsa pero *con función normalizadora* dentro del sistema.

8. La mayor fuente de muerte. Pero no conforme con todo lo anterior, la creación de realidad mediática es también fuente de muertes en nuestra región. No es el estado el autor directo de la mayoría de las victimizaciones violentas, pese a la alta violencia institu-

cional y hasta racista en algunos países. La gran mayoría de las muertes se producen como consecuencia de una política incentivada mediáticamente, que hace que el estado no intervenga o permita incrementar la conflictividad entre los propios excluidos o las capas más bajas de incluidos precarios.

En la medida en que los excluidos se agreden violentamente entre ellos, se les impide el diálogo y la consiguiente coalición y protagonismo político coherente, en forme altamente funcional al modelo excluyente, sin necesidad de cargar con la autoría directa de esas victimizaciones.

Los políticos latinoamericanos, por su parte, son rehenes de los monopolios mediáticos, que con su alucinación bélica marcan la agenda de sus leyes penales irracionales. La legislación penal latinoamericana vive su peor momento desde la Independencia, no sólo con marcado desprecio de las garantías constitucionales, sino con una acelerada descodificación y anarquía legislativa, que aniquila la legalidad y la previsibilidad de las sentencias. El grado de confusión es tal, que en ocasiones se aplican leyes derogadas.

Los jueces penales resultan frecuentes víctimas de *linchamientos mediáticos*, impulsados por políticos inescrupulosos en pos de publicidad gratuita. En razón de este *terrorismo penal*, los jueces no excarcelan, lo que provoca el hacinamiento carcelario, los *motines* y las consiguientes muertes.

Los niños y adolescentes de las clases subalternas están amenazados tanto por ejecuciones sin proceso como por las permanentes campañas que postulan su puni-

ción como adultos, inventando una falsa intervención masiva de adolescentes en la criminalidad grave.

Las clases medias latinoamericanas, al sentirse amenazadas por la violencia -real o creada-, incorporan los estereotipos *völkisch*, mediante el proceso de internalización de los valores del discriminador por parte del discriminado (*soy negro pero no azul, soy gordo pero no obeso, soy gay pero no afeminado, etc.*).

Cabe observar que la manipulación mediática racista que lleva a nuestras clases medias regionales a atribuir todos sus males a las subalternas de nuestros propios pueblos, es favorecida porque su pertenencia de clase es mucho más precaria que la de sus equivalentes centrales –dada la inestabilidad económica y laboral de la región-, pues en muchos sectores ni siquiera es del todo una realidad, sino que en buena medida responde más a un afán por diferenciarse de los excluidos.

IV. El derecho penal entre la impotencia y la omnipotencia

9. Errores posibles. Lo anteriormente expuesto exhibe sintéticamente el marco mundial y regional, en que a los penalistas latinoamericanos les cabe en suerte elaborar doctrina jurídico-penal. Sin duda que se incurriría en un gravísimo error teórico si la doctrina se limitase a reproducir discursos provenientes de otros contextos o incluso de otros tiempos, ignorando el marco de poder (y los consiguientes datos de la realidad social) en que lo hace.

Pero otro error –no menos grave- sería creer que desde el derecho penal se cambiará el marco de poder re-

gional y mundial. Si bien el derecho penal debe contribuir al cambio y a paliar los efectos del marco actual, no puede obviarse que *todo cambio profundo de poder sólo puede ser político, cultural y civilizatorio*. Como ciudadano y como ser humano, incumben al penalista deberes éticos de actuar en todos los ámbitos, pero cuando lo hace desde el derecho penal debe comenzar -ante todo- por ser consciente del limitado poder de que dispone. Esta es una condición básica de eficacia para un derecho penal maduro, es decir, que haya superado su omnipotencia adolescente.

A quien carezca de una clara dimensión de su poder, no sólo le será imposible su óptimo ejercicio, sino que, de antemano, estará condenado al fracaso, porque se privará del presupuesto más elemental de cualquier programación racional de su ejercicio.

Por ende, serían errores igualmente graves, no hacer el máximo esfuerzo posible, como pretender hacer lo imposible. Lo primero sería una lamentable falta ética; lo segundo un signo de inmadurez omnipotente.

El penalista carece de armas físicas; sus únicas armas son *discursivas*, o sea que dispone del *poder del discurso* como proyecto *técnico-político*. No es demasiado pero tampoco es poco, porque sin discurso el poder no se sostiene y, además, el discurso puede limitar el accionar de quienes tienen las armas para ejercer el poder punitivo. No en vano todas las dictaduras controlan y censuran los discursos y vigilan y persiguen a sus autores y a sus disidentes.

10. Poder punitivo. ¿Qué puede hacer el penalista con sus discursos? Ante todo -para no caer en la megalomanía-, tomar consciencia de su poder y, para eso, des-

baratar la arraigada convicción de que su discurso regula el ejercicio del *poder punitivo*, cuando en realidad se dirige exclusivamente a quienes ejercen el *poder jurídico*, pero no el *poder punitivo*.

Poder punitivo es el que ejerce (o deja ejercer) el estado, cuando no tiene por objeto reparar un daño o detener un proceso lesivo en curso o inminente, es decir, cuando *no entra en el esquema reparador del derecho privado o en la coerción directa del derecho administrativo*.

Embargar y ejecutar a un deudor no es *poder punitivo*, sino reparador, propio del derecho privado, civil, mercantil, etc.; desarmar a quien amenaza con un arma a otro, tampoco es *poder punitivo*, sino coerción directa administrativa, al igual que demoler algo que amenaza ruina o detener un vehículo inseguro.

Pero fuera de los esquemas reparador y administrativo de solución de conflictos, todo el resto del poder es poder punitivo, aunque jurídicamente se vista o disfrace con otros atuendos.

En este sentido *sociológico*, también es *poder punitivo* informal la institucionalización de ancianos, psiquiatrizados, niños, inmigrantes o disidentes en *estado de sitio* y similares, como también lo es en ciertos casos el servicio militar obligatorio, el ejercicio arbitrario de la *policía de costumbres*, la detención *para identificación* y, sin duda, la prisión preventiva.

Es obvio que este es el *poder punitivo* lícito, sin mencionar al ilícito, como torturas, detenciones ilegales, ejecuciones sin proceso y desaparición forzada, e incluso el sistema penal subterráneo que suele desarrollarse en las dictaduras, aunque también –por desgracia– en sistemas democráticos.

Como puede verse, la mayor parte del *poder punitivo* no pasa por su aspecto *formal* –único que incumbe al derecho penal–, sino por el *informal*, es decir, por el que se ejerce bajo otros ropajes jurídicos, legitimado por otros discursos.

Pero tampoco tiene mayor significación política prisionizar a una reducida minoría de personas, porque la política se preocupa en general por controlar mayorías. En realidad, el poder punitivo que interesa a quien ejerce el poder político y económico, es el menos espectacular y más disimulado, o sea, el poder de vigilancia que se practica sobre la gran mayoría de la población, con motivo o pretexto de tutela o protección frente al delito o a cualquier otra amenaza. El poder punitivo políticamente importante no es el que se ejerce sobre los prisionizados, sino el poder de vigilancia que se sobre la población *libre*, que lo acepta de buen grado, por considerarse protegida.

Este poder de vigilancia cobra creciente importancia con el desarrollo de la tecnología de control, que acota progresivamente la privacidad hasta casi hacerla desaparecer. En los últimos tiempos, no han faltado ventrílocuos de industriales de la vigilancia afirmando que la privacidad es un valor propio de ancianos decrepitos, en procura de instalar como contravalor la publicidad que instiga a los adolescentes a exponer sus datos e intimidades en las redes.

Tanto el aspecto de poder de vigilancia del *poder punitivo* como sus manifestaciones *informales*, quedan al margen del derecho penal, al que sólo le incumbe el poder punitivo *formal*. Pero lo más curioso es que *tampoco el poder punitivo formal es ejercido por el derecho penal*.

En efecto: jueces, fiscales y abogados no ejercen el *poder punitivo formal*, pues los candidatos a la criminalización son seleccionados por las agencias ejecutivas (policías), que luego los someten a ellos, que disponen de un limitado *poder jurídico*, que sólo es de eventual contención.

11. **El poder jurídico.** El *poder jurídico* –el que pretende programar la doctrina penal y el único que en la realidad ejercen los operadores del sistema jurídico– sólo decide si el *poder punitivo* que ponen en funcionamiento las agencias ejecutivas, continúa o se interrumpe.

El *poder jurídico* maneja una suerte de semáforo: enciende la luz verde que permite avanzar al poder punitivo que ya se está ejerciendo sobre una persona imputada por un delito grave (un homicidio, una violación, etc.); si el operador es racional, enciende la luz roja para detener el poder punitivo cuando se trata de algo insignificante (un chico fumando marihuana en la plaza); dispone también de la luz amarilla para tomarse su tiempo para decidir en otros casos no tan claros.

El derecho penal es, pues, un discurso que se ofrece a los juristas para regular el ejercicio de su poder jurídico, o sea, un proyecto técnico-político de funcionamiento del semáforo judicial de contención del tránsito del poder punitivo.

V. Prevención del genocidio y tutela de bienes jurídicos

12. **El genocidio.** Si creemos –como se enseña– que el derecho penal regula el ejercicio del poder punitivo, *confundimos derecho penal con poder punitivo*, y de ese

modo perdemos de vista la *necesidad* del derecho penal y del propio *poder jurídico de contención*.

Basta imaginar una sociedad en la que el *poder jurídico* (códigos, jueces, fiscales, abogados y tribunales) desaparezca. En tal caso, el *poder punitivo*, lejos de desaparecer, sería ejercido sin límite alguno por las agencias ejecutivas, lo que acabaría en una masacre o en un genocidio, tal como lo demuestra cualquier repaso histórico por todos los genocidios del siglo XX: siempre fueron cometidos por agencias del poder punitivo o por fuerzas armadas en función policial, sin contención jurídica. Cuando no los cometieron directamente, los incentivaron o participaron por clara omisión.

Todo genocidio se produce siempre con la desaparición o el extremo debilitamiento del *poder jurídico de contención*, lo que no se traduce en un caos en que el *poder punitivo* se dispara en cualquier sentido, sino que el vacío jurídico, automáticamente da paso libre a las pulsiones de los grupos de poder que hasta ese momento estaban contenidos, y que se desarrollan criminalmente en forma sistemática y conforme a patrones.

No hay sociedad sin grupos que alimentan prejuicios –que siempre son *semillas de genocidio*–, aunque en algunas sean mucho más fuertes y notorios que en otras, sólo que se contienen mediante el poder jurídico: basta con liberarlos y brotarán en muertes masivas; por eso el genocidio siempre es un *crimen de sistema*.

La doctrina corriente se asombra cuando se afirma que el principal objetivo del derecho penal debe ser la prevención del genocidio, porque se ha entrenado académicamente al penalismo procurando crearle una miopía histórica, que muchas veces alcanza los límites de

la ceguera total, incluso frente a los hechos relativamente más recientes.

Basta echar el más superficial vistazo sobre los genocidios del siglo pasado, para caer en la cuenta de que los cálculos menos pesimistas demuestran que uno de cada cien habitantes del planeta fue asesinado alevosamente por los estados durante esos cien años, fuera de toda hipótesis bélica. Los estados con su poder jurídico debilitado o suprimido y su poder punitivo convertido en criminal, han sido la mayor fuente de homicidios alevosos del siglo.

13. La tutela de bienes jurídicos. Respecto de la función del derecho penal, la doctrina dominante abandonó la vieja y hueca –y a veces siniestra– expresión *defensa social*, que era propia del positivismo racista, aunque luego matizada y renovada. Según variables personales de los autores, sostienen ahora que la principal, esencial o única función del *derecho penal es la tutela o protección de bienes jurídicos* mediante los tipos penales.

Si eso fuese cierto, cuantos más tipos penales hubiere, más bienes serían tutelados y, por ende, la sociedad ideal sería aquella en que todas las conductas fuesen típicas, puesto que no hay acción que de generalizarse con exclusividad no sea potencialmente peligrosa para algún bien jurídico, incluso las más inofensivas. Si toda la población se dedicase diez horas diarias a practicar gimnasia o a pintar cuadros, se detendría la producción con gravísimo daño a la economía.

Pero el realismo más elemental nos muestra que la *protección o tutela* no es una cuestión *normativa*, sino *fáctica*, plano en el que con frecuencia la criminalización

afecta más bienes jurídicos que los que pretende *proteger* o *tutelar*.

El concepto de *bien jurídico* se introdujo históricamente para prohibir la punición de cualquier acción que no afecte un *bien jurídico*, es decir, para dar expresión dogmática al principio de *ofensividad* o de *lesividad*.

Como es sabido, este principio es la manifestación penal del más amplio introducido por el Iluminismo para poner fin a las guerras de religión, estableciendo una distinción tajante entre el pecado y el delito (la moral individual y el derecho) a efectos de garantizar la autonomía moral de la persona o, como también se le llama, la *libertad de conciencia*. Se trata de una idea originariamente limitante del poder estatal y, en particular, del poder punitivo.

El penalismo idealista tergiversó y pervirtió esta limitación, y de la exigencia *reductora* de la *lesividad*, *dedujo* por vía de prestidigitación el concepto *amplificador* de un supuesto *bien jurídico tutelado*. De este modo, neutralizó su función limitadora, porque la peligrosidad potencial de cualquier conducta permite tipificar lo que el legislador quiera, en particular acudiendo a la invención del llamado *peligro abstracto*, aunque también inventando bienes jurídicos en una suerte de *clonación* (pseudoconceptos como *seguridad*, por ejemplo).

Lo único que en el plano normativo se puede verificar cada vez que hay un injusto penal, es la existencia de un bien jurídico afectado por lesión o por peligro, pero nadie puede saber si con eso se lo tutela o protege, cuestión que debe averiguarse en el plano de la realidad social.

Respecto de esto último, es bastante obvio que el bien jurídico afectado por el delito en concreto no puede ser tutelado, porque siempre el poder punitivo llega cuando la víctima ya ha sufrido la lesión. Por ende, debería entenderse por *bien jurídico*, no el del sujeto pasivo del delito, sino un *general y abstracto bien jurídico*. No sería *la vida del muerto*, que ya no existe, sino *la vida* en general, lo que pasa a ser un *interés del estado*.

Por otra parte, la expresión *bien jurídico tutelado* es tautológica, pues la *tutela jurídica* es precisamente lo que hace de cualquier ente un *bien jurídico*, y todos los bienes jurídicos llegan al derecho penal siendo tales, o sea, ya *tutelados por el derecho*.

El derecho penal es *sancionador* y no *constitutivo*, vale decir que *recibe bienes jurídicos, pero nunca los crea*. Aunque prescindamos de la ley penal, todos los bienes jurídicos que debe afectar algún delito para ser tal, ya están tutelados por alguna de las otras ramas del derecho o por la propia Constitución. Por esta misma razón, cuantos más bienes jurídicos se pretenda *tutelar penalmente* –como sucede con la actual *expansión* del poder punitivo (mal llamada *del derecho penal*)–, en el propio plano normativo se estará confesando la incapacidad del orden jurídico general para tutelar sus bienes jurídicos.

14. La Constitución: fuente pétrea del derecho penal. No obstante lo anterior, es paradójal que la afirmación de que el derecho penal protege bienes jurídicos en la realidad social sea verdadera, como también lo es que en el plano normativo le incumbe el deber de hacerlo, sólo que esa tutela la ejerce en medida universal y mucho mayor que la sostenida por la doctrina corriente.

Esto se explica porque históricamente se verifica que cuando se debilita el *poder jurídico* y se expande el poder punitivo descontroladamente, este último se convierte en un poder de máxima criminalidad que implosiona todo el orden jurídico, con lo que todos los bienes son reducidos a meros entes vulnerables.

El desbaratamiento de cualquier área jurídica (comercial, laboral, etc.) es grave, pero permite su reconstrucción, pero cuando se desmorona el *poder jurídico* que contiene al *poder punitivo*, este último arrasa hasta con el propio derecho constitucional, que sólo podría mantenerse formalmente, como la Constitución de Weimar durante el período nazista o nuestras Constituciones en las dictaduras.

Ante la perspectiva de un cataclismo jurídico de tales proporciones, el *poder jurídico* no sólo contiene al *poder punitivo* como *prevención de genocidios y masacres*, sino que también con esa prevención provee de *tutela a todos los bienes jurídicos*, evitando que un poder punitivo criminal les prive de su condición de bienes.

Ante esta evidencia verificada históricamente en múltiples y desgraciadas ocasiones, es menester replantear la relación del derecho penal con el constitucional, puesto que la contención del poder punitivo es el puntal necesario para la vigencia de la Constitución. Por ende, el derecho penal se imbrica y en parte se superpone con el derecho constitucional.

Al considerar a las *leyes penales* como *fuentes* del derecho penal, deberá admitir la doctrina que hay fuentes *pétreas* y otras *flexibles*, siendo las primeras las normas constitucionales, en tanto que las *flexibles* serían las infraconstitucionales.

Al entrar las normas constitucionales al derecho penal como *fuentes pétreas*, éste no puede menos que reconocer normativamente a la vida humana como el más elemental y valioso de los bienes y, por ende, asumir como su primordial objetivo la prevención de su destrucción masiva. Esta afirmación no es metajurídica o de *derecho natural*, sino de derecho positivo.

Sin negar la importancia de la discusión *jusnaturalismo-positivismo* en el terreno filosófico-jurídico, a los efectos prácticos la disputa pierde hoy mucha importancia, pues los viejos principios *del derecho natural* (en especial del llamado *liberal*) integran ahora el derecho positivo de máxima jerarquía. En otros tiempos Carrara deducía el derecho penal de la *razón* y Feuerbach daba a la filosofía el rango de *fuentes*, pero nada de eso es hoy necesario, pues las máximas leyes nacionales e internacionales consagran los Derechos Humanos, que pueden sintetizarse en la fórmula *todo ser humano es persona y debe ser respetado y tratado como tal*.

Por ende, la contención del *poder punitivo* por el *poder jurídico* no se impone ahora como derivación de una ideología ni de ningún *derecho natural*, sino que es un *mandato* de las normas máximas del derecho positivo.

El discurso jurídico-penal, como programador de esta función preventiva y contentora, debe tender a su más óptima observancia, por expreso y máximo mandato legal, y no por otras razones.

VI. ¿Con qué estructuras de pensamiento discutimos?

15. **La capacidad de nuestro derecho penal.** Al igual que cuando se plantea cualquier otro objetivo o se emprende una empresa, cabe preguntar si la doctrina jurídico-penal de la región dispone de los elementos teóricos o discursivos idóneas para cumplir con el mandato de programar el ejercicio del *poder jurídico* de control y contención, es decir, si sus bases, premisas y métodos son los más idóneas a ese efecto, o si, por el contrario, arrastran resabios, limitaciones o prejuicios de otro tiempo, inidóneos para ese objetivo en el actual marco de poder mundial y regional.

Creemos que de una relectura del curso seguido por el derecho penal latinoamericano surgen elementos suficientes para programar un eficaz control jurídico del poder punitivo frente a los desafíos del siglo XXI. Es innegable la riqueza de la tradición penalística de la región, al menos desde el siglo XIX, si consideramos también en ella la ideología liberal de los primeros códigos independientes. No obstante, el actual marco de poder impone que estos elementos sean debidamente reconducidos y perfeccionados.

De toda forma, la actual abundancia de citas alemanas, la renovada importación de teorías, las filigranas de *escuelas* y la reiteración de juicios asertivos desvirtuados por la ciencia social, pueden desconcertar y dar la impresión de un *totum revolutum* que no parece sencillo enfilar hacia el objetivo estratégico señalado en la ley positiva de máxima jerarquía.

