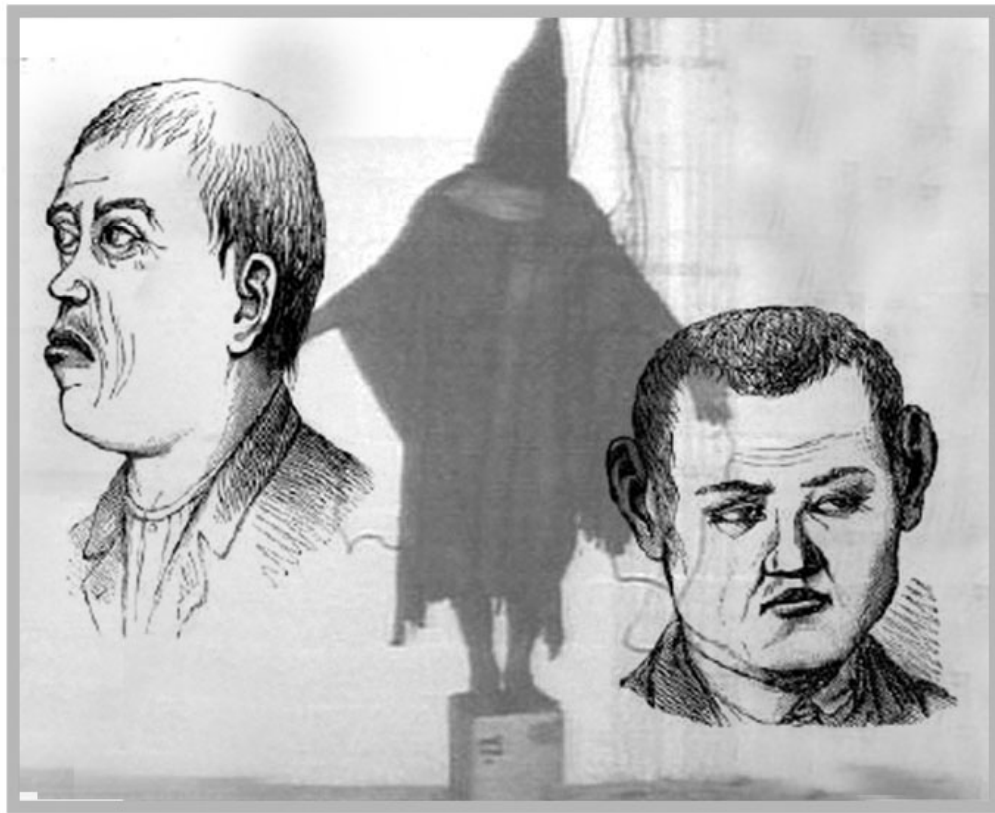


EUGENIO RAUL ZAFFARONI

EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL



EDIAR



El enemigo en el derecho penal

A Germán Bidart Campos
in memoriam

Presentación

Este ensayo aborda la dialéctica entre el estado de derecho y el de policía, traducida en el campo penal en la más amplia o restringida admisión del trato punitivo a seres humanos privados de la condición de personas. Este trato diferenciado provoca una contradicción entre la doctrina penal (y alguna filosofía política de ilustre prosapia), por una parte, y la teoría política del estado constitucional de derecho por la otra, debido a que la última no lo admite ni siquiera en una situación bélica clara, pues implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto.

La actual situación del planeta devela sin piedad esta contradicción, provocando un grave desconcierto en la doctrina, pues de un golpe desnuda el fenómeno de todos los ropajes con que se lo ocultó hasta el presente y pone de manifiesto como nunca antes que la secular tradición legitimante del ejercicio estructuralmente discriminatorio del poder punitivo operó como fisura absolutista en el estado constitucional de derecho, introduciendo en su marco un elemento disolvente que, en algún trágico momento del pasado se daría en llamar entre nosotros *doctrina de la seguridad nacional*, de triste memoria.

Es menester advertir que en el siguiente desarrollo en ocasiones se sintetizan o amplían -y también se redunda- en conceptos y textos publicados en trabajos parciales, a medida que se avanzaba en la investigación¹. Del mismo modo, nuestro desarrollo se asienta sobre una concepción conflictivista de la sociedad y en la dialéctica del estado de

¹ *Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool*, en homenaje al Profesor Dr. Giorgio Marinucci; *¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?*, en homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo; *El Leviathán y el derecho penal*, en homenaje al Prof. Dr. Ramón C. Leguizamón; *La legitimación del control penal de los “extraños”*, *in memoriam* del Profesor Dr. Alfonso Reyes Echadía.

derecho y el de policía dentro de todo estado de derecho real o histórico, en los términos que propusimos en 1989² y desarrollamos posteriormente con Alejandro Slokar, Alejandro Alagia³ y Nilo Batista⁴.