Para verificar el carácter y la idoneidad de los recursos teóricos de nuestro derecho penal, es menester co-

menzar desbrozando el camino que nos permita transitar por esta *selva selvaggia e aspra e forte*, y preguntarnos con qué cuestiones teóricas debemos confrontar en las discusiones penales actuales.

La pregunta parece ingenua, pero lo cierto es que discutimos cuestiones que se nos presentan como novedosas, como si viviésemos en un mundo de constante presente, en que continuamente surgen problemas y todos son *nuevos*. Cuando algún memorioso recuerda que se habían planteado antes, se suele relegar su observación al desván de curiosidades de los *antecedentes históricos*, reservado a algún obcecado escudriñador de polvorientos rincones del pasado.

Sin embargo, el desbaratamiento de la ilusión de *novedad* es el primer paso para comprender qué discutimos teóricamente y desde cuándo lo hacemos. Si bien los elementos para profundizar esta respuesta están a la mano, proporcionados por historiadores e incluso penalistas, la cuestión suele omitirse, no tanto por desidia, sino más bien por temor.

Da la impresión de que a la doctrina penal no le agrada en lo más mínimo demoler la ilusión de que siempre vivimos al día y somos capaces de encarar problemas *de actualidad*, es decir, que somos magos del eterno presente, cuando en verdad *hace más de cuatrocientos años que discutimos las mismas cuestiones*.

Esto resulta lesivo al narcisismo penalístico, tanto como lo fue para la humanidad advertir que vivimos sobre un pedrusco que gira alrededor de una estrellita en una galaxia del suburbio más extremo del universo, que llegamos hace poco menos de medio minuto en tiempos cósmicos y que en ese brevísimo tiempo,

donde pisamos hemos destruido especies que habían demorado millones de años en aparecer.

No obstante, lo cierto es que hace al menos cuatro siglos que el derecho penal juega teóricamente con las mismas *estructuras de pensamiento*, si por tales entendemos la *mampostería* de los discursos, algo así como el programa de computación que realimentamos con nuevos datos, pero que no cambia, o como el árbol de Navidad, que todos los años es el mismo, pese a que lo cubrimos con diferentes adornos. Una rápida mirada sobre el pasado nos permitirá verificar esta proposición.

16. Retribucionismo y peligrosismo. El *retribucionismo* en función del reproche de *culpabilidad*, recorrió un larguísimo camino teórico, pasando por múltiples y dispares argumentos doctrinarios. Sea como imperativo estatal, como medida de la pena, máxima o justa, atraviesa toda la historia de la doctrina penal.

No obstante, *la estructura fundamental del pensamiento retribucionista* proviene de los orígenes mismos del derecho penal (glosadores, posglosadores y prácticos), que lo tomaron de la filosofía griega clásica.

Durante siglos la ciencia médica fue dominada por una fortísima misoginia con fundamento biológico, que consideraba a la mujer como una suerte de *hombre incompleto* y, por ende, de menor inteligencia que el hombre. Conforme a esa idea, la mujer no podía ser penada igual que el hombre, sino en menor medida, pues su inferior inteligencia sólo le permitía una menor consciencia o comprensión de la antijuridicidad de sus conductas.

Pero cuando surgieron las diversas inquisiciones y se expandió la caza de brujas por Europa, se pensó que

sólo seres inferiores eran capaces de traicionar a la *Ciudad de Dios* pactando con Satán (*el enemigo*), y esos seres inferiores casi con exclusividad eran las mujeres.

Para legitimar su punición con la hoguera, es decir, incluso en mayor medida que al hombre, era menester dejar de lado la retribución de la culpabilidad y, en base a la necesidad de neutralizar el mal, apelar a la *peligrosidad*.

Pese a que hasta hoy se repite que la *peligrosidad* es un invento del siglo XIX, al igual que la criminología etiológica biológica, basta leer el *Maleus Maleficarum* (fines del siglo XV), para encontrar lo que Alessandro Baratta llamaba el *modelo integrado de ciencias penales* (el de von Liszt o de Ferri), sólo que alimentado con otros datos culturales.

Pues bien: el *Malleus* fue el primer modelo integrado de criminología etiológica (origen del mal), derecho penal (manifestación del mal), procesal penal (qué hacer ante el mal) y criminalística (signos reveladores del mal).

Aunque no sea del agrado de quienes presumen de ancestros menos contaminantes, los primeros criminólogos etiológicos fueron los demonólogos, y su base teórica –al igual que en el positivismo racista– era la inferioridad biológica: consideraban más *peligrosa* a la mujer, porque la estimaban biológicamente inferior al hombre, portadora de una falla genética que la hacía *incompleta*. Hasta hoy se buscan fallas genéticas indicadoras de *peligrosidad*.

17. Medidas de seguridad y penalismo fascista. En el siglo XVI, el médico Jan Wier sostuvo que las brujas eran enfermas de *melancolía*, concepto que con los siglos pasaría a ser la famosa *histeria*. Dado que debían con-

siderarse enfermas, proponía sustraerlas a la competencia de los jueces, para entregarlas al poder médico, con lo que inventó las medidas de seguridad curativas con claros argumentos de prevención especial positiva. Por ende, las medidas de seguridad para inimputables y otros disminuidos psíquicos, como también las discusiones sobre el *doppio binario* y el sistema *vicariante*, no se inventaron en el proyecto suizo de Stooss ni en los códigos del siglo XX, sino en el siglo XVI.

Contra Wier y su tesis se alzaron nada menos que las voces del rey de Inglaterra y, especialmente, de Jean Bodin, que fue uno de los teóricos fundadores de la idea de soberanía. Bodin se indignó y difamó groseramente a Wier, en defensa del monopolio real de la jurisdicción sobre las brujas, considerando que el único ofendido por la hechicería era el monarca absoluto, por ser el garante de la religión del estado. Bodin no hizo más que postular una clarísima estatización de bienes jurídicos, que pasaban a ser intereses del estado.

Cuatro siglos más tarde el fascismo italiano plasmaría esta idea autoritaria en el código de Rocco de 1930. Obsérvese que el fascismo no suprimió la legalidad, pero la legalidad fascista no fue la liberal, pues no tenía como mira principal garantizar espacios de libertad al ciudadano, sino reafirmar la certeza de la voluntad punitiva del estado, considerado como la única fuente del derecho y, a la vez, el único ofendido por cualquier delito.

18. El derecho penal de voluntad. El nazismo alemán -a diferencia del fascismo- sostenía que la fuente del derecho no era el estado, sino la *Volksgemeinschaft* (comunidad del pueblo), como unidad formada sólo por los de raza aria-germánica, que se suponían por-

tadores biológicos de un innato sentimiento de justicia. La misión del derecho penal nazista era la identificación de los *degenerados* que revelaban una voluntad contraria a la comunidad del pueblo, depurándola de este modo de esos *enemigos internos*, no así de los *enemigos externos* (judíos, gitanos, gays y otros), cuya eliminación era simple tarea del derecho administrativo o policial.

Para detectar al *degenerado* no se necesitaba esperar un delito y ni siquiera una tentativa, bastando cualquier muestra de voluntad contraria a la comunidad, incluso verbal o preparatoria. Lo único que interesaba era descubrir esa voluntad contraria a la comunidad de raza y encarnada en el *Führer* como máximo intérprete, de modo que el delito no era punible si se probaba que no respondía a esa voluntad, pero ésta también se debía penar cuando se manifestase, aunque no hubiese mediado ningún delito y ni siquiera una tentativa. Por eso se lo conoce como *derecho penal de voluntad* (*Willensstrafrecht*).

Seiscientos años antes, en el siglo XIV, el demonólogo Johann Nider pensó que el hormiguero (*Formicarius* se llamó su libro) era el modelo ideal de sociedad. Lo consideraba superior al panal por no ser una monarquía, sino una república, en la que cada individuo, por puro condicionamiento biológico, sabe lo que debe hacer, sin necesidad de que nadie se lo ordene. En consecuencia, se impone la eliminación de todo individuo que de alguna manera demuestre que carece o perdió este condicionamiento.

El *Formicarius* es –sin duda– la mejor metáfora de la *comunidad del pueblo* nazista. Hoy se multiplican los tipos penales de *peligro abstracto*, que criminalizan conductas

muy anteriores a cualquier comienzo de ejecución. El *preventivismo* de nuestros días es derecho penal de voluntad, la *innere Gesinnung* o *disposición interna del ánimo* no es nada diferente. La punición de actos preparatorios tiende a eso.

19. La criminología crítica. Hace unas seis décadas se creyó que aparecía algo totalmente nuevo: la *criminología crítica*. Se trató de la entrada al campo criminológico de una sociología que centró su análisis en el funcionamiento real del poder punitivo, poniendo de relieve su selectividad y la falsedad de las afirmaciones sostenidas como dogmas por los penalistas.

Haciendo caso omiso de los planteos teóricos del derecho penal y de sus discusiones, esta sociología corrió el velo que ocultaba el funcionamiento del aparato punitivo y de sus agencias. En todas sus variantes, desde las fenomenológicas e interaccionistas hasta las más radicales, su objetivo no fue discutir con el penalismo, sino mostrar la operatividad real del sistema penal.

Pero lo cierto es que tampoco se trató de una novedad, puesto que en 1629 un jesuita alemán, poeta y teólogo, Friedrich Spee von Langenfeld, escribió un libro demolidor contra la quema de brujas ordenada por los tribunales laicos de los príncipes alemanes: la *Cautio Criminalis*, cautela, prudencia criminal, título que parodia la *Constitutio Criminalis Carolina* (de Carlos V) que penaba con la hoguera a las mujeres.

Spee procedió como todo criminólogo crítico, pues se desentendió de la discusión teórica sobre el poder de las brujas: dejaba la cuestión de su existencia flotando, pero afirmaba que, como confesor de las supuestas brujas, nunca había conocido a ninguna. Se centró por

completo en el funcionamiento real del sistema penal, con el más crudo realismo sociológico, sin omitir señalar el papel de nadie en esa tragedia que analizó pluri-factorialmente, como fenómeno de poder.

Atribuyó responsabilidad a los repetidores teóricos que escribían libros descabellados; a los inquisidores que eran extorsionadores mafiosos; a los confesores borrachines, que por una cena se ponían de acuerdo con los verdugos; a los verdugos, que con frecuencia eran delincuentes sexuales; a los príncipes que se desentendían de sus funcionarios, para no crearse problemas; y a los predicadores que eran los constructores de la realidad mediática de la época.

Spee concluía afirmando que cualquiera sometido a la tortura y a ese procedimiento sería condenado por brujería y que la quema de brujas equivalía a los asesinatos de cristianos por Nerón. El enfrentamiento de esta obra pionera de la criminología crítica con los demonólogos de la criminología etiológica y biológica, no puede ser más claro.

20. Las emergencias. Con lo anterior, queda demostrado que al menos desde hace cuatrocientos años debatimos con las mismas *estructuras de pensamiento*. Pero no podríamos cerrar este brevísimo sobrevuelo sin una referencia a una constante milenaria: las *emergencias*.

En efecto: cada época inventó alguna y muchas costaron innumerables vidas humanas. Conforme a la cultura de cada tiempo, el poder inventó peligros inexistentes o magnificó los existentes hasta convertirlos en un mal *cósmico* que ponía en peligro a toda la humanidad.

Satán y sus mujeres, los herejes, los traidores, los enemigos de la religión, los judíos, los aristócratas o los

tibios, los jacobinos, los anarquistas, la degeneración, la sífilis, el alcoholismo, el comunismo internacional, la tóxicodependencia o el terrorismo actuales, y otras más, desde hace un milenio son las *emergencias* que enfrenta el derecho penal, por no ir más lejos y pensar en el mismo cristianismo en tiempos del imperio romano.

Estas *emergencias* costaron la vida de millones de personas: la mujeres quemadas vivas por los inquisidores, los herejes con igual destino, los traidores colgados o decapitados, los aristócratas, tibios y jacobinos guillotinado, los anarquistas fusilados, los exterminados en campos de concentración, los enfermos asesinados, los disminuidos castrados, los *degenerados* suprimidos; los disidentes masacrados y un largo *etcétera*, componen los millones de sacrificados por el poder punitivo en función de defender a la humanidad de las sucesivas *emergencias*.

No obstante, es perfectamente verificable que en ninguno de los casos la *emergencia* fue controlada y menos neutralizada por el poder punitivo: se la dejó de considerar un peligro *cósmico*, como en el caso de Satán y sus mujeres; se resolvió por otras razones, como la sífilis; se redimensionó su riesgo, como respecto de la llamada *degeneración*; desapareció por sí misma, como el comunismo internacional; o bien, sigue siendo algo dañoso que nadie resuelve, como el alcoholismo o la tóxicodependencia.

Este es el mayor escándalo del poder punitivo, su más sangrienta y astronómica estafa humana. El mecanismo siempre es el mismo: un peligro se maximiza; se manipula el miedo; se crea mediáticamente una realidad de alto riesgo común; se considera que el peor enemigo es quien llama a la razón y niega la magnitud

del peligro; los *especialistas* son los únicos que conocen la verdad y pueden investigarla; se crea un cuerpo de investigadores inmunes al riesgo; el peligro es tan enorme que justifica cualquier medida de poder punitivo; quien objete los métodos es un aliado de los enemigos y debe ser también suprimido; los investigadores se autonomizan; el grupo de poder descontrolado se corrompe y asume otras funcionalidades; el poder político lo sabe pero lo deja hacer en la medida de su funcionalidad para el control y dominio.

Ignorar diez siglos de historia sangrienta y fraudulenta es el peor pecado en que puede incurrir el derecho penal del siglo XXI, considerando la extrema potencia destructora de la tecnología disponible. Las víctimas de todos los homicidas individuales de la historia no suman ni siquiera una mínima parte, de todos los asesinados alevosamente por los estados en función de la gran estafa universal del poder punitivo, montada en función de *emergencias*.

VII. ¿Con qué método discutimos?

21. **La dogmática penal.** Después de verificar que durante medio milenio operamos con las mismas estructuras básicas de pensamiento y confrontamos con amenazas supuestamente *cósmicas* con las que nos estafó el poder punitivo para aniquilar a millones de personas, cabe detenerse en la metodología discursiva con que elaboramos nuestros proyectos de ejercicio del poder jurídico de contención en la actualidad.

Es obvio que el derecho penal latinoamericano es hoy principalmente tributario de la dogmática penal alemana. Debemos, pues, analizar si esa dogmática es el mé-

todo adecuado a las demandas provenientes de nuestro marco de poder y, en tal caso, cómo usarla, todo lo cual nos impone detenernos en la naturaleza del material importado de Alemania.

Pero ante todo, cabe explicar *cómo llegó y por qué desde mediados del siglo pasado, el penalismo alemán domina nuestra doctrina*, porque de lo contrario parece un *exotismo* antojadizo o una pura veleidad germanófila, fácilmente desechable, lo que se traduciría en un simplismo peligroso, a cuyo respecto debemos tener el máximo de cuidado, por las razones que más adelante expondremos.

La dogmática penal alemana se trajo a América Latina para llenar el hueco que había dejado el derrumbe del paradigma anterior, que se había instalado y también llegado a su ocaso, por razones políticas, como siempre también mundiales y regionales.

En efecto: el discurso penal latinoamericano había acogido muy pronto al positivismo italiano y francés (Lombroso, Ferri, Lacassagne), que respondía al marco ideológico racista de Spencer, propio de la etapa europea en que la burguesía había obtenido la hegemonía y archivado el liberalismo de su momento de lucha por el poder.

Este racismo fue adoptado a fines del siglo XIX para legitimar a nuestras repúblicas oligárquicas, proconsulares de los intereses neocolonialistas (el *Porfiriato* mexicano, la *República Velha* brasileña, el *Patriciado* peruano, la *oligarquía vacuna* argentina, etc.).

El penalismo del positivismo peligrosista encuadrado en el racismo spenceriano, se basaba en la criminología etiológica biologista, de José Ingenieros en la Ar-

gentina y de Raimundo Nina Rodrigues en Brasil. Esta última versión fue muy bien caricaturizada por Jorge Amado en la novela *Tenda dos milagres*.

Las repúblicas oligárquicas fueron bastante desarticuladas en el siglo XX por los movimientos populares (Cárdenas, Haya de la Torre, Velasco Ibarra, Vargas, Yrigoyen, Perón, etc.), que con avances y retrocesos extendió la ciudadanía real. Por otro lado, el racismo y el reduccionismo biológico se desprestigiaron en la Segunda Guerra Mundial. Además, la arbitrariedad del *peligrosismo* -propio de la alianza de médicos y policías- se fue volviendo intolerable, al par que los penalistas se sentían molestos por la tutela médica a que los sometía la criminología positivista. Todo esto provocó el ocaso definitivo del positivismo penal racista y creó la necesidad de sustituirlo por un discurso más técnico, racional y previsible.

El hueco dejado por la caída del positivismo no podía llenarse acudiendo al *common Law*, extraño a nuestra cultura jurídica. La doctrina penal francesa, por su parte, era pobrísima. Italia estaba superando el positivismo en sus variantes *normativizadas*, que se aproximaban rápidamente a la dogmática alemana. Algún autor italiano hacía profesión de fe *antifilosófica*, pero la mayoría se refugiaba en una pretendida *asepsia política* cultivada durante los largos años del fascismo. Debido a esto, la doctrina penal italiana no ejerció gran influencia en la parte general del derecho penal latinoamericano de mediados del siglo pasado, sino en su parte especial. Ante este panorama, la dogmática jurídico-penal alemana era el discurso más elaborado de que se disponía en el mundo.

Las anteriores miradas de los penalistas regionales hacia Alemania no habían trascendido mayormente en la doctrina, aunque en el siglo XIX Tobías Barreto y su *escuela de Recife* en el nordeste brasileño citaba autores alemanes; también en Brasil se había traducido la obra de Franz von Liszt y en la Argentina, Carlos Tejedor había elaborado su proyecto –luego código- sobre el modelo de Baviera de Feuerbach, aunque mediado por la traducción francesa de Vatel. Fue apenas como resultado de la crisis del positivismo –y con buen criterio-, que se trajo a América Latina la dogmática jurídico-penal alemana.

A decir verdad, el método no era nuevo, pues desde los comienzos del saber jurídico en las universidades del norte de Italia se percibió el *afán constructivo de sistema*, aunque había sido formulado orgánicamente -por analogía con la química- por Rudolf von Jhering en el siglo XIX, al distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad en el derecho privado.

22. La recepción latinoamericana. La dogmática es sin duda un método mucho más depurado que el burdo positivismo, pues aporta soluciones más precisas, razonadas y previsibles para los casos concretos, al tiempo que da coherencia al sistema. Pero el penalismo latinoamericano, cansado de las groseras arbitrariedades positivistas, se encandiló con la nueva doctrina, para lo cual contribuyeron varios factores.

En la posguerra, la física gozaba de un altísimo prestigio, razón por la cual los penalistas –como muchos otros cultores de diversos saberes- aspiraban a ser considerados *científicos*, acorde con la extendida inclinación al *fisicalismo*, o sea, a imitar el método de esa ciencia.

El deslumbramiento con la dogmática y esta aspiración a ocupar un sitio académico con jerarquía de *científicos*, llevó al penalismo regional a considerar que su *ciencia* era políticamente aséptica. Pero además, dada su mayor capacidad de resolución de casos con más previsibilidad y racionalidad, también hizo que la consideraran como garantía del *derecho penal liberal*, por más que esto implicase una contradicción.

Este giro comenzó con cierta importación de von Liszt, aunque de corta duración, seguida por una amplia divulgación de obras neokantianas, en particular la del profesor de München, Edmund Mezger, a través de la traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Más tarde, por los años sesenta y setenta del siglo pasado, llegó a la región el finalismo de Hans Welzel y, más cercanamente y hasta la actualidad, lo que podemos llamar el *postfinalismo*.

Se recibieron sucesivamente estas construcciones, pero con una marcada tendencia a considerar que la más reciente es siempre una superación técnica de la anterior, como si importásemos automotores o cualquier ingenio electrónico. En cierta forma, pervive hasta la actualidad la idea de que se importa un saber técnico o científico progresivo, acumulativo y políticamente aséptico.

La contradicción entre la asepsia política y la garantía de liberalismo es palmaria, y quizá por eso se habla ahora menos de *liberal*, aunque también pesan en esta baja entonación, la autoritaria estigmatización monopólico-mediática de las garantías y principios constitucionales, como también el desprestigio provocado por el uso confuso, equívoco y abusivo del vocablo con la expresión *neoliberalismo económico*.

Más allá de la contradicción, cabe preguntarse si fue correcta la recepción de la doctrina alemana como *ciencia políticamente aséptica* y como garantía de *liberalismo penal*, respuesta que debe procurarse en Alemania.

La historia de la doctrina penal alemana permite comprobar que es por completo inexacta, es decir, que nunca fue en su país de origen políticamente aséptica y, además, que no importamos justamente sus vertientes más liberales. De paso, deja claro que los penalistas alemanes no son culpables de lo que en América Latina se entendió acerca de su dogmática, que corre por cuenta exclusiva de la doctrina regional. Basta con un rápido vuelo sobre la historia de la doctrina penal alemana para verificar lo señalado.

VIII. La dogmática penal alemana en su salsa original

23. **Binding y Liszt.** A finales del siglo XIX y comienzos del XX había en Alemania dos *escuelas* –por así llamarlas–, lideradas por Karl Binding y por Franz von Liszt, respectivamente.

Binding era un normativista apegado al positivismo jurídico, para quien las normas no eran las leyes, sino las prohibiciones antepuestas a los tipos o que cabía deducir de éstos. Así, el infractor no viola la ley en sentido estricto, sino que cumple el tipo (*matar a otro*) y con eso infringe la norma (*no matarás*). Es decir: hace lo que la ley describe y con eso viola la norma.

Su monumental obra *Die Normen und ihre Übertretung* (*Las normas y su infracción*) la elaboró sobre esta base, sin cuestionar la legitimidad de las normas, que no po-

nía en duda, pues la presuponía por el mero hecho de *emerger de la autoridad del estado*.

Binding ni siquiera era hegeliano, pues no admitía un deber de penar por parte del estado (necesario como negación de la negación del derecho por el delito y, por tanto como su reafirmación, según la fórmula de Hegel), sino que, simplemente, el estado lo hacía sólo porque tenía el poder de hacerlo. Esta omnipotencia estatal correspondía a su tiempo, que era el de la unidad alemana, cuando después de la derrota francesa en Sedán se proclamó el imperio en Versalles, liderado por Otto von Bismarck.

Alemania, que había dejado de ser un estado con el largo proceso de desaparición del imperio de los Austrias, al fin lograba superar su fragmentación y reunificarse en un estado bajo la hegemonía prusiana. Era natural que ese tiempo estuviese bajo la consigna de reafirmar y consolidar al nuevo estado.

Años después, un autor nazista, al señalar la diferencia entre su derecho penal y el del fascismo italiano, observó con razón que el estatismo de Binding estaba vivo en el derecho penal fascista, que sólo reconocía al estado como fuente del derecho y única manifestación del pueblo, a diferencia del nazismo, que subordinaba el estado a la *comunidad del pueblo*. Cabe recordar que, en lo político, hubo autores que señalaron ciertas similitudes entre Bismarck y Mussolini.

Binding no se trajo a América y hasta hace algunas décadas pocos lo habían leído en estas tierras. Lo primero que se importó -aunque por poco tiempo-, fue la obra de Franz von Liszt, que era un positivista moderado que apelaba al método dogmático. Su positivis-

mo era particular, porque sostenía una doble cadena de determinismos: físico y psicológico.

Liszt compartía la criminología etiológica y en base a ella proyectaba la lucha contra el delito, a la que llamaba *política criminal*. Como no se podía tolerar que la *política criminal* cayese en la brutalidad, era necesario limitarla, tarea que atribuía al derecho penal, al que consideraba la *Carta Magna del delincuente*. En este esquema, la política criminal se enfrentaba al derecho penal y, junto con la criminología, *integraba un sistema*.

Hay una intuición de algún modo certera en este enfrentamiento, al punto que toda la producción penal nazista pretendió ridiculizar la expresión *Carta Magna del delincuente*, en tanto que otro autor más reciente y en las antípodas del autoritarismo (Juan Bustos) la corregía: no es *del delincuente*, es la *Carta Magna del ciudadano*.

En términos políticos reales, para Liszt el derecho penal debía trazarle límites a la policía, o sea, que la corporación policial debía ser contenida y limitada por la corporación judicial, dentro del estado montado en base a fuertes corporaciones verticalizadas, que había diseñado Bismarck.

Este pensamiento es muy adecuado al segundo momento del imperio alemán (el de Guillermo II), cuando el estado intervenía en la economía para frenar a los socialdemócratas, mediante un incipiente programa *prekeynesiano* de estado social, que algunos lo llamaron *socialismo de estado*, lo que parece exagerado. Como es lógico, un programa de cierta incorporación sedativa de los impulsos socialistas, no era compatible con un estado represivo descontrolado.

El positivismo de Liszt era claro: su teoría del delito respondía a su doble determinismo, dividida en causación física (injusto) y psíquica (culpabilidad), reducida a lo que hoy llamamos injusto. La culpabilidad psicológica era descriptiva, carecía de toda valoración, por lo que la pena se medía en *peligrosidad*.

Los actuales historiadores alemanes del derecho penal (como Thomas Vormbaum) no consideran *liberales* ni a Binding ni a Liszt, e incluso señalan los elementos autoritarios de sus doctrinas como anticipo de desarrollos posteriores más antiliberales.

Von Liszt sintetizó su pensamiento político-criminal en el llamado *Programa de Marburgo*, que es de difícil lectura *liberal*, aunque se hicieron grandes esfuerzos para darle este sentido. Binding, por su parte, dejó una breve y lamentable obra póstuma escrita con un psiquiatra (Hoche), que legitimaba el homicidio de enfermos y que fue utilizada dos décadas después de su muerte para pretender justificar el asesinato masivo de pacientes.

24. El neokantismo alemán. El penalismo alemán posterior no siguió la construcción de Binding, sino la de Liszt. De toda forma, Liszt falleció en 1919 y Binding en 1920, pero desde comienzos del siglo se venía ensayando otro camino, no sólo porque se cernía la crisis teórica del positivismo, sino también porque éste había subordinado el derecho penal a la criminología médica, lo que no agradaba a los juristas. Fue así que la generación siguiente optó decididamente por la ruta inaugurada por los primeros ensayos de teoría penal sobre base neokantiana, cuyas consecuencias lleguen hasta nuestros días.

Kant había dejado abiertos dos caminos críticos: el de la razón pura (*reine Vernunft*) y el de la razón práctica (*praktische Vernunft*). El derecho se montó sobre la razón pura con la llamada *escuela de Marburgo* (la corriente de Kelsen), que no prendió en el derecho penal, cuya dogmática abrazó el camino de la razón práctica, en particular con la llamada vertiente de *Baden* o *sudoccidental*.

25. Los valores. Este neokantismo de Baden adoptó la clasificación de las ciencias en *naturales* y *culturales*, fundada por Wilhelm Dilthey y desarrollada por Heinrich Rickert, que fue uno de los principales representantes de esa corriente. Según esta clasificación, las ciencias naturales toman del mundo todos los entes, pero no así las culturales, que deben seleccionarlos.

Como el derecho es una ciencia cultural (o del *espíritu*), el neokantismo penal parte de una singular teoría del conocimiento. Conforme a ella, los entes del mundo se presentan desordenados y, por tanto, no son disponibles. Es algo así como una casa a la que se llega en una mudanza: no hay electricidad, las ollas están en el recibidor, los cubiertos en el dormitorio, el colchón en la cocina; todo está allí, pero no se puede usar la casa porque no hay orden y, por tanto, la casa no es habitable, no puede disponerse de ella para usarla como tal; está, existe, pero no está *disponible*.

Para los neokantianos, lo que pone orden en el mundo y lo hace disponible es el *valor*, que permite ubicar cada ente en su lugar. A la pregunta *¿Qué son los valores?* responden que *los valores no son, sino que valen*. Quedaría pendiente saber *para quién valen* o *quién hace que valgan* –al menos en el campo de los valores jurídicos–, y la respuesta podría ser *tal vez para quienes los imponen*, pero eso es otro problema: el de la subjetividad u ob-

jetividad de los valores, punto central de la axiología, al que no entramos ahora.

A los efectos prácticos que hacen a la doctrina penal, conforme a esta teoría del conocimiento, los datos del mundo no ordenados por el valor no se pueden incorporar a la construcción jurídica (a la dogmática jurídico-penal), porque si bien pertenecen a la realidad, no están disponibles, dado que quedaron fuera de la ordenación dispuesta por el valor y, por ende, no se pueden usar. En cuanto al campo específico de la teoría del delito, el derecho penal neokantiano mantuvo en esencia la sistemática de Liszt, conforme al criterio clasificador de caracteres objetivo-subjetivo, aunque amplió el concepto al adosarle la culpabilidad normativa, es decir, al recuperar de la filosofía clásica el reproche ético y juridizarlo. Podría decirse que el neokantismo redescubrió a Aristóteles, pero incluyendo al dolo en la culpabilidad, con la incoherencia que implica juntar lo reprochado con el reproche, el desvalor con lo desvalorado, que luego el propio neokantismo iría corrigiendo, por obra de von Weber y del Graf zu Dohna.

26. La criminología neokantiana. El neokantismo consideró a la criminología como una ciencia natural a la que el derecho penal le imponía su límite epistemológico, porque definía las conductas delictivas, limitando la criminología al estudio de sus *causas*. De este modo, la criminología, que en el positivismo de Ferri –y también de Liszt–, daba órdenes al derecho penal señalándole a los *peligrosos*, pasaba a ser una *ciencia auxiliar* del derecho penal: con esta inversión los penalistas (juristas) recuperaban el primer plano.

Aunque para el neokantismo no resulta muy prolija la delimitación de una ciencia *natural* por otra *cultu-*

ral, esto permitía que la criminología siguiese siendo etiológica, positivista, con marcado acento biologista y en preferentes manos médicas, aunque reducida a un rincón de la facultad de derecho, donde los penalistas encerraban a los médicos de la época, con sus espantosos frascos de piezas anatómicas y fetos en formol. Recordemos que de esa formación médica biologista surgieron las ideas que inspiraron los terribles experimentos *in anima nobili* en años posteriores.

27. Neokantianos liberales y no liberales. La teoría del conocimiento neokantiana permite construir cualquier derecho penal, porque el *valor ordena* y también deja fuera lo que le pluguiera –incluyendo un genocidio–, por lo cual resulta poco compatible con el principio rector de los Derechos Humanos, puesto que también puede dejar fuera a la *persona* (o concluir que ésta es un *puro concepto jurídico*).

No obstante, como con la mencionada teoría del conocimiento todo es posible –porque el valor puede ordenar el mundo de muy diferente manera–, el derecho penal neokantiano tuvo tanto construcciones liberales como autoritarias. Es innegable que hubo penalistas neokantianos liberales, en particular durante la República de Weimar, como Gustav Radbruch, Max Ernst Mayer y –a nuestro juicio– Helmuth von Weber.

Cabe recordar que de los dos primeros se conocieron en castellano sus trabajos jusfilosóficos, pero no los penales. Sólo en los últimos años y como dato histórico, se tradujo el *Lehrbuch* de M. E. Mayer y los *Principios* de von Weber, pero en los años de esplendor del neokantismo en nuestra región no se los conocía de primera mano, porque el neokantismo alemán difun-

dido en América Latina fue más cercano a Edmund Mezger, cuyas tesis eran marcadamente autoritarias.

No puede negarse este sesgo de Mezger en su culpabilidad de carácter, al igual que en la culpabilidad por la conducción de la vida, que pretendía juzgar penalmente toda la elección existencial de la persona. No menos autoritarias eran sus ideas de *ceguera* y de *enemistad con el derecho*, como equivalentes del dolo, con ejemplos deplorables. A eso podemos agregar su total omisión de referencia a la Constitución de Weimar en tiempos republicanos.

Francisco Muñoz Conde investigó la vinculación de Mezger con el nazismo, en especial el proyecto de 1944 sobre *extraños a la comunidad*, destinado a la internación de *desviados* en campos de concentración, e incluso su visita personal a uno de ellos. Ese proyecto fue elaborado por Mezger junto a Franz Exner, un notorio criminólogo nazista.

Merece recordarse también su bochornosa polémica de 1941, con el último representante del *peligrosismo* italiano, Filippo Grispigni, en la *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Ambos penalistas -catedráticos de München y de Milano, respectivamente- competían allí acerca de la teoría más idónea para legitimar la legislación penal nazista, si el *peligrosismo* positivista o el neokantismo de Baden.

28. La discusión con Kiel. La llegada del nazismo al poder provocó un interesantísimo debate dogmático-jurídico, pues dos autores –Georg Dahm y Friedrich Schaffstein–, conocidos como *la escuela de Kiel*, sostenían que *cada construcción dogmático-penal debe responder a un modelo político* y que, por ende, la de los neokan-

tianos no servía para interpretar y aplicar el derecho penal nazista.

Los neokantianos les respondían que su dogmática era *científica y no política*, y que, por lo tanto, *servía para cualquier sistema político*. Esta *asepsia política* neokantiana reducía el derecho penal a una suerte de máquina infernal, útil para cocinar alimentos tanto como para torturar al vecino. Aquí se percibe con claridad la extrema degradación a que puede conducir la pretensión de reducir la doctrina penal a una técnica aséptica.

De toda forma, tanto los de Kiel como los neokantianos competían para demostrar que sus respectivas construcciones dogmáticas se avenían mejor a la interpretación de las leyes penales nazistas, que se volvieron aún más aberrantes durante la guerra.

Los de Kiel combatían la estratificación neokantiana del delito, aprovechando las contradicciones del neokantismo para negar toda distinción tajante entre tipicidad y antijuridicidad y también entre esta última y la culpabilidad. De allí que su teoría del delito se considerase *unitaria* y construida sobre la idea de *violación del deber*.

Cabe observar que no fue ajeno al malentendido latinoamericano que Dahm y Schaffstein estigmatizaran como *liberales* a los neokantianos –lo que bajo el nazismo era constituía una difamación altamente descalificante– y, de este modo y sin quererlo, difundieron la peregrina idea de que éstos eran realmente *liberales*, lo que por cierto les fue de utilidad en la posguerra.

A la distancia y sin dejar de tener en cuenta el contenido nazista de sus escritos, lo cierto es que los de Kiel llevaban razón en cuanto a la necesidad de que toda construcción dogmática debe corresponderse con el

sistema político y, en este sentido, eran los más coherentes. Pero de todos modos, lo que no puede perderse de vista es que entre 1933 y 1945 *no se debatió entre nazistas y disidentes, sino sólo entre nazistas*. Los disidentes ya no estaban en Alemania (como Goldschmidt) o estaban fuera de la cátedra o investigando historia (como von Weber, Eberhard Schmidt o el propio Gustav Radbruch).

29. El realismo de Welzel. Pasada la Segunda Guerra, cundió el pánico ante lo sucedido, lo que dio lugar a que en la posguerra alemana resurgiesen todos los *jusnaturalismos*, en un intento doctrinario de poner límites a la omnipotencia legislativa.

La Constitución de 1949 creó el *Bundesverfassungsgericht* (tribunal federal constitucional), con lo que Alemania Federal introdujo el control de constitucionalidad y pasó a ser un estado *constitucional de derecho*. La jurisprudencia constitucional no fue inmune al resurgimiento del *jusnaturalismo*, invocado incluso en las primeras sentencias constitucionales.

La versión limitadora de la omnipotencia legislativa de más modestas pretensiones fue el *ontologismo* de Hans Welzel, con su tesis de las estructuras lógico-reales (*sachlogischen Strukturen*), que invertía el planteo neokantiano con una teoría del conocimiento realista de cierta inspiración aristotélica: según esta tesis, el mundo no es caótico, sino ordenado, y el derecho es sólo un orden más, que si pretende eficacia, cuando menciona un ente debe ante todo respetar su estructura óntica, lo que parece bastante elemental, porque de no hacerlo, es obvio que se estaría refiriendo a algo diferente de lo mencionado.

Por cierto que no parece respetarse esta regla cuando se multiplican las invenciones de supuestos *conceptos jurídicos* diferentes a los del lenguaje corriente, es decir, que se mencionan unas *cosas* con el nombre de otras, lo que si bien no es muy razonable, habilita los fáciles *eufemismos jurídicos*, eternamente útiles para disimular los excesos del poder punitivo.

Conforme a esta posición realista, Welzel enunció su famosa *acción finalista* en la teoría del delito, adoptando el tipo complejo y la culpabilidad normativa pura, que llegó a nuestros países en los años sesenta y setenta del siglo pasado.

IX. La vuelta alemana al idealismo

30. **El postfinalismo.** Después de Welzel, el *postfinalismo* alemán volvió al idealismo neokantiano, en particular en la versión liberal con Klaus Roxin, quien tuvo un importante papel en el llamado *Proyecto alternativo* de los años sesenta y setenta.

Si bien su obra se fue configurando a lo largo de algunas décadas, Roxin es un autor propio de los tiempos posteriores a la reconstrucción, o sea, de la socialdemocracia alemana (Willy Brandt), en que se pensaba que el estado de bienestar, al elevar el nivel de vida, eliminaba las *causas sociales* del delito, lo que tendía a dejar sólo un delito *residual*, producto de *causas individuales*, por lo que se creía aconsejable proyectar un sistema *vicariante*, que diese lugar a la posible sustitución de las penas por *medidas de seguridad*.

Desde hace poco más de tres décadas apareció en el *postfinalismo* alemán una versión con terminología sociológica funcionalista, aunque con claros acentos he-

gelianos, enunciada por Günther Jakobs, que es minoritaria en Alemania.

Se trata de una construcción que, tomando elementos del funcionalismo sociológico sistémico –en particular de Niklass Luhmann-, asigna al poder punitivo el efecto de un reforzamiento de la confianza en el sistema (prevención general positiva) y de la expectativa de que cada individuo asuma y se comporte conforme al rol esperado. Se aparta de la sociología sistémica en la medida en que rechaza toda verificación empírica y afirma que la pena se justifica por sí misma al reafirmar la vigencia de la norma. Modera una previa doctrina tendente a considerar a la omisión como la forma básica del delito.

En nuestro marco de poder regional, con la creación mediática de realidad en manos de los monopolios que forman parte del poder financiero, en el plano de la realidad social significaría que el poder punitivo se encargase de *normalizar* lo que los monopolios quisiesen y, también, de *desnormalizar* lo que les conviniese.

El marco en que surgió esta versión doctrinaria, centrada en la cuestión de la llamada *imputación objetiva* (defraudación de la expectativa de rol), es posterior al socialdemócrata y parece más bien corresponder al momento reunificador de Helmut Kohl, en particular ante el temor social generado por los inmigrantes del este europeo.

En los últimos años se publicaron varias obras generales, que tienden a elaborar el derecho penal con base preferente en la jurisprudencia y con menos referencias doctrinarias e históricas. A América Latina no llegó esta última variable, porque es poco viable en paí-

ses que carecen de un cuerpo de jurisprudencia tan sólido como el condicionado por la estructura constitucional alemana.