Nuestro agradecimiento más sincero a los colegas Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, Renato Vannelli, Gustavo Ferreyra, Graciela Otano, Guido Risso, Martín Magram, Jacobo Grossman, Mariana Caraballo, Gabriela Gusis, Pablo Vega y Alfredo Fernández. Todos ellos tuvieron la paciencia de leer el manuscrito y formularnos observaciones.

Dedicamos este modesto ensayo a la querida memoria de un Maestro con el que hubiese sido imprescindible discutirlo, dado que osamos irrumpir en su campo con la proverbial torpeza del penalista y, por momentos, tenemos la sensación de movernos como un elefante marino en la arena. Si hubiésemos tenido esa fortuna, seguramente estas páginas serían mucho más claras y menos imperfectas.

E. Raúl Zaffaroni

Departamento de Derecho Penal y Criminología
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires
Abril de 2006

² *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989

³ *Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., EDIAR, Buenos Aires, 2000; Porrúa, México D.F., 2001; 2ª ed., EDIAR, 2002; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2005.

⁴ E. Raúl Zaffaroni-Nilo Batista/Alejandro Alagia-Alejandro Slokar, *Direito Penal Brasileiro – I*, Revan, Rio de Janeiro, 2003.

I. Introducción o prolegómenos indispensables

1. Hipótesis general o básica

La hipótesis que tratamos de demostrar en estas páginas se sintetiza de la siguiente forma:

(a) El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañinos*. Se trata de seres humanos a los que se señala como *enemigos* de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los Derechos Humanos⁵.

(b) Lo anterior no es únicamente una verificación de *datos de hecho* revelados por la historia y la sociología, sino también de *datos de derecho*, puesto que tanto las leyes como la doctrina jurídica legitiman este tratamiento diferenciado. También los saberes pretendidamente empíricos sobre la conducta humana (convergentes en la criminología tradicional o etiológica) pretendieron darle justificación científica⁶.

(c) En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (*enemigos* de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de *enemigo* y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último⁷.

(d) Dado que en la realidad el poder punitivo opera tratando a algunos seres humanos como si no fuesen personas y que la legislación lo

⁵ Capítulo I.

⁶ Capítulos II y III.

⁷ Capítulo IV.

autoriza, la doctrina consecuente con el principio del estado de derecho debe tratar de limitar y reducir o, al menos, acotar el fenómeno, para que no desaparezca el estado de derecho.

Conforme a esta estrategia se ofrecen dos tácticas de acotamiento: (α) una estática⁸, que propone aceptar lo consumado y legitimarlo sólo para ciertos hechos, que a nuestro juicio carece de capacidad para obtener el objetivo estratégico propuesto, y otra (β) dinámica⁹, que es la que consideramos adecuada para alcanzar ese objetivo.

La hipótesis de base que tratamos de probar parte de la *naturaleza política* de la cuestión planteada y aspira a verificar que en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de *enemigo* o *extraño* en el derecho ordinario (penal o de cualquier otra rama) de un estado constitucional de derecho, que sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra y con las limitaciones que a éste le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama de derecho humanitario (legislación de Ginebra¹⁰), habida cuenta que ni siquiera éste priva al *enemigo bélico* de la condición de persona.

Nuestra tesis es que el *enemigo de la sociedad* o *extraño*, es decir, el ser humano considerado como *ente peligroso o dañino* y no como *persona con autonomía ética*, desde la teoría política, sólo es compatible con un modelo de estado absoluto total y, por ende, que las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.

Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de *enemigo* en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto, que debilitan el *modelo orientador del estado de derecho*, que es la *brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder jurídico en*

⁸ Capítulo V.

⁹ Capítulo VI.

¹⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Madrid, 1970; CICR, *Seminario Internacional, La Habana, Derecho Internacional Humanitario*, Guatemala, 1998; Pedro Pablo Camargo, *Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, 1995; CICR, *Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales*, Ginebra, 1983.

su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos. Si entregamos los instrumentos de navegación del poder jurídico de contención de las pulsiones autoritarias -normales en todo estado de derecho real-, el poder jurídico queda privado de cualquier posibilidad de eficacia no sólo táctica sino incluso estratégica.