Esta manualística más reciente parece compatibilizarse con la formación de juristas *prácticos*, exigida en Europa por el llamado *Plan Bologna*, que tiende a suprimir toda formación sociológica, filosófica e histórica en el entrenamiento de los operadores del sistema jurídico. El objetivo pareciera ser la formación de una masa de procuradores o tramitadores técnicos y, por otro lado, una elite de pocos, dedicados a pensar el derecho en sus cubículos universitarios.

En síntesis, puede afirmarse que la característica común a todo el *postfinalismo* consiste en una vuelta al idealismo y, en particular, un rechazo frontal hacia el realismo de las estructuras lógico-reales de Welzel, de las que casi nadie habla desde hace años.

31. El idealismo penal como reacción. En verdad, el *Lehrbuch* de Welzel parece escrito por dos autores, porque su teoría del delito no es coherente con la de la pena, puesto que en esta última mantiene una posición totalmente idealista.

Sería absurdo reprochar a Welzel que no haya encarado la teoría de la pena conforme a su realismo, sencillamente porque con eso hubiese puesto en cuestión todo el derecho penal de su época. Sin duda que de esto se percató Welzel y no fue su propósito, pero lo observó también el penalismo posterior, lo que motivó su decidido giro de vuelta al idealismo.

Es demostrativo recordar de paso que en nuestras tierras se registró al respecto un episodio absurdo. La llegada del finalismo causó un escándalo en el neokan-

tismo local, que aulló que *el dolo en el tipo era nazista*. Pero en verdad, no se reparó mucho en el realismo de base, salvo algún doctrinario al que no le pasó por alto y, en voz baja, susurró descalificando a esa teoría como *marxista*, lo que no implicaba en su momento una simple atribución de ideología, que en época democrática sólo da lugar a una discusión, sino que en plena dictadura de seguridad nacional era físicamente peligrosa.

Si bien esa pretendida imputación era aberrante –pues Welzel era un demócrata cristiano de la época de Konrad Adenauer–, un tratadista rioplatense llegó a ponerlo por escrito. Esto demuestra que también aquí –aunque con características folklóricas– alguien se percató de los riesgos que implicaba el realismo welzeliano para el idealismo penal, en caso de ser llevado a la teoría de la pena.

X. La asepsia política como discurso importado

32. **El derecho penal político alemán.** Es claro el marco bismarckiano del normativismo de Binding, el intervencionismo estatal del imperio guillermino en von Liszt, el liberalismo neokantiano de Weimar con Radbruch a la cabeza, el autoritarismo neokantiano de Mezger y la politización de Kiel propios de la época nazi, el realismo de la reconstrucción de Adenauer en Welzel, el estado de bienestar socialdemócrata en Roxin, una matizada admisión del *neopunitivismo* de tiempos de Kohl en Jakobs y, ahora, un refugio pragmático en la jurisprudencia en tiempos inestables, cuando cunde la *formación de juristas prácticos* del *Plan Bologna*, quizá el momento de Frau Merkel.

Como vemos, en Alemania ninguna de las teorías del derecho penal fue ajena a la política. Si bien no fueron elaboradas por orden de los políticos, es decir, que no se fabricaron teorías *oficialistas* por encargo de *comités de censura*, lo cierto fue que cada autor respondió a su circunstancia, a las condiciones políticas, socio-económicas y culturales de la época en que le tocó vivir y a la que no podía sustraerse, por más que algunas hayan sido loables y otras ética o políticamente más que extremadamente penosas y censurables.

33. El discurso de asepsia. Los alemanes, pese a que construyeron su derecho penal según sus momentos históricos, con frecuencia proclamaron la *asepsia política* de su discurso, o sea que lo *declarado ocasionalmente en el plano teórico, nunca fue allí una práctica en el plano de la realidad*.

Esta circunstancial declaración alemana de *asepsia* se explica en gran medida por razones locales, que nada tienen que ver con nuestra historia. Por un lado, en tiempos de dictadura, asegurar que el penalista hace *ciencia* y no política es una defensa, incluso de la vida, pero no puede confundirse una eventual y circunstancial alegación defensiva, con un argumento permanente y fundado.

En segundo lugar, Alemania pasó en menos de un siglo por los regímenes políticos más dispares: el imperio; la revolución de 1918; la República de Weimar; el nazismo; la derrota, la ocupación y la partición; la reconstrucción con la República Federal por un lado y la República Democrática por el otro, y la reunificación. El penalista alemán que pretenda que su doctrina guarda alguna continuidad a través de estos dramáticos cambios políticos, no tiene otro recurso que sub-

estimar o poner en segundo plano el vínculo del derecho penal con la política.

Si bien en menor medida, cabe recordar que la *asepsia política* fue ensayada también por el penalismo italiano, la mayor parte de cuya doctrina se refugió en un positivismo legal a ultranza durante los largos años del fascismo. Una clara muestra de esta defensa es que, pese al abismal cambio político producido con la Constitución de 1947, se haya mantenido la vigencia del *Codice Rocco*.

Lo cierto es que estas afirmaciones discursivas de *asepsia política* se importaron a nuestra región sin reparar en nada de lo anterior, es decir, sin caer en la cuenta de que en Alemania e Italia sólo era un discurso para autopreservación o para salvar la continuidad teórica del derecho penal, pero nunca lo que se hizo en su derecho penal respondió a lo que se pregonaba discursivamente.

XI. Los peligros del romanticismo penal

34. **La necesidad de la dogmática.** Con la brevedad del caso, hemos revisado los materiales importados que nutren la doctrina jurídico-penal regional. A la hora de seguir elaborando nuestro derecho penal para adecuarlo al marco de poder actual, debemos tenerlos en alta estima, pues no faltan las voces simplistas que propugnan un rechazo frontal a la dogmática penal e incluso al derecho penal mismo.

La dogmática jurídico-penal permite la elaboración racional del derecho penal. Si bien puede ser manipulada *irracionalmente*, esto es, con incoherencia normativa (contradicción interna), fáctica (negadora de datos de realidad)

o política (tributaria de una política irracional), el uso descaminado de la herramienta no debe confundirse con su naturaleza: aplastarse un dedo con un martillo, no prueba en modo alguno la inutilidad del martillo.

35. El romanticismo penal reaccionario. Es necesario perfeccionar las aduanas ideológicas para constatar el contenido político del material que importamos, pero la verificación de ese contenido y de su uso ocasionalmente perverso, no debe llevarnos a permitir la importación de otro material aún más peligroso y deletéreo: el *romanticismo jurídico-penal*, como opción a la dogmática penal, que en su versión reaccionaria postula que *el derecho surge en forma inmediata de la intuición de los pueblos*.

La afirmación de que el pueblo crea directamente el derecho es propia de quienes por vía irracional (intuicionista) pretenden legitimar el derecho que imponen autoritariamente como el único válido y no discutible. A partir de la incuestionable obviedad de que la cultura de cada pueblo es el marco para la creación del derecho y hasta un elemento del propio estado, se da un salto al vacío al pretender que de ella surge su contenido, ya elaborado en forma intuitiva y espontánea.

El marco cultural pone límites, señala direcciones, algunas ineludibles, otras aceptables y posibles, pero en modo alguno crea el derecho, y menos el derecho penal.

Con el renacer actual de xenofobias y racismos, no faltan en los medios de comunicación monopólicos e incluso –aunque en menor medida– en los académicos, quienes rechazan por *teóricas* las construcciones jurídicas, aprovechando que siempre son poco comprensibles para el público en general, prefiriendo apelar

discursivamente a la *intuición del gaucho*, a la *libertad del llanero*, al *sentimiento del hombre trabajador*, a la *mística de la montaña o de la selva*, al *llamado de la historia* o a cualquier otra irracionalidad, siempre que guste y se difunda por esos medios monopólicos, comúnmente llamados *la gente*.

El romanticismo jurídico reaccionario tiene el atractivo de alardear de *nacionalismo* y pretender basarse en lo *popular*, pero no entendido como una comunidad en busca de incorporación y respetuosa de la dignidad de las personas que la integran en el marco de una cultura, sino concibiendo al *pueblo* como un organismo con vida propia, del que todos seríamos células o partes, sin importar si semejante negación de la individualidad se construye discursivamente por vía idealista, intuicionista, biológico-racista, espiritualista u otra cualquiera, porque lo cierto es que todas se han ensayado para fundar este concepto *orgánico* del romanticismo jurídico y penal en particular.

El *nacionalismo* romántico es completamente falso, como lo prueba que se haya pregonado en muy diferentes pueblos. Es un pensamiento retrógrado, que en Alemania atrasó por casi un siglo la codificación civil incluso en la versión moderada de Savigny, pero que extremado acabó alimentando el delirio ario-germánico del desequilibrado Helmut Nicolai, con su *teoría jurídica de la ley de las razas* y el consiguiente *derecho penal de voluntad*, antes referido.

El romanticismo penal reaccionario, lejos de ser *nacionalista y popular*, también es un material importado y, por cierto, que de la más pésima calidad. Frente a este peligro –nunca del todo ausente– *debemos reafirmar el*

valor del método dogmático y extremar el cuidado en su aplicación con máxima coherencia normativa, fáctica y política.

36. El romanticismo penal revolucionario. Otra versión romántica del penalismo se remonta a la Revolución Francesa, en particular al primer entusiasmo de los *philosophes révolutionnaires* y suele reverdecer en momentos de cambios políticos más o menos profundos, como resultado de un incondicional entusiasmo *democratista*.

La premisa de que parece partir es que el pueblo sabe cómo y a quién penar y debe dejársele juzgar en la más amplia medida posible. En consecuencia, deposita una confianza absoluta e incondicional en los tribunales populares, en los jurados, en los jueces legos y electos popularmente, en la redacción de códigos producto de asambleas populares, en los plebiscitos y consultas populares de cuestiones penales, etc. Se llegó a imaginar que los códigos serían tan claros que cualquier ciudadano electo popularmente los podría aplicar, que serían enseñados de memoria a los niños en lugar del Catecismo y las oraciones, etc. En sus posiciones más extremas este romanticismo prescinde de los juristas, considerados *antidemocráticos, reaccionarios y antipopulares*, confiando directamente en la *voluntad popular*.

Este *democratismo radical* ilusiona características sociales y humanas inexistentes y hasta imposibles. Ante todo, inventa una sociedad igualitaria y es ciego a los manejos del poder, a la creación de realidad mediática, a las tácticas *völkisch*, etc.

Pareciera ser la respuesta ingenua al espanto reaccionario del siglo XIX a las *masas* de la Revolución Francesa y de la Comuna de París, que llevó a todo el positivismo racista a estigmatizarlas y a crear tipos de *de-*

litos de masa. Para descalificar a las burguesías asustadas del siglo XIX parece que este romanticismo alucina pueblos siempre pacíficos, racionales, generosos y solidarios.

Sin ninguna pretensión de terciar entre Le Bon y Freud, ante estos brotes de *democratismo* romántico, conviene recordar que la reiterada experiencia demuestra que ningún genocidio ni ninguna guerra carecieron de apoyo popular, que la contención jurídica del poder punitivo casi nunca es simpática a las mayorías, que la pena de muerte goza de gran predicamento popular, que en cualquier sondeo de opinión tiende a dominar la respuesta bélica y retaliativa, y que toda esa experiencia ha llevado a plasmar en sabias normas constitucionales la prohibición de plebiscitos o consultas populares en materia penal.

Cada vez que este romanticismo *democratista* se quiso llevar a la práctica en gran escala, no hizo más que abrir el espacio político a demagogos, oportunistas, inescrupulosos y corruptos, para que se ganasen a la opinión del momento con motivaciones vindicativas y desencadenasen un punitivismo brutal y de signo diametralmente opuesto al ideal revolucionario originario. Con cierto grado de hipocresía se ha dicho a este respecto que *la revolución se come a sus hijos o a sus creadores*. La mayoría de los ingenuos *philosophes révolutionnaires* de 1789 terminaron guillotinado bajo el terror de Robespierre; análogo final tuvieron numerosos revolucionarios rusos de 1917 en las *purgas* de 1938.

En nuestro marco de poder, con sociedades estratificadas y medios monopolizados por el capital financiero transnacional, el resultado de un romanticismo ingenuo de esta naturaleza no sería muy diferente al

del reaccionario: nuestras precarias democracias desaparecerían, ahogadas por dictaduras mediáticas, re-partidoras de venganzas contra cualquier grupo o clase que instalasen como fuente de una creada realidad de emergencia. No puede llamar la atención que ese discurso sea admitido como alternativa en los medios más reaccionarios de la región.

Todos los efectos del *democratismo radical* derivan de su común raíz con el romanticismo reaccionario, pues ambos son tributarios últimos de una pretendida *pseudo-democracia plebiscitaria* que, al desconocer los derechos de la minoría, simultáneamente desconoce el siempre inalienable derecho de la mayoría a cambiar de opinión.

37. La confusión romántica acerca de la verificación de Marx. Un malentendido pletórico de equívocos en torno a la afirmación de Karl Marx caracterizando al derecho como *el instrumento de las clases dominantes*, ha dado lugar a una extensa discusión en la que se juega también un romanticismo que, llevado al extremo, niega directamente la utilidad del derecho como instrumento capaz de impulsar el respeto a la dignidad de la persona humana.

Lo cierto es que, a nuestros efectos, de lo que se entienda por la citada afirmación dependerá la posibilidad de elaborar en el plano de la realidad un derecho penal preventivo del genocidio, o si, por el contrario, esto es una ilusión, porque el derecho no es por esencia más que lo que Marx constataba. En este último caso, sólo quedaría el camino de la política pura o incluso de la violencia.

Por nuestra parte creemos que la afirmación de Marx es una correcta constatación de lo que el derecho era

en su época, pero en modo alguno una afirmación acerca de la esencia del derecho. En este sentido, la afirmación de Marx era bastante válida para su tiempo, aunque también había sido el instrumento de clases en ascenso, como la burguesía europea, lo que dio lugar al derecho penal iluminista y liberal de los siglos XVIII y XIX.

Pasó casi un siglo y medio y el derecho parece ser hoy algo más que eso, por no decir algo bastante diferente de lo que Marx constataba en su tiempo, pese a los esfuerzos actuales por volver a reducirlo a lo que era en la época de Marx. Es curioso, pero estos esfuerzos no provienen de los marxistas, sino del capital financiero mundial, en un original desplazamiento que, por cierto, requiere una explicación.

A lo largo de la historia se cometieron crímenes, genocidios y matanzas horribles, en particular en los territorios colonizados y sobre sus poblaciones, hasta que en el curso de la Segunda Guerra sucedió lo inevitable: los crímenes atroces se cometieron en el propio territorio colonizador. En las atrocidades nazista coincidieron y se combinaron del modo más perverso las peores técnicas de los anteriores crímenes colonizadores. De este modo, se aniquiló masivamente la vida de millones de víctimas que presentaban igual carencia de melanina que los colonizadores.

38. El miedo y el caballo de Troya. El pánico provocado por estos crímenes incalificables hizo que en 1948, los estados emitiesen una tímida *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que demoró décadas hasta convertirse en ley internacional, y cuya síntesis máxima –no nos cansamos de reiterarlo– es que *todo ser humano es persona*.

Nuestra especie necesitó milenios para que sus jefes políticos reconociesen lo que otro animal hace por instinto y, además, lo hizo por miedo y no por reflexión. No obstante, siempre es esperanzador y estimulante verificar que no carecemos del todo de la pulsión de supervivencia, lo que confirmaría la observación de Martin Buber, en el sentido de que *el ser humano no es racional, pero puede llegar a serlo*.

El derecho internacional fue venciendo lentamente la timidez y la *Declaración* se plasmó en tratados regionales y mundiales y fue reconocida como *ley internacional*, al tiempo que se arrinconaba la tesis del *doble derecho*, preferida de los restos del viejo colonialismo, particularmente británico.

De este modo creció en el campo del *deber ser* un *caballo de Troya*, que introdujo una enorme contradicción discursiva, pues abrió una trinchera contra el capital financiero que se sigue esforzando para reducir el derecho a la condición de instrumento de las clases dominantes y, por ende, a su exclusivo servicio.

XII. Presupuestos para la elaboración de un derecho penal Humano: la constitucionalización

39. **La tarea del derecho penal humano.** La introducción de los Derechos Humanos en el campo del *deber ser* impone a los juristas la tarea de proyectar el cumplimiento de este mandato en el campo de la realidad social, o sea, promover que ese *deber ser* se convierta en *ser* en la sociedad y en el planeta, en sentido diametralmente opuesto a los intereses del capital financiero transnacional.

Esto implica –en el campo jurídico general– la necesidad de perfeccionar al máximo la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales consagratorias de los Derechos Humanos, impulsando a nuestros estados de derecho en el sentido que Peter Häberle llama ahora *estado fundamental de derecho* (*Grundrechtsstaat*), promotor de su óptima realización (*optimale Grundrechtsverwirklichung*), lo que, obviamente, choca con la resistencia de los poderes hegemónicos que condicionan el actual marco de poder mundial y regional.

No obstante, este proceso está en marcha, pues el *control de convencionalidad* generó una corriente de *internacionalización del derecho constitucional* y -a la vez- de *constitucionalización del derecho internacional*, que si bien reconoce altibajos en nuestra región, debidos a la relativa debilidad del sistema regional de Derechos Humanos, coincidente en buena medida con la debilidad de los organismos internacionales mundiales, no por eso se detiene.

El proyecto de un *derecho penal humano* se enmarca dentro de esta corriente general, puesto que a través de la profundización de la *constitucionalización e internacionalización* del derecho penal bajo la premisa básica de que *todo ser humano es persona*, necesariamente desembocará en el privilegio de la vida frente a la amenaza de su destrucción masiva y, por ende, asumirá por mandato jurídico positivo su función de prevención del genocidio y –simultáneamente- de protección de todos los bienes jurídicos.

40. Nuestra contradicción importadora. No obstante, en nuestro medio, el camino hacia un derecho penal humano debe superar un viejo vicio de pensamiento

proveniente de una contradicción generada por la importación de nuestro derecho en general.

Si bien fue bastante positivo que antes de la última posguerra, América Latina haya importado toda su doctrina civil, administrativa, mercantil, laboral y penal de Italia, Francia y España y Alemania, cabe destacar que con eso introdujo una contradicción institucional, puesto que estos países europeos no eran estados *constitucionales de derecho* (sino solamente *legales*).

En efecto: los ensayos europeos de justicia constitucional de entreguerras fracasaron. El más notorio había sido la *Oktoberverfassung* de Austria de 1921, debida a Kelsen, que inauguró el control centralizado, pero desapareció con el manotazo austrofascista de Dolfuss en 1933. El *Reichsgericht* alemán se había atribuido la función controladora constitucional, con el insólito argumento de que la Constitución de Weimar no se lo prohibía, pero con el avieso propósito de anular las leyes laborales de los socialdemócratas.

Dado que en Europa se difundió el control de constitucionalidad apenas a partir de la última posguerra, la importación latinoamericana del derecho de los estados *legales* anteriores no tomó en cuenta que los estados de nuestra región, al menos formalmente, fueron desde siempre *estados constitucionales de derecho* que reconocían el control de constitucionalidad, debido a la común inspiración de sus textos máximos en la Constitución norteamericana, que era el único modelo republicano disponible en el siglo XIX.

En consecuencia, importó y dejó como secuela una sacralización de la ley infraconstitucional, en perjuicio de las normas de la ley máxima, lo que como vicio

del pensamiento se suele observar en la jurisprudencia, pero al que tampoco escapa del todo la doctrina.