Justo es señalar que han contribuido a mantener estas rémoras algunos teóricos de la política, de primerísima línea por cierto -nada menos que Hobbes y Kant-, que se han esforzado por compatibilizarlas con limitaciones liberales, con lo que contribuyeron en buena medida a desorientar también al penalismo, por lo cual el error no es sólo de éste, aunque en su campo sea donde ha tenido las peores consecuencias prácticas.

2. Las últimas tendencias mundiales del poder punitivo que son insoslayables para la doctrina

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada *política criminal* o, más precisamente, *política penal*, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo¹¹, con lo cual el tema del *enemigo de la sociedad* pasó a primer plano de discusión.

Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huída, pero lo cierto es que la invocación de *emergencias* justificantes de *estados de excepción*, no son para nada recientes, pues si nos limitamos a la etapa posterior a la segunda guerra mundial, hace más de tres décadas que se vienen sancionando en Europa estas leyes, que se *ordinarizan* -convirtiéndose en

¹¹ Cfr. Eduardo Demetrio Crespo, *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*, en RDGP, n° 14, 2004, págs. 87 y sgts. Prueba de ello es la propuesta de Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2001, acerca del llamado “derecho penal a dos velocidades” y toda la teorización del llamado “derecho penal simbólico” (sobre ello, los trabajos publicados en el n° 1 de “Pena y Estado”, Barcelona, 1991).

la *excepción perpetua* y que fueron superadas largamente por la legislación de *seguridad latinoamericana*¹².

Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal *de autor*¹³.

En la doctrina jurídico penal puede señalarse el debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento (*teoría del conocimiento*), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de *clonación* que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de *peligro sin peligro* (peligro *abstracto* o *presunto*); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las llamadas *leyes penales en blanco*; etc.¹⁴

¹² No es propósito de este trabajo agotar esa información, pero la alarma puede verse en varios escritos de Luigi Ferrajoli y, en castellano, por todos basta citar la magnífica tesis de José-Ramón Serrano Piedecabras, *Emergencia y crisis del estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, 1988, como también la presentación a dicha obra de Roberto Bergalli, *Emergencia: una cultura específica*; Sergio Moccia, *La perenne emergenza*, Napoli, 2000; William Fredy Pérez Toro – Alba Lucía Vanegas Yepes – Carlos Mario Álvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal, La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, 1997.

¹³ Cfr. Manuel Cancio Meliá, *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)*, en “Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid, 2005, págs. 183 y sgts., pág. 211.

¹⁴ Sobre estas y otras notas, Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005; también Marta Rodríguez de Assis Machado, *Sociedade de risco e direito penal*, S. Paulo, 2005.

3. El contexto mundial actual hace ineludible la reacción política

No es posible desconocer que la actual situación del mundo constituye un factor determinante del escándalo que parece alcanzar la discusión en el campo penal y político criminal. En efecto: hasta ahora -y puede afirmarse que durante el último siglo y medio- *se minimizaba con poco esfuerzo la desconexión de la doctrina penal con la teoría política*, pero esta situación cambió no sólo porque se expresa en palabras tan claras que hacen inevitable el contraste entre ambos ámbitos del conocimiento, sino también -y sobre todo- porque las circunstancias del mundo han variado de modo notorio, en razón de una pluralidad de signos alarmantes: el poder se planetarizó y amenaza con una dictadura global; el potencial tecnológico de control informático puede acabar con toda intimidad; el uso de ese potencial controlador no está limitado ni existe forma de limitarlo a investigar sólo hechos determinados; las condiciones del planeta se deterioran rápidamente y la vida misma se halla amenazada. Se opera un enorme proceso de concentración de capital que procura mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino incluso físico; los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales; los organismos internacionales se raquitizan y desacreditan; la comunicación masiva, de formidable poder técnico, está lanzada a una propaganda *völkisch*¹⁵ y vindicativa sin precedentes; la capacidad técnica de destrucción puede arrasarse la vida; se desatan guerras unilateralmente con fines claramente económicos; y, para colmo,

¹⁵ La palabra *völkisch* suele traducirse como *populista*, especialmente en Europa y Estados Unidos. Su traducción más correcta sería *populachero*, o sea, un discurso que subestima al pueblo y trata de obtener su simpatía de modo no ya demagógico sino brutalmente grosero, mediante la reafirmación, profundización y estímulo primitivo de sus peores prejuicios. Esta precisión es importante en América Latina, pues la traducción corriente en otros continentes se confunde con el *populismo* latinoamericano, en el que se suelen enrolar una serie de lideratos políticos que, con todos sus defectos y contradicciones, es incuestionable que promovieron avances notables en las sociedades de la región y que no siempre ni mucho menos usaron la técnica *völkisch* (v. infra, II,4 y 5), la que, por otra parte, es muy usada por sistemas que nada tienen que ver con el *populismo* político.

el poder planetario fabrica enemigos y emergencias -con los consiguientes *estados de excepción*- en serie y a alta velocidad.

Este contexto no puede menos que influir sobre cualquier teórico del derecho y, por mucho que se oculte bajo los más relucientes atavíos jurídicos, la reacción que suscita la presencia descarnada del *enemigo de la sociedad* en el derecho penal es de carácter político, porque *la cuestión que plantea es -y siempre fue- de esa naturaleza*.

Prueba de ello es que cada vez que se discute si se puede tratar a algunos seres humanos por su *peligro o dañosidad* y se busca una racionalización más elaborada¹⁶, no puede obviarse la invocación a Hobbes y, por ende, a la cuestión de la *soberanía*, materia que de modo incuestionable pertenece a la *teoría política* y, precisamente, el nuevo panorama globalizador se caracteriza por un profundo cambio político.

Los *crímenes de destrucción masiva e indiscriminada* del 11-S y del 11-M¹⁷ son expresiones de brutal violencia que en opinión de los internacionalistas configuran *crímenes de lesa humanidad*¹⁸, pero que, a su vez, son respuestas a otra violencia y así podríamos seguir regresando hasta Adán y Eva o hasta el primer golpe que un homínido haya propinado a otro, sin llegar a ninguna solución con vistas a una convivencia racional en el futuro.

No es necesario adoptar ninguna posición radical o de pacifismo dogmático ni sostener *a priori* que a toda violencia debe responderse con la no violencia¹⁹, para verificar que *nunca un conflicto fue solucionado definitivamente por la violencia*, salvo que se confunda la solución definitiva con la *final* (genocidio).

La historia enseña que los conflictos que no terminaron en genocidio se solucionaron por la *negociación*, que pertenece al campo de la *política*. Pero la globalización, al debilitar el poder de decisión de los estados nacionales, empobreció la política hasta reducirla a su mínima expresión.

¹⁶ En ocasiones ésta no se busca, como en las groserías de Rafael Garófalo, por ejemplo (infra, Cap. III).

¹⁷ Nos referimos a *crímenes de destrucción masiva e indiscriminada* y no a *terrorismo*, que es una expresión jurídicamente nebulosa. En adelante usaremos *terrorismo* en el sentido vulgar de la comunicación masiva, que es también el usado en la propaganda *völkisch* y reservaremos la empleada en este párrafo para la connotación técnica.

¹⁸ Así, Gerhard Serle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005, pág. 78.

¹⁹ Sobre esta posición, Michael N. Nalgar, *Per un futuro non violento*, Milano, 2005.

Las decisiones estructurales actuales asumen en la práctica la forma premoderna definida por Carl Schmitt, o sea, se limitan al mero ejercicio del poder de señalar al enemigo²⁰ para destruirlo o reducirlo a la impotencia total. Cualquier persona que lea un periódico mientras desayuna -si no se limita a las noticias deportivas- se va enterando de los pasos que sigue el poder mundial hacia los genocidios, o sea, hacia el aniquilamiento total de quienes considera como sus enemigos.

Como resultado de esta sensación de minimización de la política y de la negociación, se van delineando dos frentes en el mundo del pensamiento que, naturalmente, impactan en lo político: el *de los Derechos Humanos y la negociación* por un lado y, por otro, el *de la solución violenta que arrasa con los Derechos Humanos y, más tarde o más temprano, acaba en el genocidio*. La conciencia de esta disyuntiva es mayor donde las experiencias de terrorismo de estado permanecen en la memoria colectiva, como en Europa y América Latina, pero no así en los Estados Unidos, donde existieron otros abusos represivos, pero su población no padeció en su territorio la guerra ni el terrorismo de estado.