En consecuencia, es urgente desarraigar el temor reverencial a la *ley* que está por debajo de la Constitución y del derecho internacional, para invertir racionalmente los términos: la ley intocable debe ser invariablemente la suprema (nacional e internacional). Sólo eliminando las últimas consecuencias de este obstáculo de logrará una profunda *constitucionalización e internacionalización del derecho* en general y, en particular, del derecho penal. El derecho penal humano surgirá necesariamente de esta reversión racional conforme a la pirámide jurídica.

XIII. Presupuestos para la elaboración de un derecho penal Humano: la superación del idealismo penal

41. **La leyenda y la realidad.** No es el antes mencionado el único vicio de pensamiento que debemos apartar de nuestro camino hacia la elaboración del *derecho penal humano*. Quizá el hábito penal pensante más enraizado sea el que señalamos al principio, cuando marcamos la neta distinción entre el *poder punitivo* y el *poder jurídico*.

Este vicio pensante proviene de la fábula reiterada desde nuestra adolescencia, según la cual el poder punitivo lo ejercen ante todo los legisladores que sancionan la ley penal, luego los jueces que cumplen esas leyes y, por último, las policías que cumplen las órdenes de los jueces.

Reiteramos que la más ligera y hasta superficial observación del funcionamiento real del sistema penal des-

miente esta fábula, puesto que cotidianamente vemos ante nuestros ojos que el poder punitivo es puesto en marcha selectivamente las policías, en tanto que los jueces sólo tienen la posibilidad de operar las luces del *semáforo* de contención jurídica, y los legisladores abren ámbitos de selección criminalizante, con tipos que son como armas cargadas, pero que nunca quienes los sancionan saben cuándo ni contra quiénes se dispararán, al punto que a veces se disparan contra ellos mismos.

Esta verificación constituye otra fortísima lesión al narcisismo penalístico, que sigue soñando que regula el ejercicio del poder punitivo, cuando lo único que hace y puede hacer -en el mejor de los casos y a condición de entender bien su función- es contenerlo y reducirlo racionalmente. Los penalistas pueden consolarse, teniendo en cuenta que durante mucho tiempo los internacionalistas también soñaron que *regulaban* las guerras, cuando en realidad hoy deben admitir que lo único que pueden hacer es contener sus aspectos más crueles, mediante el derecho internacional humanitario.

De cualquier manera, esta ilusión ha dado lugar a todo un derecho penal *idealista*, que es menester desmontar para pasar a un verdadero derecho penal humano.

42. Tobías Barreto y Anton Bauer. Es necesario cicatrizar la lesión a este narcisismo -que nunca es bueno- y convencerse de que carece de todo sentido comenzar la teorización penal preguntando cuál debe ser la función de la pena.

En la segunda mitad del siglo XIX, el penalista latinoamericano más creativo, el brasileño Tobías Barreto, se percató de que la pena no podía justificarse del

modo que se lo hacía. Con su enorme lucidez de pensador solitario, afirmó que se trata de un hecho político análogo a la guerra, agregando que quien pretenda justificarla también debería justificar a esta última, si es que ya no lo hubiese hecho. De este modo, puso en descubierto la pura naturaleza de hecho político de ambas: la pena y la guerra son *hechos del poder*.

Es obvio que reconocer a la pena el carácter de un *hecho político* (un *factum del poder*), no significa –como algunos pretenden– que en la realidad social la pena y todo el poder punitivo no sirvan para nada, sino precisamente todo lo contrario. Como todo *factum político*, se trata de un hecho extremadamente *polifuncional* increíblemente multiuso, quizá como ningún otro fenómeno de poder y tal vez más que la propia guerra, pues son tantas las posibles funcionalidades que no conocemos a todas y algunas ni siquiera las sospechamos. sirviendo para objetivos o siendo funcional en múltiples sentidos, muchos de los cuales ni siquiera conocemos ni sospechamos.

Pese a que esta multiplicidad funcional es evidente, los penalistas insisten obcecadamente en reducirla a *funciones* que la legitiman en el puro campo del *deber ser*, pero que sólo excepcionalmente coinciden con la realidad y, cuando este ocasional accidente tiene lugar, esta coincidencia excepcional tampoco anula las otras funciones que cumple conforme a su compleja naturaleza de *hecho político*.

Es tan curiosa esta primera tarea que se impone la tradición doctrinaria, que a veces imaginamos que el autor de la bisecular clasificación repetida hasta hoy en todos los manuales y tratados acerca de las llamadas *teorías de la pena* –Anton Bauer– llega desde Göttingen

a una reunión de los penalistas de los últimos dos siglos, con una bandeja de bocadillos y cada uno elige el que más gusta: prevención general o especial, positivas o negativas, retribución, expiación, etc. Cada penalista se sirve un *deber ser* de la pena para alimentar todo el tratado de derecho penal que escribe y destina a que los jueces autoricen penas. Los jueces lo hacen, muchas veces siguiendo los textos de los penalistas, pero con penas que *son* y se cumplen como *son*, pero que jamás son como *debían ser* según el bocadillo elegido por el penalista escritor.

43. La implosión del idealismo. La *disparidad entre el deber ser y el ser de la pena* es lo que hace temblar al derecho penal de base *idealista* ante el riesgo de que las *sachologischen Strukturen* de Welzel –o cualquier otra impronta realista– lleguen a la teoría de la pena, porque esta mínima, elemental y conservadora referencia realista, dinamita desde sus cimientos toda la construcción idealista del derecho penal, dado que las penas nunca *son* –ni tampoco *pueden ser*– como conforme a cualquiera de los bocadillos de la bandeja del viejo Bauer se imagina que *deben ser*.

Para verificar esta disparidad basta echar un vistazo a los habitantes de nuestras cárceles, donde, aparte de una minoría compuesta por algunos psicópatas y neuróticos graves, hay una enorme mayoría de personas de los estratos sociales inferiores, casi todos ladrones o repartidores de tóxicos en las clases medias (pequeños *dealers*), algún excepcional y aislado otrora poderoso que perdió cobertura en conflicto con otro poderoso, es decir, una enorme mayoría de estereotipados jóvenes, todos mezclados, en su mayor parte presos preventivos, en condiciones que imponen visitas ín-

timas vergonzantes, requisas humillantes a los visitantes (en particular a mujeres), carencias sanitarias y alimentarias, hacinamiento, suciedad, falta de espacio, de luz, de cubaje de aire, eliminación de toda privacidad, cobro de privilegios, castigos físicos, humillaciones, requisas de ano, destrucción de pertenencias, aislamientos prolongados en celdas reducidas, violencia intracarcelaria con peligro de muerte y, en muchos casos, cárceles convertidas en *ghettos*, otras más semejantes a campos de concentración, todo lo cual no corresponde ni lejanamente a ninguno de los bocadillos de Bauer, por más que revolvamos y raspemos el fondo de su bandeja.

44. La deformación temporal. Pero no sólo no corresponde al *deber ser imaginario* la realidad de la población penal, sino incluso su propio *status jurídico*. Dado que la mayoría de los presos no son condenados, se ha recurrido a un extraño expediente para convertir a los presos sin condena en condenados sin juicio. Es así como el proceso penal se ha convertido en una *negociación de tiempo*.

Para el viejo contractualismo la pena de prisión era un *precio*, razón por la que en los siglos XVIII y XIX se simplificaron todas las penas a una medida de tiempo (*time in money*), pero hoy no se espera la condena, sino que la prisión preventiva es un *pago a cuenta* : se cobra un adelanto, pero si luego se verifica que no correspondía pago alguno, no se devuelve el adelanto.

Esto se trata de legitimar con una absurda equiparación a la medida cautelar del proceso civil que, como se sabe, exige una contra-cautela como eventual reparación, siempre dineraria, en tanto que la institucionalización significa una pérdida parcial de existen-

cia que por su naturaleza jamás se puede reparar en la misma especie.

Pero es verdad que si el sujeto es culpable, también ahorra tiempo negociando, y como los jueces y los fiscales también quieren ahorrar tiempo, el proceso acusatorio –controversial- casi nunca termina en un plenario donde se discute y esclarece la culpabilidad o inocencia del procesado, sino que, para que no pierda tiempo el procesado ni sobre todo el sobrecargado aparato judicial, se le ofrece un descuento en un retaceo acerca del precio que debería pagar. Por un lado el procesado quiere estar encerrado un tiempo menor; por otro, el aparato le ofrece la rebaja, porque le es necesario para no colapsarse. El proceso penal se va reduciendo a una negociación en medida de tiempo, donde no interesa la racionalidad de la pena imaginada, sino su funcionalidad para que el aparato judicial no se colapse.

45. La selectividad. Las cárceles que en su mayoría alojan a pobres que cometen delitos groseros y que ni siquiera están condenados, desmienten la igualdad que presupone el famoso contrato del *derecho penal idealista*. No hay en ellas autores de crímenes económico-políticos (como los llama Wolfgang Naucke) que causan la ruina de naciones y sumen a poblaciones enteras en la pobreza y la miseria, ni altos responsables de violencia institucional que cuesta miles de vidas, ni tampoco de ese mundo financiero que mezcla lo lícito con el delito y recicla dinero. Cuando alguno de ellos aparece en una prisión, obsérvese que es porque perdió en competencia despiadada con otro, porque dejó de servir a los intereses que lo usaron o porque defraudó la confianza mafiosa en él depositada.

Es indiscutible que la selectividad negativa también es producto de una contención del poder punitivo, pero conforme a un derecho penal *inhumano*, que lo reparte en relación inversa al poder real de las personas: *a mayor poder social menor punición y viceversa*. La selectividad permite verificar que por más que en el plano del deber ser el derecho penal sea cuidadosamente *de acto*, el poder punitivo que habilita en el plano del ser se comportará siempre como si fuese habilitado por un derecho penal *de autor*, o sea, que por mucho que la criminalización primara se proyecte *de acto*, la criminalización secundaria se comporta como *de autor*.

Todo el derecho penal, es decir, el poder jurídico de contención, también debe ser selectivo en su contención al poder punitivo, porque es un poder limitado, acotado, no es omnipotente y, por ende, debe repartirse racionalmente, pero la *humanidad o inhumanidad* del poder de contención del derecho penal no tiene que ver con su necesaria selectividad, sino que dependerá siempre de la dirección en que seleccione.

La composición de la población carcelaria es el resultado increíblemente *selectivo* del poder punitivo filtrado por el *derecho penal idealista*, con sus bocadillos de Bauer. Su discurso cae al más ligero roce de la estructura lógico-real referida a la pena y sus cultores se aterran ante esta perspectiva.

Cuando se pone de manifiesto que el *filtro penal* no funciona en el sentido de los Derechos Humanos, los idólatras del poder punitivo, ante su impotencia argumentativa, suelen tergiversar descaradamente las pretensiones *humanas* del derecho penal, afirmando ridicleces como que esto implica llenar las cárceles de ricos o liberar a todos los psicópatas. No conforme con

estos disparates, formulan imputaciones ideológicas descabelladas, pasando por alto que el *derecho penal humano* no tiene ninguna necesidad de emplear un instrumento teórico anarquista, abolicionista, marxista o *foucaultiano*, sino que le basta con apelar a las *estructuras lógico-reales*, o sea, a algo enunciado por un demócrata cristiano alemán conservador, sólo que dotado de buen sentido común.

XIV. La persona y los datos sociales en el centro del derecho penal humano

46. **Persona es un concepto jurídico de contenido óntico.** Para elevar a la condición de premisa básica del *derecho penal humano* de este siglo la síntesis de los Derechos Humanos (*todo ser humano es persona*), es menester partir de una base realista y de un dato óntico.

En este caso, el dato óntico, biológico, es el *ser humano*. Se podrá discutir la precisión de su comienzo y de su fin, pero en medio hay sin duda un *animal humano* que, como tal, es *político*. Por ende, el concepto de *persona* tiene base óntica y no puede burlarse la premisa básica de los Derechos Humanos sosteniendo que es una pura *construcción jurídica*, para permitir atribuir o negar esa condición a gusto del poder.

El *derecho no crea a la persona*, aunque es verdad que construye el concepto de persona, pero como toda construcción jurídica que respete la realidad, lo hace sobre la base de un dato óntico que no puede ignorar: el *ser humano*. Discutir sus límites, es decir, la exactitud del comienzo y del fin, no significa crear al *ser humano*, del mismo modo que precisar una frontera no importa crear un país ni ponerle límite al color significa pintar.

La precisión jurídica del concepto –en otro sentido-, tampoco importa ligarlo a una concepción cultural determinada, pues si bien la *Declaración Universal* de 1948 y el derecho internacional posterior parecen –y se les ha objetado- consagrar un concepto de *persona* que responde a la tradición cultural llamada *occidental*, no necesariamente por eso pretende una exclusividad ni superioridad cultural. Si se observan con detenimiento los aspectos de la personalidad que son objeto –o deberían serlo- de protección internacional, en especial la vida, es obvio que sin violarlos pueden ser respetados en múltiples variables culturales y, además, los posibles conflictos generados por algunas de éstas son pocos y secundarios. La base óptica del concepto permite un amplio grado de adaptación, conforme al pluralismo cultural del riquísimo universo humano.

Cabe observar –de paso- que tampoco la llamada *occidental* tiene demasiados méritos para permitirse presumir superioridad respecto de otras. Si bien en algunos aspectos ha avanzado más en el respeto a la dignidad humana, en otros –como en la preservación de la naturaleza-, hay culturas que la superan. Por eso, no puede darse el lujo de subestimar a otras culturas, sino cuanto más el de estimularlas en las facetas en que se adelantó. Incluso respecto de éstas, nuestra cultura *occidental* ha incorporado esos avances en tiempos bastante recientes, sin contar con que también los ignora con harta frecuencia. Cuando muchos de nosotros nacimos, nuestra madre no podía votar; cuando nuestra madre nació, nuestra abuela no podía disponer de sus bienes sin el consentimiento de nuestro abuelo; en nuestra región hay aún hoy países que penan las relaciones homosexuales entre adultos; etc.

Es interesante señalar que las religiones, desde el punto de vista sociológico, representan una síntesis cultural, y el actual y creciente diálogo interreligioso es, en verdad, un diálogo intercultural, del que participan teólogos y pensadores que, en lugar de profundizar diferencias, procuran precisamente buscar las coincidencias en torno a lo que podría llamarse una antropología común. Se trata de un paso importante en el actual momento planetario, en que todos perciben que este marco de poder *no da para más*, como bien dice la *Laudato si*.

En síntesis: las variables culturales enriquecen el concepto de *persona* en lugar de negarlo, lo hacen incluso más apto para la confrontación en el plano jurídico. *La contradicción y confrontación jurídica es precisamente lo que hace del derecho un campo de lucha que ahora posibilita un derecho penal de contención, preventivo del genocidio y tutelar masivo de todos los bienes jurídicos. El camino del derecho está expedito en el terreno del deber ser, queda al penalismo la faena de recorrerlo en el plano del ser.*

47. El sustrato óntico único e irrepetible. Debido a que cada *ser humano* es diferente –incluso en lo biológico–, todo individuo es un ente irrepetible.

Esta circunstancia –precisamente– hace que el derecho deba considerarlo como tal y, por ende, prohíbe que sea instrumentado como un medio al servicio de cualquier otro ente individual o colectivo. Aunque la expresión puede ser equívoca, desde el viejo derecho liberal suele expresarse esta prohibición en forma positiva como la prescripción de que cada *ser humano* sea tratado *como un fin en sí mismo*.

La diferencia entre los humanos da lugar a que cada uno tenga una conciencia moral que le permita discernir lo bueno y lo malo, sin perjuicio de que la conciencia moral de otro le indique valores diferentes. Esta *autonomía moral* del humano exige que el derecho se abstenga de imponer pautas morales individuales, como garantía de libertad de conciencia, de autonomía moral.

El reduccionismo biologista postula un dogma determinista que es tan indemostrable como su contrario y sólo configura una hipótesis necesaria para la investigación científica. El indeterminismo, si bien también indemostrable, es la premisa sobre cuya base nos relacionamos todos e interactuamos a diario en la sociedad. Por ende, su presuposición en el derecho penal no es más que el inevitable reflejo jurídico de la pauta general de interacción social.

Esto, por supuesto, no impide reconocer que cada persona y en cada circunstancia, dispone de un limitado catálogo de posibles conductas, más amplio o más estrecho, según características propias de personalidad en relación con la concreta situación constelacional en que se halla. Ningún humano dispone de un catálogo infinito de posibles conductas en cualquier circunstancia, lo que también reconoce el derecho penal, no sólo por corresponder a la realidad, sino además porque semejante arbitrio absoluto impediría todo reproche, dado que el sujeto podría *rehacerse a sí mismo* a cada momento y, por ende, cancelar su identidad, o sea, que a la hora de recibir el reproche se trataría de un sujeto nuevo y diferente al del momento de comisión del hecho que se le reprocha.

48. La cautela penal. Sobre estas consignas básicas es posible y debe ensayarse la construcción de una dog-

mática jurídico-penal *humana*, pero no concebida como una mera construcción normativa estática, sino como un *derecho penal dinámico, partisano y de lucha*, porque la confrontación está dentro del derecho mismo: *nada queda fuera del derecho*, la lucha es *política pero intrajurídica*. Más aún: la pretensión de dejar algo fuera del derecho dio por resultado la trágica *teoría del partisano* de Carl Schmitt, máxima racionalización del colonialismo francés de *seguridad nacional*.

Pero aquí se debe advertir que tampoco un derecho penal de contención es algo por completo novedoso. Vimos que von Liszt concebía al derecho penal como el límite a la *lucha* estatal contra el delito, pero también observamos que casi tres siglos antes, Friedrich Spee reclamaba *cautela*, prudencia, contención frente a los fenómenos de selectividad, crueldad, genocidio de mujeres, corrupción, oportunismo político, fabricación de enemigos, doctrinas falsas, funcionarios venales y engaño al público. Esta era, sin duda, hace cuatro siglos, una criminología crítica que, desde un punto de vista cristiano planteaba la abierta confrontación del *derecho penal humano* con el *inhumano*.

49. **El ser hacia el deber ser.** El mandato supremo –*todo ser humano es persona*– es un *deber ser* que está lejos de *ser*, pues en la realidad social y en el actual marco de poder mundial y regional, no todo ser humano es tratado como persona, como lo prueba la distribución del poder y de la riqueza en el mundo y los altos coeficientes de Gini en la región.

Es tarea del derecho en general –y del derecho penal en la importante parte de contención que le incumbe– *impulsar el ser hacia el deber ser*, lo que nunca se le presentará como un camino llano ni fácil, sino como una

confrontación permanente entre el *derecho penal humano* y el *inhumano*. Por eso el derecho penal no es, nunca ha sido ni podrá ser jamás, políticamente neutro, sino clara y decididamente *partisano*.

En verdad, todo derecho que pretenda eficacia no puede ser políticamente neutro, porque el *ser* nunca coincide del todo con el *deber ser*. Es obvio que si algo *debe ser*, es porque se sabe que *no es* o puede *no ser como debe ser*. No hay ley que mande que *lo que es sea*, que ordene que las piedras caigan hacia abajo o que el corazón esté a la izquierda. Pero el *ser* provee el dato óntico que limita al *deber ser*: el *ser* debe *poder llegar a ser* como lo manda el *deber ser*, porque un *deber ser* imposible no es derecho, sino un disparate; tampoco hay leyes –aunque algunas lo parezcan– que manden caminar hasta la luna.

50. El juego de pulsiones. El *estado de derecho* –o el *estado fundamental de derecho*– debe ser el garante de la igualdad jurídica inherente al respeto a la dignidad de la persona. Pero en la realidad no existen ni existieron *estados de derecho* tan perfectos como los modelos ideales, sino que cada estado de derecho histórico, dado en la realidad, es o fue un envase que encierra *pigmeos mentales autoritarios*, que constantemente tratan de romper la cápsula jurídica que los contiene, dando lugar a un *permanente juego de pulsiones y contrapulsiones*.