4. El *enemigo* no merece el trato de persona

La esencia del trato diferencial que se depara al *enemigo* consiste en que el derecho *le niega su condición de persona*. Sólo es considerado bajo el aspecto de *ente peligroso o dañino*. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del *hostis* en el derecho con el principio del estado de derecho.

En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por

²⁰ Karl Schmitt, *El concepto de lo político*, Ediciones Folios, México, 1985, también, versión de Rafael Agapito, Madrid, 2005.

ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.). No es la cantidad de derechos de que se priva a alguien lo que le cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se lo priva de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como *ente peligroso*.

En rigor, casi todo el derecho penal del siglo XX, en la medida en que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son *peligrosos* y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los *cosificó* sin decirlo, y con ello los dejó de considerar *personas*, lo que ocultó con racionalizaciones, cuando lo cierto es que desde 1948 ese derecho penal que admite las llamadas *medidas de seguridad*, o sea, las penas o algunas penas como mera contención de un ente peligroso, es violatorio del artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La privación de libertad -o la deportación- de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad y, por lo tanto, el sufrimiento que se le impone es una pena entendida como mera contención, un encerramiento que crea un puro impedimento físico; se trata de una suerte de *enjaulamiento* de un ente peligroso. Es claro que ese no es ni puede ser el tratamiento que se depara a alguien a quien se le reconoce su autonomía moral en razón de que haciendo uso de ésta cometió una infracción que lesionó derechos ajenos, sino el que se destina a un animal o a una cosa peligrosa.

Es inevitable que, en cuanto el estado procede de esa manera, porque detrás de la *máscara* ²¹ cree encontrar a su *enemigo*, le arrebatara la *máscara* y con ello, automáticamente lo elimina de su teatro (o de su carnaval, según los casos). Por supuesto que lo puede privar de su ciudadanía, pero ello no implica que esté autorizado a privarlo de la condición de persona, o sea, de su calidad de portador de todos los

²¹ En latín, *persona* era la máscara del actor (cfr. J. Corominas, *Diccionario crítico etimológico*, Madrid, 1976, III, pág. 754).

derechos que asisten a un ser humano por el mero hecho de serlo²². El trato como cosa peligrosa, por mucho que se lo encubra, incurre en esa privación.

No es posible pretender que este trato diferencial puede serle aplicado a un ser humano sin lesionar su carácter de *persona*, cuando esa condición es absolutamente incompatible con las puras contenciones que sólo son admisibles cuando son pasajeras y frente a conductas lesivas en curso o inminentes, que sea necesario detener, esto es, en el momento de la agresión o inmediatamente antes, a título de coerción directa²³.

Aclarado que el trato de pura contención o impedimento físico no es el que se depara a alguien en quien se reconoce la condición de persona, intuitivamente -por ahora- pareciera que *en el estado constitucional de derecho no es posible admitir que un ser humano sea tratado como no persona fuera de las hipótesis de inevitable y muy transitoria coerción directa administrativa*.

Sin perjuicio de volver al tema para demostrar que esa incompatibilidad no es sólo intuitiva, tampoco puede pasarse por alto que el trato a un ser humano como cosa peligrosa que amenaza la *seguridad o certeza acerca del futuro*, no se limita a despersonalizar sólo al así tratado, sino que, reparando más detenidamente en esta cuestión²⁴, es conveniente advertir que la priorización del valor seguridad como certeza acerca de la conducta futura de alguien, y más aún su absolutización, acabarían en la *despersonalización de toda la sociedad*.

En efecto: no era lo mismo caminar por un bosque hace doscientos años, donde la *seguridad* de los otros se conformaba con saber que no mataríamos ni asaltaríamos a quien se cruzase en nuestro camino, que

²² Cfr. Luis Gracia Martín, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo”*, en <http://criminet.ugr.es/redpc> 2005.

²³ Del reconocimiento del carácter de persona del ser humano depende directamente la fuerza normativa de una constitución democrática: *Para reivindicar, rescatar y dar peso de convicción a la tesis de que toda la constitución inviste fuerza normativa directa, hay que incluir en su contenido a la parte que resuelve el status situacional de la persona, ese que en un estado democrático reconoce la dignidad humana, la libertad y los derechos, prestándoles tutela y asegurando promoción .. el contenido principista de derechos y libertades es el que en el estado democrático ostenta centralidad y mayor valor* (Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., 1995, págs. 75-76).

²⁴ Han reparado en ella F. Muñoz Conde, *De nuevo...*, cit., pág. 72 y Gracia Martín, en [criminet.ugr.es/red pc](http://criminet.ugr.es/redpc)

andar hoy por el mundo, donde se exige precisión de movimiento de gato doméstico en medio de cristales para proporcionar seguridad a los demás y, sobre todo, al propio estado. Debemos poner el máximo de atención para no olvidarnos de consignar algún ingreso, para no lesionar al fisco ni comprar un cheque en dólares sin declararlo para no favorecer el tráfico de cocaína, menos aún para no tener plantas eventualmente alucinógenas en el jardín o comprar libros por la calle que pueden vender terroristas.

Necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, porque el estado nos hace cada día más *garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurriría garantizar*. Pero al igual que en intervenciones quirúrgicas complejas o en el armado de ingenios industriales, la mayor precisión la alcanzan los *robots*, dado que no se distraen ni se olvidan²⁵. Una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad *robotizada* y, por ende, *despersonalizada*. Por supuesto, esta distopía por fortuna es y será falsa, porque la seguridad respecto de nuestra conducta futura - como se sabe- no es otra cosa que un pretexto más para legitimar el control social punitivo.

5. ¿Cuál es la esencia del enemigo?

La negación jurídica de la condición de persona al *enemigo* es una característica del trato penal diferenciado de éste, pero no es su esencia, o sea, que es una consecuencia de la individualización de un ser humano como *enemigo*, pero nada nos dice acerca de la individualización misma.

Cuando se indaga acerca de esta esencia, resulta innegable que, conforme a la doctrina que más ha profundizado en el tema y lo ha tratado más descarnadamente -o sea, sin disimular la cuestión ni eludir el

²⁵ El término *robot* proviene del checo, en cuya lengua significa *yugo*, y fue introducido por el escritor Caryl Chessant, siendo usado desde 1935. Esos ingenios no requieren los rasgos antropomórficos de la ciencia ficción (cfr. Pierre-Jean Richard, *Los robots*, Buenos Aires, 1985).

problema-, el concepto tiene origen en el derecho romano y el autor que con mayor coherencia trabajó el tema en la teoría política fue Carl Schmitt quien, por otra parte, no hizo más que rescatar y precisar el tradicional concepto proveniente del derecho romano.

Para este teórico del estado absoluto el enemigo no es cualquier sujeto infractor, sino *el otro, el extranjero*²⁶ *y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial*²⁷.

Este concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*²⁸, donde el *inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político sería el *hostis*, respecto del cual se plantea siempre la posibilidad de la guerra, como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad²⁹. El *extranjero*, el *extraño*, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, que estaba *fuera de la comunidad*.

La palabra *hostis* proviene de la raíz sánscrita *ghas-*, que alude a *comer*, lo que explica su origen común con *hostería*. *Hostire* también significa matar y *hostia* tiene el sentido de *víctima*³⁰. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el *exilio*, la pérdida de la paz (*die Friedlosigkeit*), justamente por dejar al sujeto en la situación de *extranjero*, *extraño*, *enemigo*, privado de todo derecho³¹.

Del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del *hostis* tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y

²⁶ Respetamos la traducción que citamos, pero obsérvese que la palabra que Schmitt usa es *Fremde*, *extraño*, o sea, la misma que usaría luego Mezger, cfr. infra III, 4.

²⁷ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, pág. 23

²⁸ Idem, p. 25.

²⁹ Idem, p. 30.

³⁰ Sobre esto: R. von Ihering, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, París, 1877, tomo I, p. 228.

³¹ Cfr. Albert Du Boys, *Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens*, París, 1845, p. 245.

racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del *hostis alienígena* -al que en escasa pero alguna medida protegía el *jus gentium*- y (b) la del *hostis judicatus*, o sea, el declarado *hostis* en función de la *auctoritas* del senado, que era un poder excepcional: *en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo hostis, enemigo público*³².

El extranjero (*hostis alienígena*) es el núcleo troncal que abarcará a todos los *molestos al poder*, por insubordinados, indisciplinados o simples extranjeros, que como *extraños* resultan desconocidos y, como todo lo desconocido, inspira desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por potencialmente peligroso. Al extranjero no se lo comprende, porque no es posible comunicarse con él, dado que habla una lengua ininteligible: no hay comunicación posible con el *hostis*. Para los romanos todos los extranjeros eran *barbari*, palabra tomada del griego, βαρβαρος, que indicaba al no griego de lengua incomprensible, que proviene de la raíz sánscrita *baba-*, cercana a *balbuceo*, *parloteo*³³.