Al estado que pretende una sociedad incluyente, se opone el *pigmeo interno* jugado por un modelo de sociedad excluyente; frente al poder político que procura mayor igualdad, pulsiona el *elitista* que pretende una oligarquía; al modelo que desmonta la invención de *enemigos y satanizados*, se le contrapone el *discriminador* que los inventa; al que quiere repartir más máscaras de *persona*, lo resiste el privilegiado que las quiere re-

tener sólo para su grupo de *pigmeos*; al que busca prevenir un genocidio, lo quiere neutralizar el *psicópata asesino* que busca practicarlo. Y, finalmente, al modelo de *derecho penal humano* que quiere contener al poder punitivo, se le opone el del *derecho penal inhumano*, que busca expandirlo al infinito.

Nadie puede ser realmente *aséptico* y *políticamente neutral* en estas confrontaciones, porque entre las pulsiones que chocan no queda espacio para la neutralidad. Quien dice serlo y realmente lo cree, es porque está atrapado en una racionalización que, en definitiva, es un grave mecanismo de huida seriamente neurótico (incluso con algunas alteraciones de la sensorio-percepción), que le dificulta el acceso a la realidad.

50. Los datos de la ciencia social. El derecho penal nunca podría impulsar el *ser* hacia el *deber ser* sin disponer de datos empíricos, porque como vimos, siempre es –por esencia– un programa técnico pero ineludiblemente también *político*, y resulta inconcebible que como tal prescinda de la realidad social, tanto para conocer el cuadro de situación en que debe operar como también los medios más eficaces para alcanzar su objetivo. Es inconcebible un programa político que prescinda de los datos de la realidad social, pues de hacerlo perdería su carácter para caer directamente en el delirio o en la utopía.

El *derecho penal humano* requiere invariablemente los datos sociales que le informen el *estándar de realización* del *deber ser*, para saber desde qué grado de realización social debe partir para impulsar esa misma realización, pero también los necesita para poder seleccionar los medios óptimos para su impulsión, conforme a las condiciones de esa circunstancia.

52. La falsa disyuntiva. Varias veces en su historia, los penalistas temieron que su saber fuese absorbido por un reduccionismo sociológica, prefiriendo enclaustrarse en un reiterado normativismo esquizofrénico, centrado en la coherencia interna del sistema, para lo cual elevaron la lógica a ontología y dejaron de lado la realidad.

Sólo una disciplina extremadamente insegura de sí misma puede temer a la absorción sociológica por el mero hecho de incorporar información de la realidad. Por cierto que es al derecho penal idealista al que le asisten razones para sentirse inseguro, entre otras cosas, porque se basa en la legitimación de un poder punitivo que ilusiona, empezando por alucinar la omnipotencia de su propio poder jurídico, que confunde con el poder punitivo.

Es falsa la férrea disyuntiva que se pretende plantear entre *normativismo* y *sociologismo* (llamado ahora *ontologismo* en teoría del delito), puesto que es perfectamente posible y deseable una construcción que contenga datos tanto normativos como sociales, a condición de respetar tres coherencias básicas: (a) la coherencia *jurídica* (no contradicción en el sistema), (b) la *fáctica* (en cuanto a los datos sociales que debe incorporar) y (c) la *política* (que es la que cierra –por así decir– ambas en cada caso con el común objetivo impulsor del *ser* hacia el *deber*).

XV. Las trampas del derecho penal inhumano

53. La negación inhumana de la humanidad. Para confrontar con un *derecho penal inhumano* es neces-

rio -ante todo- desnudar su *inhumanidad*, es decir, explicarnos cómo se las arregló para ocultarla con éxito durante siglos.

Sin perjuicio de poner en claro este mecanismo, también será necesario profundizar el análisis de sus racionalizaciones, porque el estudio detallado del *derecho penal inhumano* es necesario para que su contrario no vuelva a caer en las trampas perversas de sus conocidas racionalizaciones.

Así, es muy importante el análisis de los discursos del peligrosismo de los textos inquisitoriales, del racismo neocolonialista del positivismo y del derecho penal nazi, no porque no haya habido otras masacres y genocidios en la historia, sino porque han sido los más finamente elaborados y teorizados con las más insólitas perversiones racionalizantes, que le dieron increíble eficacia letal.

Nosotros elaboramos discursos y, en tal sentido, poco o nada nos dicen atrocidades enormes, pero privadas de toda racionalización o con muy baja elaboración: no podríamos extraer ninguna lección del genocidio camboyano, por ejemplo, puesto que el Kmer Rojo se limitó a ahorcar a los trescientos jueces que había, por brutal que esto haya sido.

Cuando nos adentramos en las racionalizaciones más elaboradas de todas las versiones del derecho penal inhumano, sorprende comprobar que apelan a un recurso tan simple como perverso, que es la *fabricación de enemigos*. Quizá, ese simplismo justifique la afirmación freudiana de una civilización neurótica, que *se vació de contenido antropológico* o, por decirlo de otra manera,

creó subjetividades falsas, porque negando al *humano* en el *otro*, también lo niega en sí mismo.

54. La fabricación del enemigo. En efecto: el *derecho penal inhumano* opera siempre mediante la constante fabricación de *otros enemigos*. El escándalo causado hace pocos años por el breve y mentado artículo del profesor de Bonn -Günther Jakobs-, en realidad no tenía mayor sentido, porque el derecho penal siempre ha sido *derecho penal del enemigo*. El pecado de Jakobs quizá sea sólo la ingenuidad que lo llevó a decirlo expresamente y a llamarlo por su nombre, corriendo el velo que escondía algo celosamente oculto en los últimos siglos o quizá, incluso en el último milenio.

Pero no se debe confundir destapar una olla cerrada bajo presión –y que contiene un oscuro menjunje de prejuicios y odios en proceso de cocción milenaria-, con la elaboración del contenido. Es del todo injusto injuriar a Jakobs como el autor del *derecho penal del enemigo*. Más aún: si bien por un camino claramente inconducente (su admisión parcial y limitada), lo cierto es que quiso limitarlo y para eso lo llamó por su verdadero nombre, con lo que en realidad no hizo más que detonar un botón que estaba prohibido.

El proceso milenario de fabricación del enemigo no empieza ni mucho menos con el intento de ingenua buena de Jakobs y ni siquiera con la perversa racionalización de Carl Schmitt.

En efecto: a lo largo de siglos se creó al *otro enemigo*, sencillamente porque el *yo* débil necesita definirse por exclusión: *no soy ese otro* (judío, inmigrante, negro, obeso, discapacitado, enfermo mental, *gay*, desocupado, villero o lo que sea). *No sé quién soy, sólo sé que no*

soy el otro. En lo individual esto es gravemente neurótico; en lo colectivo, dejamos abierta la pregunta, porque nos supera.

Lo cierto es que este proceder niega al ser humano, pero no sólo en el *enemizado* (*satanizado* : *Satán* en hebreo significa *enemigo*) sino también en el *enemizante*. Las subjetividades falsas que se le inventan al otro, rebotan en una propia subjetividad falsa, con similar efecto en ambos extremos, aunque el *enemizante* no suele percatarse del rebote. De toda forma, el enmascaramiento recíproco elimina toda posibilidad de *empatía*, es decir, de colocarse en el lugar y la perspectiva del *otro* y comprenderlo.

El *otro enemizado* es un personaje que –con mayor o menor notoriedad- atraviesa toda la historia del derecho penal, como reflejo de un marcado vaciamiento antropológico mucho más amplio, que para nada se limita al derecho penal y que deberá rever la humanidad, si quiere evitar catástrofes más graves que las del siglo pasado.

No es menester remontarse hasta las inquisiciones para verificar la invención y existencia del *otro enemigo*. Basta retroceder un siglo, hasta el derecho penal del racismo del positivismo *peligrosista*, que inventó los más increíbles estereotipos neocoloniales de múltiples *otros peligrosos*, en base a las ridículas patrañas *spencerianas* en que coincidían las oligarquías y la alianza de médicos y policías. No es casual que hayan señalado analogías entre los colonizados periféricos y sus *delincuentes natos* y similares metropolitanos, puesto que ambos eran considerados *inferiores biológicos peligrosos*.

55. **La máscara de la no persona.** El *otro enemigo* siempre es una *no persona*. El vocablo *persona* evoca la máscara del teatro griego; insistimos en que el derecho sólo construye la máscara, pero no el rostro que la porta. La norma máxima positiva ordena que se provea de una máscara de persona a cada ser humano, que ningún rostro quede sin máscara, que ningún humano deje de ser tratado como persona. Por ende, insistimos en que sólo es admisible la afirmación de que *persona es un concepto jurídico*, a condición de que ese concepto respete estrictamente la base *óptica del ser humano*. El derecho positivo no admite un *ser humano no persona*.

Pero la historia muestra que el *enemizante* nunca dejó al ser humano *sin máscara*, pues al privar a unos de la máscara de *persona*, automáticamente les puso otra de *enemigo*, porque le resulta indispensable ocultar al ser humano real que niega, para ver sólo a un enmascarado más del grupo de *enemigos* portadores de máscaras iguales, necesario para construir por diferencia su propio *yo* falso, en un carnaval de subjetividades falsas.

Sólo este *enmascaramiento* explica que el vecino pacífico de ayer se convierta de pronto en el *enemigo* a suprimir en un genocidio: al quitarle la máscara de persona, no puede dejarlo desenmascarado, porque debe ocultar el rostro del *ser humano vecino* bajo la máscara de *enemigo* para dejar de verle la cara de ser humano, lo que hace en función de la necesidad de definir su *yo* por diferencia. Cuanto más débil sea el *yo* del *enemizante*, cuantas más dudas e inseguridades lo angustien acerca de su propia subjetividad y más endeble sea ésta, más necesidad tendrá de ocultar el rostro ajeno bajo la máscara del *enemigo*.

Por eso, la máscara de *enemigo* que oculta al ser humano y le inventa una subjetividad irreal, está siempre construida con argamasa de debilidad subjetiva y odio, y es común a todas las discriminaciones y semilla de todos los genocidios. Esto es una constante en la historia del derecho penal, muy anterior a la racionalización perversa de Carl Schmitt, que no hizo más que pretender dar un valor positivo a la *enemización*, elevando perversamente el procedimiento *inhumano* a la condición de esencia de la política.

56. ¿Qué facilita hoy la enemización? Será imposible comprender cómo la *enemización* se facilita en el actual contexto de poder mundial y regional si, por un lado, se sigue creyendo la leyenda de que el derecho penal regula el ejercicio del poder punitivo y, por otro, se olvida que el poder corporativo transnacional domina la política mediante el debilitamiento e incluso la desaparición de los estados.

Como se dijo antes, el poder transnacional debilita a nuestros estados regionales mediante el fomento de la violencia, haciéndole perder el control territorial o amenazando con eso (creándola mediáticamente en los casos en que no es real). El objetivo es que los territorios sean campos más o menos librados a bandas criminales.

Las atrocidades de las bandas y el consiguiente miedo de las clases medias permiten que sus medios monopolísticos reclamen un reforzamiento del *poder punitivo* y un *derecho penal inhumano* que lo legitime. Se estafa vendiendo la letal ilusión de que el estado se reconstruye mediante el ejercicio de un *poder punitivo descontrolado*.

El resultado no puede ser más nefasto: (a) El poder punitivo descontrolado, como es obvio, no es el medio idóneo para la reconstrucción de un estado. La función manifiesta del *poder punitivo* no sólo es falsa en este como en otros casos, sino de imposible realización. (b) El descontrol del *poder punitivo* y la consiguiente reducción o desaparición del *poder jurídico*, provocan la corrupción total de las agencias policiales. (c) El *poder punitivo* descontrolado libera las pulsiones genocidas y se vuelve eventual cómplice de las bandas que debilitan el control territorial estatal. (d) El *poder punitivo* y el crimen se superponen, con total desprestigio del estado, que lesiona gravemente la cultura política. (e) Las agencias policiales se desacreditan porque corrupción y eficacia son términos antagónicos; la ineficacia policial debilita aún más el control territorial. (f) Se reclama la intervención de las fuerzas armadas en función policial, las que también se corrompen, con lo que se debilita la defensa nacional. (g) Las clases medias más despavoridas, porque el descontrol punitivo las alcanza (son victimizadas crecientemente) reclaman más *poder punitivo* y reafirman sus posiciones racistas. (h) Los políticos son tentados por el poder financiero cuando no son sus agentes y, por ende, se corrompen. El rechazo público hacia éstos da lugar a una *antipolítica* que debilita aún más a los estados.

Esta espiral de violenta neutralización de los estados explica la actual facilidad con que la *enemización* se extiende por nuestra región. Es gravísimo que el derecho penal latinoamericano se desconcierte frente a ella y teorice la legitimación de la escalada de *poder punitivo* destructor de nuestros estados.

El *derecho penal inhumano* que así proceda, programando y legitimando la anulación del poder jurídico de contención u orientándolo hacia la impunidad de los genocidas y de los corruptos sistémicos, además de convertirse él mismo en un proyecto criminal genocida, cobrará en nuestra región el carácter de una verdadera participación en el debilitamiento de la soberanía de nuestros estados y en una traición a su independencia.

57. La fabricación del sujeto cognoscente. No es posible dejar de advertir que el *derecho penal inhumano* no es sólo obra de malvados y traidores (que los hay, pero son escasos), sino que, en este caso -como en muchos otros a lo largo de una historia- es resultado de un condicionamiento de la subjetividad del penalista. El poder no sólo trata de crear el saber, sino también -como diría Foucault- de fabricar al propio sujeto cognoscente, aunque por suerte, no en todos los casos alcanza este objetivo, pues de lo contrario sería imposible toda crítica y, tal vez, toda la dinámica inherente a la sociedad humana. No obstante, cabe reconocer que suele tener singular éxito en la empresa.

Con demasiada frecuencia llama la atención que personas de buena voluntad, guiadas por las mejores intenciones, dotadas de inmejorables calidades éticas y políticamente democráticas, caigan en la reiteración de afirmaciones abiertamente propias del derecho penal inhumano. Más aún: es dable observar que muchos ni siquiera sospechan la total contradicción entre sus afirmaciones en campo penal y sus más sinceras e indudables convicciones políticas y sociales en general. En buena medida, esto es producto de una extrema- da especialización académica, que provoca una parcia-

lización de conocimientos que impide conectarlos en forma armónica.

Los medios académicos son usinas de reproducción ideológica y, como tales, forman parte del sistema penal. Tal cual lo ponía de resalto Spee en su crítica de 1631, quienes escribían libros reiterando las ridiculeces atribuidas a las supuestas brujas, tomando como ciertas las patrañas que se reproducían en los interrogatorios intencionados bajo presión de verdugos abusadores y confesores borrachines, eran también responsables de los crímenes horrendos que denunciaba este heroico pionero de la crítica criminológica, aunque nunca se hubiesen acercado a una sala de tortura ni hubiesen escuchado los gritos de dolor de ninguna víctima.

Cabe en este momento en que urge reforzar un derecho penal humano acorde a la época y a la realidad del poder mundial y regional, un serio llamado a la responsabilidad de los teóricos del derecho penal y, en particular, de los centros académicos, aunque esto implique desprenderse de la cómoda repetición de la doctrina tradicional para pasar a sufrir la estigmatización propia de la condición de todo crítico.

XVI. Derecho penal humano y derecho penal liberal

58. *¿También en el derecho penal liberal?* En la historia de nuestra disciplina desconcierta la presencia del derecho penal liberal, que parece constituir una excepción al derecho penal inhumano y, en cierto sentido lo es. Estamos demasiado acostumbrados a la polarización *derecho penal liberal o autoritario*, quizá incluso

inconscientemente como respuesta a un opúsculo de los de Kiel de 1932. Este hábito no obliga a justificar con algún detalle la propuesta de su reemplazo por la de *derecho penal humano o inhumano*. Por ello, es menester detenerse en las características del derecho penal liberal, para diferenciarlo del proyecto de derecho penal humano y, al mismo tiempo, precisar su posición respecto de éste.

Si bien es necesario evitar la confusión entre el viejo *derecho penal liberal* y el *derecho penal humano* que requiere el marco de poder del siglo XXI, al mismo tiempo no debe presentarse al último como una negación del primero, sino como su continuidad conforme a los requerimientos de la hora que, por cierto, son por completo diferentes a los del siglo XVIII.

La cuestión está íntimamente vinculada al cuestionamiento de la *modernidad* y a la consiguiente discusión acerca de la posibilidad de superación dentro de sus parámetros, atento a que existe una corriente que la niega y cree que será menester buscarla fuera de ellos, cuestión general en la que no entramos porque nos supera por completo.

No pasa ni lejanamente por nuestra mente negar los importantísimos aportes del *derecho penal liberal* a la tarea de contención y control del poder punitivo, al menos en el plano teórico, discursivo y filosófico. Está fuera de toda duda su importancia fundamental para el pensamiento penal y, nos guste o no, lo cierto es que aún hoy pensamos impulsados por los aportes de los iluministas y liberales de hace dos siglos. Más aún: su lectura siempre es refrescante y es sintomático el silencio a que suele relegarlos cada día más el *derecho penal inhumano* y el tecnicismo jurídico-penal pretendida-

mente aséptico. Los *clásicos* casi no se leen en nuestras universidades y, con demasiada frecuencia, se replantean las cuestiones que ellos han tratado, presentándolas como novedades.

Pero el reconocimiento de su inestimable valor en el plano *intra-jurídico-penal* y en el filosófico, no debe hacer olvidar que el derecho penal liberal europeo de los siglos XVIII y XIX, como todo el pensamiento del que formaba parte, también nació y se desarrolló en un contexto de poder que inventó millones de *otros enemigos*, con un altísimo y pavoroso costo humano, aunque por ser geográficamente lejanos, los penalistas europeos de ese tiempo no los hayan visto a diario andando por las calles de sus ciudades.

59. Los enemigos peligrosos en el liberalismo penal. Europa terminó sus *guerras de religión* porque no podía seguir peleando *in aeternum* (lo que tampoco convenía al comercio), y optó por una suerte de *armisticio* antropológico sobre base demostrable, que en síntesis fue el *racionalismo* de la época.

Pero siguiendo a Descartes, glorificó esa *razón* y la limitó como atributo exclusivo del *ser humano*, al que separó radicalmente de la *naturaleza*, relegando a ella todo lo *irracional*. Recordemos que Descartes consideraba al perro de la reina de Suecia como un aparato mecánico, lo que no lograba convencer a Cristina, que al parecer conservaba sentido común y se daba cuenta de que tenía en sus brazos un perro y no una máquina. Este relegación de la naturaleza al campo de lo irracional permitió que se la redujese a un simple *objeto de apoderamiento* mediante un *saber explotador, progresivo y acumulativo*, conforme a la vieja fórmula de Bacon:

saber para poder (para poder vencer y explotar a la naturaleza irracional).

Pero ese *racionalismo* tan particular no se limitó a relegar al campo de lo irracional sólo a la naturaleza, al planeta mismo y a los demás animales, sino que *declaró también parte de ella a los habitantes del mundo colonizable*. De este modo, la *razón* se limitó al *ser humano europeo* (o tal vez sólo al burgués europeo).

Para obtener minerales, Europa, valida de su superioridad en armas y anticuerpos, ya había extinguido a una buena parte de los indios y sometido a servidumbre a los sobrevivientes y a sus descendientes. Hacía tiempo que también traficaba algunos millones de esclavos africanos para cultivos intensivos. El colonialismo y la esclavitud proveyeron medios de pago y materias primas, cuya abundancia abrió el espacio en que brotó una clase industrial y mercantil. Las clases nobles de los países colonizadores emprendieron la tarea de subdesarrollar a más de medio planeta y, sin quererlo, crearon con ello una burguesía que acabaría arrebatándoles el poder en el propio centro colonizador.