En las ulteriores subclasificaciones de esta categoría general se incluye al *hostis* extranjero que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la antigüedad hasta el inmigrante actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un extranjero *vencido*, al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y, por tanto, debe ser vigilado³⁴, porque como todo prisionero, tratará, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada.

El enemigo declarado (*hostis judicatus*) configura el núcleo del tronco de los *disidentes* o enemigos abiertos del poder de turno, del que

³² Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2004, p. 146.

³³ Cfr. Edward A. Roberts-Bárbara Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madrid, 1996, p. 17.

³⁴ V., por ejemplo, U. Melchionda, *Differenziazione progressiva dei conflitti etnici tra lavoratori immigrati e società di accoglienza: verso un modello integrato*; U. Melotti, *Immigrazione e politiche sociali: sfide e confronti in Europa*; E. Nocifora, *Il mercato del lavoro degli extra-comunitari nell'Italia degli anni novanta*, todos en "Dei delitti e delle pene", 1/93.

participarán los enemigos políticos puros de todos los tiempos. Se trata de *enemigos declarados*, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los *declara* tales: no se declaran a sí mismos sino que son declarados por el poder. La institución del *hostis judicatus* romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo, para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos³⁵ y la sustracción a la condena judicial mediante la expatriación hacía cesar automáticamente también la condición de ciudadano³⁶.

El *hostis*, *enemigo* o *extraño* no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico penal (que pocas veces lo reconoció abiertamente y las más lo cubrió con muy diversos nombres). Se trata de un concepto que en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el derecho penal.

Es un elemento conceptual contradictorio dentro del estado de derecho porque arrastra la semilla de su destrucción, aunque su incoherencia apenas se haya puesto de manifiesto en los años treinta del siglo pasado, por obra de la pluma de Schmitt, el más destacado teórico político del nazismo. Su lamentable filiación política hizo que su observación no mereciera suficiente atención en las décadas posteriores y menos aún por parte de los penalistas.

La tarea que debemos afrontar no es la simple postulación de su rechazo en el derecho penal, que no es tarea sencilla en sí misma, dado que se trata de una presencia visible o invisible pero constante, sino que precisamente para eliminar esa presencia es menester encarar otra empresa, mucho más amplia: nunca eliminaremos o reduciremos la presencia del *hostis* en el derecho penal, *si antes no verificamos que se trata de una cuña de extraña madera metida en el mismo pensamiento*

³⁵ Cfr., Émile de Girardin, *Du droit de punir*, París, 1871.

³⁶ Cfr. Theodor Mommsen, *Compendio de Derecho Público Romano*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s.d., pág. 50.

moderno y que lo carcome y demuele desde su interior. El pensamiento moderno nos ofrece los elementos para proceder a esa verificación, pero cometeríamos un grave error si, dejándolos de lado, nos apoyásemos sólo en su componente contradictorio para presentarlo como posmoderno o superador de la modernidad, cuando en realidad no se trata más que de una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad.

Contra lo anterior se argumentará que al *hostis* de nuestros días se lo somete a contención como individuo peligroso *sólo en la estricta medida de la necesidad*, o sea, que sólo se priva al enemigo de lo *estrictamente necesario* para neutralizar su *peligro*, pero se deja abierta la puerta para su retorno o incorporación, manteniendo todos sus otros derechos, o sea, que esto no sería más que una simple limitación al principio del estado de derecho impuesta por la necesidad y en su estricta medida.

Lo que esta respuesta desconoce es que para los teóricos -y sobre todo para los prácticos- de la excepción, ésta siempre invoca una *necesidad que no conoce ley ni límites*. La *estricta medida de la necesidad* es la *estricta medida de algo que no tiene límites*, porque los establece el mismo que ejerce el poder. Como nadie puede prever exactamente lo que hará ninguno de nosotros en el futuro -ni siquiera nosotros mismos-, la incerteza del futuro mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quien decide quién es el enemigo deja de considerarlo tal, con lo cual el *grado de peligrosidad del enemigo* -y, por ende, de la necesidad de contención- dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro que quien ejerce el poder.