El colonialismo y el esclavismo fueron parte indispensable del desarrollo económico industrial europeo de esos siglos, o sea, que constituyeron la contracara indispensable del surgimiento de la burguesía europea, que para lograr la hegemonía reclamaba la contención del poder punitivo, a la sazón ejercido por la nobleza.

La burguesía europea luchó para obtener la hegemonía en Europa, exigiendo para sí la condición de personas, pero no para los colonizados ni para las clases subalternas del propio mundo colonizador, de cuya explotación dependía el logro y posterior mantenimien-

to de su hegemonía. Los *salvajes* colonizados y las clases subalternas metropolitanas fueron excluidos de la *humanidad*, formando un *otro* de *negros e indios* potencialmente peligrosos o temibles, muy parecidos a sus propios excluidos centrales, que se concentraban como amenaza en las mismas ciudades en que se acumulaba incipientemente la riqueza.

De allí que los europeos se sorprendiesen cuando los *negros* de Haití promulgaron una Constitución más *liberal* que la de ellos; nadie parece habérselo perdonado a Haití hasta el presente.

60. La máscara que nos puso el liberalismo. El Iluminismo y el liberalismo europeos *enemizaron como peligrosos potenciales* (repartieron máscaras de *no persona*) a todos los grupos sometidos y discriminados del planeta. Marx arrancó las máscaras de *no personas* de los rostros de los *enemizados* metropolitanos (*proletarios*), pero no las de los colonizados. En nuestra región conservaron sus máscaras de *no persona* tanto los habitantes originarios sobrevivientes como los africanos traídos compulsivamente y todos los desplazados del planeta que vinieron posteriormente a dar a ella. Hasta hoy interactuamos entre nosotros y sincretizamos nuestras cosmovisiones en forma original y única en el planeta.

Para el enciclopedista Buffon, nuestras montañas estaban *mal puestas*, porque al correr de norte a sur detenían los vientos, haciendo que todo fuese húmedo y se debilitase en América, incluso los humanos importados. Hegel –para quien el Río de la Plata nacía en la cordillera de los Andes– decía que nuestra historia comienza con la llegada de los europeos que nos aportaban el *Geist*. Los africanos eran considerados más cerca del animal que del humano.

El liberalismo, como la luna, muestra la misma cara y oculta la opuesta, la del colonialismo y el esclavismo, sin los cuales no hubiese podido nacer la burguesía reductora del poder punitivo de la nobleza, pero que apenas logró la hegemonía, dejó de lado al liberalismo penal y adoptó con entusiasmo el racismo de Spencer para legitimar su neocolonialismo en la periferia y el poder punitivo en el propio centro colonizador. De inmediato se repartió África en el congreso de Berlín de 1885.

61. La crisis socio-ambiental. Aún hoy sufrimos las consecuencias del *antropocentrismo* europeo que relegó a los colonizados al mundo de la *irracionalidad* junto a toda la naturaleza. En este siglo XXI, al enfrentar la realidad de que hablamos al comienzo, que importa el riesgo de un genocidio de proporciones inconmensurables, no se ha logrado aún poner de cabeza a Descartes y ni siquiera a Hegel con su leyenda del *Geist* colonizador, biologizada luego por Spencer y sus secuaces. Cuesta mucho abandonar un *antropocentrismo* que separa al ser humano de la naturaleza, convertida también en un *otro peligroso, enemigo y explotable*, lo que obstaculiza la vinculación inextricable entre la indigencia de dos tercios de la humanidad y la destrucción del medio ambiente. Con razón se ha dicho que *no hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental* (Laudato si, n° 139).

El neoconstitucionalismo latinoamericano, en particular con las constituciones de Bolivia y Ecuador, representa una esperanza, pues retoma los valores precoloniales para inaugurar una nueva visión jurídica, que permite una incipiente conexión entre lo social y lo medioambiental en el derecho constitucional.

El *salvaje*, o sea, el *otro enemigo* del derecho penal liberal, dejó su huella en la teorización posterior del derecho penal, lo que es muy grave en nuestra posición regional, donde las elites retoman los prejuicios racistas derivados de esa marca.

XVII. Los límites del viejo liberalismo penal

62. Limitaciones del liberalismo penal: el idealismo. El derecho penal liberal lo desarrollaron pensadores de una burguesía que luchaba por el poder, cuando Europa no había acumulado aún mucho capital productivo y su estratificación social era enorme, sin capacidad de inclusión de las clases subordinadas al sistema productivo.

El objetivo clasista de ese derecho penal no le permitía reclamar una igualdad *real*, no sólo para los colonizados, sino ni siquiera para la gran mayoría de los habitantes de su propio territorio metropolitano, para lo cual debía evitar cualquier teoría del conocimiento realista que abriese paso al menor dato de la realidad social.

Marat fue el único notable que se animó a introducir en el contractualismo el dato de la concentración de riqueza: observó en su famoso *Plan* que si bien el contrato se hizo entre iguales, unos pocos se habían quedado con la parte de los otros, de modo que la desigualdad hacía que la pena retributiva como ideal de pena justa contractualista, fuese en realidad un asesinato. Como resultado recibió las peores injurias y hasta hoy los reaccionarios glorifican a Charlotte Corday.

Media en todo esto una diferencia fundamental entre el viejo penalismo liberal del siglo XVIII y el *derecho*

penal humano que requiere en siglo XXI: el primero no podía permitir que los datos de realidad le desbaratasen su legitimidad y por esa razón no tuvo más remedio que abrazarse al idealismo; el segundo –en sentido diametralmente opuesto–, debe incorporar los datos de la realidad social y, por ende, le es inevitable partir de una teoría del conocimiento realista.

63. **El deductivismo liberal.** Acorde con la privación de datos de realidad, la construcción liberal –en general– optó por imaginar un *sistema* del que *deducir* un estado racional, del que a su vez *deducía* lo que *la pena debía ser*. La más genial, modélica y finísima expresión de esto se halla en Kant, que llega a la retribución por deducción a partir del imperativo categórico.

Desde el viejo Bauer se dice que su teoría de la pena es *absoluta*, y muchos afirman que esto significa que la pena se justifica por sí misma. Creemos que Kant jamás hubiera dicho eso, pues nada en este mundo puede justificarse *por sí mismo*. En verdad, es la construcción total de su sistema lo que le permite deducir la legitimidad de la pena retributiva, cuidándose magistralmente –en verdad como ningún otro– de no contaminarla con el más insignificante dato inductivo.

Esta es una diferencia fundamental del derecho penal liberal respecto del *derecho penal humano* que necesitamos en nuestro siglo y que, a diferencia del *deductivismo* liberal, requiere imperiosamente nutrirse con datos sociales, por lo que le es indispensable una buena medida de componente decididamente *inductivo*.

64. **Legitimar poder punitivo para deslegitimarlo.** Las corrientes del derecho penal liberal han sido varias, puesto que se lo construyó partiendo de muy diferentes

presupuestos filosóficos, y sólo la soberbia positivista pretendió meterlos a todos en la bolsa de la pretendida *escuela clásica*. Pero si hay una característica común a todos ellos en cuanto a su proceder, es que en todas sus variantes, el derecho penal liberal siempre legitima una parte del poder punitivo para deslegitimar al resto. Cada autor, cualquiera sea el bocadillo de Bauer elegido para legitimar el poder punitivo que admite, parece decir *hasta aquí se puede, más allá no*.

El penalismo liberal luchaba por pasar del poder punitivo arbitrario de la nobleza a otro más previsible al servicio de la burguesía y, por ende, legitimaba sólo la parte que cada autor creía adecuada a la hegemonía de la clase en ascenso, cuidando de no llegar a la impunidad de las *clases peligrosas*, como se empezaba a llamar a los marginales de la concentración urbana, en parte también señalados como *Lumpen* por los revolucionarios metropolitanos.

Este objetivo es más evidente en el penalismo hegeliano, para el que sólo podían realizar conductas con relevancia jurídica quienes hubiesen alcanzado la *autoconciencia*, es decir, aquellos que se comportasen más o menos como los penalistas hegelianos. Es obvio que los colonizados y esclavizados no entraban en esta categoría y, posiblemente, tampoco la mayoría de los alemanes contemporáneos a ellos.

De esta limitación, debida a su condición clasista, deriva el *deductivismo* y el *idealismo* del derecho penal liberal, que lleva a los jueces a imponer penas *reales* en un *estado real*, pero legitimadas según deducciones de un *estado racional imaginario* y, además, como el *imaginario estado racional* es *inmóvil* (como todo lo ideal), lleva a un derecho penal estático en el sentido de una le-

gitimación supuestamente parcial del poder punitivo, pero que parece fijada de una vez para siempre.

65. Lo real y los modelos ideales. Como el *derecho penal humano* estará en permanente contrapulsión con el *derecho penal inhumano*, que procura la expansión ilimitada del poder punitivo, no puede concebirse en forma estática, sino en una constante dinámica confrontativa, aunque sin pretensiones de partir ni de llegar a una sociedad *ideal* y mucho menos alucinarla.

Imaginar un posible modelo de *estado de llegada* puede ser una tarea interesante para otros fines, pero innecesaria y, de no tomársela con el debido cuidado, incluso perturbadora para la elaboración del *derecho penal humano*, porque siempre tiende a proveer soluciones deductivistas y también a facilitar la caída en la apresurada ilusión de realización del modelo.

Esta es otra de las razones por las que el *derecho penal humano* debe separarse del *deductivismo* del derecho penal liberal y, consecuentemente, de su *idealismo*, para asentarse en una teoría del conocimiento realista que incluya los datos sociales concernientes a cada situación concreta.

Resulta claro que la base *inductiva y realista* del *derecho penal humano* le es impuesta por la naturaleza misma de la tarea de impulsar o promover la realidad social en la dirección mandada por un *deber ser* que aún no es (y nadie sabe si podrá llegar a *ser* plenamente), tarea de naturaleza por completo diferente de la *deducción* desde un imaginario modelo de realización completa, propia del derecho penal liberal.

Por lo tanto, el *derecho penal humano* jamás dispondrá de un modelo ideal y estático del que deducir límites

fijos o poco mutables para un poder punitivo supuestamente legítimo, al modo del derecho penal liberal. Su base no es *parmenídica*, sino más bien *heraclitiana*.

Como el marco de poder mundial y regional muestra tendencias genocidas y masacradoras que indican su *irracionalidad*, el *derecho penal humano* -que en él debe operar- está forzado a ser siempre *contrapulsionador* de fuerzas irracionales, debiendo valorar en cada caso el grado de irracionalidad del poder punitivo que le incumbe filtrar, con el objeto de evitar el paso de sus manifestaciones más irracionales, pero sin pretender demarcaciones estáticas e invariables, puesto que su actividad confrontativa es por esencia incompatible con señalizaciones de esa naturaleza. En este sentido, la empresa del *derecho penal humano* es un *unfinished*.

Este *unfinished* puede dar la impresión de que se trata de una respuesta débil, que no ofrece un límite cierto y seguro, pero no es así, porque los límites de esa naturaleza se dedujeron siempre de modelos imaginarios, no realizados socialmente. En consecuencia, las respuestas aparentemente fuertes, no fueron más que deducciones razonadas pero también imaginarias, que operaron en un mundo real por completo diferente.

Lo único cierto en el campo jurídico y en el mundo real es la *lucha*, y no los modelos imaginarios no realizados, por muy racionales que parezcan. Por ende, la única respuesta fuerte y certera es la que parte del reconocimiento de la obvia e inevitable *confrontación de pulsiones*.

66. La pretendida certeza retributiva. Una de las pretendidas *certezas* del derecho penal liberal es la *pena retributiva*, supuestamente indispensable según Kant, que puede ser considerado como su más puro teorizador.

Aquí puede verse claramente que es dable invocar el *talión* kantiano como límite de la pena, pero también como represión necesaria, aunque se trate de un supuesto de grave inequidad social. Esto permite abrazar al liberalismo penal tanto por la primera razón como por la segunda, lo que no deja de crear confusiones.

Pero si dejamos de lado los planteos contractualistas que general esas confusiones, lo cierto es que la idea de *retribución* no desaparece, aunque la convirtamos en *proporcionalidad*, como indicadora de un límite máximo, derivado de la pauta general con que interactuamos cotidianamente los humanos, conforme a la cual siempre reclamamos del otro una respuesta racional (dotada de cierta proporcionalidad), tanto en las relaciones de conflicto como en las de cooperación. En tal sentido, la exigencia de no superar un límite *proporcionado* a la magnitud del contenido ilícito del hecho y a la reprochabilidad (culpabilidad) correspondiente, no requiere la deducción de ningún estado ideal ni de ningún contrato previo, sino sólo la aplicación de la misma razonabilidad que rige el comportamiento humano en toda la vida de relación.

XVII. La necesidad de continuar más allá de los límites del liberalismo penal

67. Avanzar como continuación del derecho penal liberal. La comparación del *derecho penal humano* con el liberal y la crítica a este último, nos permite perfilarlo más, pero es necesario aclarar que esto en modo alguno implica caer en afirmaciones de *postmodernismo* o *postliberalismo*, en el sentido de una negación superadora de lo anterior, ni tampoco en el de una negación en

función de alguna síntesis dialéctica, sino que se trata de avanzar en la forma de una *continuidad*.

Hemos dicho más arriba que -nos guste o no- pensamos impulsados por los aportes de los iluministas y liberales de hace dos siglos: sería un error gravísimo creer que en este mundo podemos inventar algo de la nada e ilusionar cortes bruscamente interruptivos mágicamente creadores en las ideas y en el pensamiento.

En general la pretensión de cortes bruscos y superaciones *creativas* en esta materia, suelen ser expresiones de soberbia que es bueno dejar de lado. Por el contrario: al menos en derecho penal, no creemos posible avanzar más que con crítica, cautela y continuidad.

Si bien el derecho penal liberal fue pensado en favor de una clase en ascenso enfrentada a otra hegemónica, es innegable que esa empresa puso de relieve perfiles de la *persona* que permiten hoy perfeccionar el concepto, aunque la limitación de su objetivo le generase contradicciones y le impidiese avanzar más en su labor esclarecedora. Es indiscutible que el derecho penal liberal respondió a un *impulso liberador*, sólo que limitado por las contradicciones de su momento sociopolítico y de sus circunstanciales intereses de clase.

Suele confundir a este respecto que, bajo el rótulo de *liberales*, no falten quienes en lugar de retomar la pulsión liberadora del siglo XVIII, prefieren encastillarse en sus limitaciones, reafirmar el idealismo, el deductivismo y las consiguientes legitimaciones parciales del poder punitivo, con tendencia a ampliarlas. La preferencia por sus contradicciones suele minimizar y neutralizar los mejores aspectos positivos de su vieja y valiosa pulsión liberadora.

El *derecho penal humano* debe retomar, realimentar y reforzar el impulso liberador del viejo derecho penal liberal, desenredándolo de sus contradicciones. Si el viejo liberalismo penal puso máscaras de *no persona* a los indios, negros colonizados y también a los *Lumpenen* de sus propias sociedades, con lo cual la vieja burguesía reafirmaba su *yo* debilitado como *no indios ni negros ni colonizados ni Lumpenen*, el *derecho penal humano* debe luchar por poner máscaras de *personas* a todos, reafirmando su propio *yo* como humano y planetario.

No se trata de una ruptura con el iluminismo y el liberalismo penales, sino precisamente de la remoción de sus limitaciones, para permitir el pleno desarrollo de su pulsión liberadora y la emergencia de un *yo* fuerte y auténtico, no definido por ninguna exclusión, sino por una afirmación de humanidad.

En Latinoamérica esto significa que no es cuestión de romper los vínculos con la mejor tradición penalista regional, es decir, de la que trató de mantenerse dentro del esquema del viejo derecho penal liberal, sino de retomar y continuar las versiones de la pulsión liberadora conforme a la tradición penal de nuestro continente, desenredándola de sus inevitables contradicciones.

En este aspecto, es fundamental liberar a nuestra doctrina tanto de las limitaciones que recibe del material importado y poco comprendido políticamente, como también de las máscaras de *enemigo* de fabricación regional.

A diferencia del derecho penal liberal de la burguesía europea, el *derecho penal humano* debe *desenemizar*, o sea, arrancar las máscaras de *enemigo* construidas con odio y debilidad subjetiva, y en su lugar, repartir máscaras

de *persona*, construidas con solidaridad, como única manera de hacer factible que cada quien pueda *colocarse en la perspectiva del otro, es decir, construir empatía*.

68. La coherencia política cierra la coherencia total. La elaboración del *derecho penal humano* –como *unfinished*– será una tarea en permanente construcción, pero inevitable, porque los efectos del marco de poder mundial determinarán a impulsarla, mejor temprano que tarde.

Dado que el derecho penal humano debe ser *racional en su contención de lo irracional*, no puede apartarse del método dogmático, configurándose como sistema de interpretación. Su *racionalidad* dependerá siempre del grado de *coherencia* que alcance, que sólo se completa respetando la coherencia entre las tres facetas a que antes hemos hecho referencia: *la normativa, la fáctica y la política*.

La *coherencia normativa* es sólo una de ellas, como requisito básico de *racionalidad constructiva*, pero nunca como un fin en sí mismo, que llevaría al vaciamiento antropológico y a la elevación de la lógica a ontología, propia de los intentos pretendidamente *asépticos o tecnocráticos*, de *multiuso político*.

Cabe observar que, en definitiva, esos intentos siempre serán fallidos, porque directamente son de imposible construcción, dado que el ser humano jamás puede escapar de su condición política sin dejar de ser *humano*, es decir, sin perder su esencia de *animal político*.

La *coherencia fáctica* es la que, con datos de la realidad social, muestra el cuadro de situación y la posible eficacia de los medios de impulsión del estándar de rea-

lización de la premisa básica, conforme a las circunstancias concretas.

Pero lo que en definitiva proveerá siempre la *coherencia total* de un *derecho penal humano*, dando sentido vinculante a sus facetas normativa y fáctica, es la *coherencia política*. Sin objetivo político la función contentora del poder jurídico –programada por el derecho penal– sería manipulable en beneficio de los privilegios y reafirmaría la selectividad excluyente, en lugar de impulsar una *contraselectividad políticamente orientada* hacia la elevación del estándar de respeto a la condición de persona de cada ser humano en toda situación y circunstancia.

No se trata de contener arbitraria y antojadizamente cualquier poder punitivo, porque –ya se ha dicho–, el *derecho penal inhumano* también proyecta el ejercicio del poder jurídico de contención, pero sólo para contener el que puede alcanzar a quienes detentan mayor poder social o a quienes lo comparten o son próximos o útiles.

La *coherencia política humana* debe hacer del derecho penal un programa de contención *contraselectiva*, que posibilite el avance del estándar de realización de la premisa jushumanista básica, siempre tratando de bajar los niveles de vulnerabilidad de los más desfavorecidos por el poder social.

XVIII. Contraselectividad no es omnipotencia

69. ¿Derecho penal para ricos o para pobres? Nuestras sociedades son marcadamente estratificadas, lo que se verifica con los altos coeficientes de Gini. Sería un grave error pretender que el *derecho penal humano*

ponga luz verde generosa para el poder punitivo destinado a los más favorecidos, tanto como que considere más graves las victimizaciones de los más desfavorecidos, en ambos casos por el mero hecho de serlo. Dicho de manera más grosera y burda: no se trata de penar más a un rico que a un pobre o a quien lesione a un pobre más que a un rico, sólo porque lo sean.

Esto sería un inaceptable simplismo que, nuevamente, caería en un enmascaramiento de *no personas* de las capas superiores. Creemos realmente que estos son errores propios de toda pretensión de imaginar un *derecho penal del proletariado* que, en definitiva incurre en el error de la *idolatría de omnipotencia del poder punitivo*, pues pretende cambiar con el derecho penal la sociedad estratificada real.

No será jamás el poder punitivo el que reduzca los coeficientes de Gini ni el que provoque mayor equidad en la distribución de la riqueza, al tiempo que tampoco se debe enmascarar a nadie como no persona, sino desenmascarar a los enemizados.

La estratificación social sólo la puede reducir la dinámica social y política de nuestras sociedades; por decirlo claramente: es tarea de los pueblos. De allí que a un *derecho penal humano* le incumba como misión: (a) preservar cuidadosamente los espacios de libertad que permitan el desarrollo de la dinámica social y política de nuestras sociedades. (b) Por lo demás, sólo podrá librar de obstáculos al poder punitivo que se dirija a los genocidas y autores de delitos político-económicos, y (c) contener todo el poder punitivo que responda a enañamiento clasista, racista, sexista, de género o de cualquier otro modo discriminador de cualquier sector, grupo o clase social.

Fuera de esto, el derecho penal no puede hacer nada diferente ni un *derecho penal humano* y, por ende, realista, puede pretenderlo. A nadie, en su sano juicio, se le puede ocurrir que la estratificación social se recude llenando las cárceles de ricos. Además, si el derecho penal humano quisiese convertirse en un *derecho penal de clase pobre contra clase rica*, entraría en contradicción consigo mismo, pues volvería a enmascarar y *enemizar*, cuando su propósito es justamente desenmascarar y *desenemizar*.

70. La adecuada cuantificación de la lesión. Esto no significa que no se deba cuantificar la lesión producida por un injusto penal teniendo en cuenta la condición social concreta de la víctima, o sea, la intensidad lesiva del ilícito, conforme a las particularidades del sujeto pasivo.

Cuando en el plano normativo se identifica a los tipos penales como delitos *contra el patrimonio, contra la libertad, la integridad física*, etc., en definitiva se trata sólo de una clasificación necesaria para tabularlos de alguna manera racional. Pero en el mundo real, casi siempre los injustos penales afectan varios bienes jurídicos, a veces sin significación (el homicidio afecta también el potencial demográfico estatal, lo que obviamente no se releva), pero en otras ocasiones es de considerable importancia (un secuestro o una violación produce una alteración en la salud de la víctima). En ocasiones los propios tipos penales relevan esta pluriofensividad como calificante de agravación, pero aunque no lo hagan, igualmente en la realidad social casi todos los injustos concretos son pluriofensivos.

Esta *pluriofensividad natural* no le puede pasar por alto al derecho penal cuanto se trata de medir la gravedad

de la ofensa producida por el delito y, en muchos casos, la pertenencia de la víctima a una clase o estrato desfavorecido da lugar a que la lesión sea más dañosa: hurtar diez vacas siempre será un delito, y sustraerlas de un rodeo de miles de cabezas provoca una incuestionable lesión al patrimonio, pero si se le hurtan las diez vacas lecheras a quien sólo dispone de esos animales para producir leche, venderla y mantener a su familia, sin duda que se produce un daño mayor, que trasciende la persona de la víctima, lesionando otros bienes jurídicos además del patrimonio.

Pero tomar en cuenta la *pluriofensividad natural* no es una cuestión clasista, sino una regla general: bien puede alguien de un estrato social alto ser víctima del hurto de una computadora, pero si ese hecho le hace perder un trabajo de meses, la lesión producida será mucho mayor que si se le hurta una computadora vacía o con información sin mayor importancia para el propietario.

71. La culpabilidad por la situación de vulnerabilidad. Así como se debe cuantificar el contenido ilícito del delito tomando en cuenta la *pluriofensividad natural* de todo conflicto tipificado, también deben tomarse en cuenta las condiciones subjetivas del infractor para determinar el grado de culpabilidad.

Si bien la selectividad punitiva se reparte como una infección, alcanzando a los más vulnerables, lo cierto es que la vulnerabilidad en delitos no patológicos obedece en buena medida a la pertenencia a un *status social* que condiciona entrenamientos diferenciales y estereotipos, pero no es menos cierto que el poder punitivo no atrapa en forma indiscriminada a todas las personas que comparten esas condiciones, sino que sólo recae sobre algunas de ellas.

Si bien la selección puede ser producto del puro azar, en la mayoría de los casos tendrá lugar por tratarse de personas con personalidad más frágil, lo que facilita una mayor internalización de las demandas de rol conforme al estereotipo externo negativo.

En otras palabras, a nadie se le puede reprochar su *status* social, y siendo desfavorecido deberá tomárselo en cuenta conforme al criterio de que, en una sociedad muy desigual, existe una responsabilidad con que debe cargar el sistema que le niega demasiado a alguien en relación con los espacios que permite a otros, lo que suele llamarse *principio de co-culpabilidad* y que, desde hace muchos años se halla consagrado en algunos de los códigos de la región.

No obstante, hay algo que no tiene que ver con el *status* social alto o bajo de la persona, que es el *esfuerzo* personal que, a partir del punto de vulnerabilidad condicionado por el *status*, haya realizado el agente hasta alcanzar la *concreta situación de vulnerabilidad* al poder punitivo.

Habría, pues, supuestos de escaso esfuerzo, más próximos al azar, pero en la gran mayoría de los casos, el esfuerzo personal en relación a la magnitud del injusto puede ser considerable. Habrá personas que, partiendo de un muy bajo grado de vulnerabilidad social, hayan realizado un esfuerzo enorme, como en general los genocidas, aunque no sólo ellos. También habrá casos de considerable esfuerzo, aún partiendo de un alto grado de vulnerabilidad social.

Una pena proporcionalmente adecuada al injusto y perfilada en el plano de la culpabilidad conforme al esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de

vulnerabilidad, no sólo resulta menos irracional, sino que también se adecua a las reales posibilidades del limitado poder jurídico de contención: de hecho y en la práctica, el juez dispone por lo general de un espacio de reducción de pena inversamente proporcional a este esfuerzo.

Por ende, tomar en cuenta los datos de realidad que hacen a la vulnerabilidad de los criminalizados para determinar dentro de las escalas penales el grado de reproche de culpabilidad, como antes tener en cuenta la cantidad y magnitud de los bienes jurídicos afectados de la víctima, no significa pretender un derecho penal *proletario* ni la condena o benignidad gratuita de nadie, sino dar lugar a una cuantificación punitiva menos irracional en el marco de una sociedad altamente estratificada, sin por eso caer en una omnipotencia penal inmadura.

72. Los mínimos penales, el principio de culpabilidad y la prohibición de penas crueles. En las escalas de penas flexibles, suele afirmarse, en particular por quienes legitiman la pena por razones de pretendida prevención general negativa, que los mínimos legales de la escala correspondiente invariablemente deben ser respetados, dado que indican el grado de prevención disuasoria previsto por el legislador.

Cabe observar que toda prevención general negativa importa una violación a la dignidad de la persona, porque al usar a una persona para disuadir o intimidar a otras, *está desconociendo la prohibición de mediatización de todo ser humano*, inherente a su condición de ente diferente e irrepetible y dotado de conciencia moral.

En los casos concretos la realidad en ocasiones supera toda imaginación, incluso la del legislador y, por ende, pueden darse lesiones a bienes jurídicos que sin llegar a ser insignificantes, sean en realidad sumamente leves, y al mismo tiempo, niveles de culpabilidad que respondan a un grado de reproche también de muy baja entidad.

En estos supuestos, la constitucionalización del derecho penal impondrá que predomine la norma constitucional conforme al principio republicano, que exige racionalidad de los actos de gobierno (y las sentencias lo son), como también el acatamiento a la prohibición de penas crueles y, considerando que son tales las que no guarden cierta proporcionalidad con el contenido injusto y la culpabilidad correspondiente, en obediencia a la norma de mayor jerarquía, corresponderá adecuar la pena a la reprochabilidad, aunque de este modo se la deba cuantificar por debajo del mínimo legal.

Otro supuesto en que se impone la norma constitucional por sobre el texto de la penal de menor jerarquía, será el caso de las llamadas *penas naturales*, en que la lesión sufrida por el infractor como consecuencia de su propio hecho, sea de tal magnitud que la pena prevista revista características de evidente crueldad razonablemente innecesaria. Aunque no se trate de un caso de estricta *pena natural*, lo cierto es que si el infractor fue víctima de tortura o maltratamiento policial o carcelario, éste debe considerarse una pena, pues aunque fuese ilícita, no por eso pierde el carácter de pena, pues se trata de un dolor producido por agentes del estado como consecuencia del hecho.

A estas soluciones se opone el vicio de pensamiento antes mencionado, como resultado de la importación

del derecho penal de un estado *legal de derecho*, cuando todos los países de la región conformamos estados *de derecho constitucionales*.

XIX. La cautela como tutela de la dinámica del desarrollo

73. **Derecho penal humano y desarrollo social.** Hemos señalado que el *derecho penal humano* debe preservar cuidadosamente los espacios de libertad que permitan el desarrollo de la dinámica política, social y económica de nuestras sociedades. Para terminar, precisemos las razones de esta afirmación.

Si nuestra posición geopolítica regional debe tratar de neutralizar el debilitamiento de nuestros estados frente al poder financiero de las corporaciones transnacionales que están dominando la política, se imponen políticas de fortalecimiento de nuestros estados. Pero un *estado fuerte* no es sinónimo de estado *autoritario*.

Un estado es fuerte cuando controla su territorio (es soberano), resiste al colonialismo (es independiente) y reduce la estratificación social (es más justo o, si se quiere, menos injusto), es decir, cuando crea condiciones básicas de mayor equidad en la distribución de la riqueza y, por ende, posibilita mejores realizaciones existenciales a sus habitantes. En síntesis, estas condiciones son las del *derecho humano al desarrollo social*.

El antónimo a un estado fuerte indispensable para el *desarrollo social*, es un estado débil, no plenamente soberano ni independiente, que por eso mismo no puede ser socialmente justo, dado que su sometimiento al colonialismo implica la explotación de sus habitan-

tes en beneficio de un poder extraño. En definitiva, al colonialismo y el esclavismo comparten la condición de *mediatizadores de seres humanos*, porque ambos usan a las personas como medio para obtener beneficios, por lo que puede afirmarse que el colonialismo es una servidumbre o esclavitud en gran escala.

Por otra parte, un estado fuerte y que pretenda configurar una sociedad incluyente, no puede proyectarse como un modelo autoritario. Los estados que emprendieron esa empresa conforme a un modelo autoritario terminaron fracasando, si bien a veces después de largo tiempo, pero siempre dando lugar a formidables regresiones y grandes sacrificios.

El fracaso de un estado autoritario redistributivo puede demorar, pero invariablemente se produce por efecto de un desajuste estructural. Este desajuste tiene lugar porque una sociedad incluyente no se configura sino como resultado de un proceso que requiere cierto arco temporal, y el estado autoritario es incapaz de proporcionar un adecuado control crítico al proceso de redistribución que, carente de control, acaba pervirtiéndose.

Dicho de un modo más claro: el grupo de poder que redistribuye, si no está sometido a crítica y control, tiende a desviar el reparto. De allí que la tan mentada disyuntiva *pan o libertad* sea falsa: no se puede repartir bien el pan sin libertad para controlar y criticar; inversamente, si se otorga libertad sin pan, inexorablemente se la usará para reclamarlo.

En razón de lo expuesto, si bien el derecho penal humano debe imponerse como tarea prioritaria la contención del poder punitivo indispensable para prevenir el genocidio y tutelar todos los bienes jurídicos, no me-

nos debe ocuparse de la contención y neutralización de cualquier tentativa de ejercicio de poder punitivo contra la dinámica social, es decir, de desmontar todo conato de represión de la protesta, de los reclamos públicos, de los movimientos populares, de los sindicatos, partidos políticos, etc. Si bien el derecho penal no habrá de cambiar el marco de poder –como vimos–, es el factor indispensable para posibilitar a los pueblos su dinámica en pos del *desarrollo humano*.

74. El genocidio por goteo en curso. El antes señalado cometido no es en definitiva diferente al de su prioritaria función de tutela de la vida, sino una particular faceta de la misma incumbencia.

El derecho humano al desarrollo es considerado *de tercera generación* desde la perspectiva colonizadora, pero desde el punto de vista colonizado es de *primera generación*, no sólo cronológica sino también lógicamente, dado que la independencia es el primer requisito del desarrollo y también porque a su violación se debe la de todos los otros Derechos Humanos (la vida, la libertad, la educación, la salud, etc.).

El subdesarrollo condicionado por el colonialismo provocó innumerables víctimas letales y las sigue causando. No sólo los altísimos índices de muerte violenta cuentan, sino también las causadas por campañas sanitarias omitidas o insuficientes, deficientes condiciones de salubridad, discriminación en la atención de la salud, carencias de obras públicas de prevención de catástrofes, falta de sistemas cloacales, precariedad habitacional, inseguridad laboral, desnutrición, suicidios, inseguridad del transporte y del tránsito, inadecuación de vías de comunicación, etc. Bastaría sumar el saldo anual de muertes como consecuencia de la violación

al derecho humano al desarrollo, para verificar que en nuestra región se halla en curso un *genocidio por goteo*.

Es obvio que la superación del subdesarrollo, de la marcada estratificación social o de los altos coeficientes de Gini y otros semejantes, tal como lo señalamos antes, son objetivos que no están al alcance del poder jurídico de contención que proyecta el derecho penal, pues son de incumbencia de la política general y de la dinámica propia de los pueblos, que avanzan a lo largo de un *proceso incluyente* que, con frecuencia, sufre demoras y retrocesos. El penalista no puede ser el jardinero del *desarrollo*, pero es quien impide que las hormigas del subdesarrollo sigan comiendo sus brotes.

Toda vez que el poder punitivo suele ser usado regresivamente contra quienes dinamizan la sociedad (considerados disidentes), la contención de su ejercicio debe ser parte de la función contraselectiva del *derecho penal humano*, que debe proyectar su cuidadosa contención siempre que se pretenda instrumentarlo para cerrar o reducir los espacios de protesta, de manifestación y de expresión pública, de difusión de ideas y de crítica social y política, de represión de medidas pacíficas o no violentas y, en general, contra cualquier medida de obstrucción de los espacios de propulsión popular al desarrollo.

Dado el número enorme de víctimas del *genocidio por goteo* que tiene su causa en la violación al derecho humano al desarrollo, la preservación de los espacios de dinámica social frente a toda tentativa de obstaculización por parte del poder punitivo, es la faceta más clara y cuantitativamente importante como tutela de la vida humana y del avance del reparto de máscaras de persona (y el consiguiente retiro de las de *enemigo*) entre los

habitantes de las sociedades que ocupan nuestra posición tardocolonizada en el marco del poder mundial.²

- 2 Este trabajo resume ideas expuestas con anterioridad, por lo que se prescinde de notas y referencias bibliográficas, que pueden hallarse en exposiciones anteriores: *En busca de las penas perdidas* (EDIAR, Bs. As., 1989); *Derecho Penal* (con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar) (EDIAR, 2000); *El enemigo en el Derecho Penal* (Dykisson, Madrid, 2007); *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo* (Bs. As., Hammurabi, 2007); *Crímenes de masa* (Madres de Plaza de Mayo, Bs. As., 2010); *La Pachamama y el humano* (ilustrado por Rep) (Madres de Plaza de Mayo, Bs. As., 2011); *La palabra de los muertos* (EDIAR, 2011); *Política y dogmática jurídico penal* (en José Cafferata Nores / E.R.Zaffaroni, "Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal", Advocatus, Córdoba, 2002); *El derecho penal y la criminalización de la protesta social* (en "Jurisprudencia Argentina", 13 de noviembre de 2002); *¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?* (en Jakobs-Schünemann-Moreno-Zaffaroni, "Ontologismo y normativismo", México, 2003); *Culpabilidad por la vulnerabilidad* (Lectio Doctoralis, Macerata, en "Nueva Doctrina Penal", Bs. As., 2003); *El derecho penal liberal y sus enemigos* (Lectio Doctoralis Universidad de Castilla-La Mancha, 2004); *Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Código Penal Argentino* (en "Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat", Madrid, 2008); *El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento* (en "Libro homenaje Juan Carlos Gardella", Universidad Nacional de Rosario, 2010); *Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones* (en "Libro homenaje al Profesor José Hurtado Pozo", Lima, 2012); *La legalidad penal liberal y autoritaria* (en "Estudos em homenagem a Juarez Tavares", Marcial Pons, Sao Paulo, 2012); *La dogmática como racionalización peligrosa* (en "Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur", Ibáñez, Bogotá, 2013); *¿Derecho penal humano o inhumano?* y *El rol del derecho penal y la crisis financiera* (ambos en "Revista de Derecho Penal y Criminología", La Ley, Bs. As., setiembre y diciembre de 2014); *Seguridad multimediatía y Derechos Humanos* (en "Ensayos en honor a Massimo Pavarini", INACIPE, México D.F., 2015); *Violencia letal en América Latina* (en "CDP Cuadernos de Derecho Penal", Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2015); estudios preliminares a: Hellmuth von Weber, *Lineamientos de Derecho Penal Alemán* (Hammurabi, Bs. As., 2008); Filippo Grisigni / Edmund Mezger, *La reforma penal nacional-socialista* (EDIAR, Bs. As., 2009); Karl Binding / Alfred Hoche, *La li-*

cencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida (EDIAR, Bs. As., 2009); Anselm v. Feuerbach, *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano* (Hammurabi, Buenos Aires, 2010); Georg Dahm / Friedrich Schaffstein, *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?* (EDIAR, Buenos Aires, 2011); Eusebio Gómez, *La mala vida en Buenos Aires* (Bs. As., Colección “los raros”, Biblioteca Nacional, 2011); Helmut Nicolai, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas. Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista* (CLACSO, Bs. As., 2015); Friedrich Spee, *Cautio Criminalis* (en prensa, EDIAR, 2016).

E. Raúl Zaffaroni, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José Costa Rica), Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Argentina y cofundador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, presenta un análisis sobre el *Derecho penal humano y el poder en el siglo XXI*, y un ponderado llamado a los penalistas de la región en un contexto por demás sensible del poder mundial y regional. Los penalistas latinoamericanos, expresa Zaffaroni, tienen la responsabilidad histórica de elaborar una doctrina jurídico-penal, y evitar de reproducir discursos de tiempos y contextos distintos a los datos actuales de la realidad social. Esto no implica, que desde un propio discurso se cambiará el poder mundial y regional, todo *cambio profundo de poder sólo puede ser político, cultural y civilizatorio*. No obstante, como ciudadano y como ser humano, incumben al penalista deberes éticos de actuar en todos los ámbitos, pero si lo hace desde el Derecho penal debe estar consciente del limitado poder de que dispone. Esta es una condición básica de eficacia para un Derecho penal maduro. Para Zaffaroni, el arma del penalista es el *poder del discurso* como proyecto *técnico-político*. No es demasiado, pero tampoco es poco, porque sin discurso el poder no se sostiene y, además, el discurso puede limitar el accionar de quienes tienen las armas para ejercer el *poder punitivo*. No en vano todas las dictaduras controlan y censuran los discursos y vigilan y persiguen a sus autores y a sus disidentes. El penalista latinoamericano debe tomar conciencia que el ejercicio de su discurso no regula el *poder punitivo*, sino que se dirige exclusivamente a quienes ejercen el poder jurídico, pero no el poder punitivo. Así, *el Derecho penal es, pues, un discurso que se ofrece a los juristas para regular el ejercicio de su poder jurídico, o sea, un proyecto técnico-político de funcionamiento del semáforo judicial de contención del tránsito del poder punitivo*.



INEJ
Fundado en 1995



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

21
AÑOS
1995-2014
INEJ



9 789992 421321