El concepto mismo de *enemigo* introduce de contrabando la dinámica de la guerra en el estado de derecho, como una excepción a su regla o principio, sabiendo o no sabiendo (la intención pertenece al campo ético) que esto lleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la *peligrosidad y dañosidad* del infractor no es otro que la *peligrosidad y dañosidad* (real y concreta) de sus propios actos, es decir, de sus delitos, por los que debe ser juzgado y en su caso condenado conforme a derecho. En la medida en que se abandone ese criterio

objetivo se entra en el campo de la subjetividad arbitraria del *individualizador del enemigo*, que siempre invoca una necesidad que nunca tiene límites, una *Not* que no conoce *Gebot*.

De toda forma y en conclusión, lo que se discute en doctrina penal es la admisibilidad del concepto de *enemigo* en el derecho penal (o en el derecho en general) del estado de derecho, considerando tal al que es penado sólo en razón de su condición de ente peligroso o dañino para la sociedad, sin que sea relevante si la privación de los derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo, a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de *pena* y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de derechos más o menos amplio.

6. Dos palabras sobre el “derecho penal”

Si en realidad el derecho penal siempre ha aceptado el concepto de *enemigo* y éste resulta incompatible con el estado de derecho, lo que en verdad correspondería es *una renovación de la doctrina penal correctora de los componentes autoritarios que la acompañaron a lo largo de casi todo su recorrido o, en otras palabras, un ajuste del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política que corresponde al estado constitucional de derecho, depurándolo de los componentes propios del estado de policía, incompatibles con sus principios*.

No obstante, para expulsar o por lo menos contener el perverso efecto del concepto de *enemigo* en el derecho penal, no basta con precisar el concepto de *enemigo*, sino que también es menester precisar previamente lo que se entiende por *derecho penal*.

Aunque no suele repararse en esta necesidad en la doctrina en general, es ineludible proceder a esa precisión, porque las palabras abusadas se vuelven equívocas y en el lenguaje jurídico el desgaste tiene consecuencias más graves que en otros ámbitos, justamente por la demanda de precisión semántica que impone la naturaleza de la función que debe cumplir. Por ello, no parece conveniente -y tal vez ni siquiera

tolerable- avanzar sin reparar en el deterioro semántico de la propia expresión *derecho penal*.

En cualquier discurso, incluso técnico, pueden encontrarse frases como estas: (a) *El derecho penal no puede combatir la pobreza*. (b) *El derecho penal no pena esa conducta*. (c) *El derecho penal no analizó ese tema*.

Se trata de un mismo sujeto gramatical, pero con tres sentidos semánticos diferentes: la frase (a) denota el poder punitivo del estado como hecho, como dato real, sociológico, histórico o actual; la frase (b) se refiere claramente a la legislación penal y la frase (c) indica una omisión de la teoría o doctrina³⁷.

Para afilar un poco el instrumento de la palabra, en lo sucesivo llamaremos al sujeto de la frase (a) *poder punitivo*, al de la frase (b) *legislación penal* y reservaremos la denominación *derecho penal* para la doctrina jurídico penal (saber o ciencia del derecho penal) de la frase (c).

En tanto que (a) el *ejercicio real del poder punitivo* es obra de las agencias ejecutivas del estado encargadas de la coerción y su estudio es materia de disciplinas de preferencia descriptivas, en especial de la *criminología* o de la *sociología*, la (b) *legislación penal* es producida por los órganos políticos competentes (legisladores) y (c) su estudio y teorización (legitimante o deslegitimante) destinado a la práctica y a la docencia, es lo que corresponde al *derecho penal* como ciencia, doctrina o saber jurídico (obra de los juristas).

Es muy angustiante el resultado de la confusión semántica entre estos tres sentidos de la voz *derecho penal*, pues impide el diálogo, dado que con demasiada frecuencia se argumenta en el plano del sentido de una de las frases mencionadas y se responde en el de cualquiera de las dos restantes, o sea que observaciones de la realidad se responden con conceptos jurídicos o con datos legales y viceversa, en cualquiera de sus ocho posibles combinaciones. Esto configura un verdadero caos semántico

³⁷ En esto no se agotan los equívocos, pues podríamos incluso agregar algún otro uso del mismo sujeto gramatical para designar a la jurisprudencia de los tribunales penales o constitucionales, por ejemplo, y hasta pensar en otro que con la misma expresión miente el reflejo del poder punitivo en el imaginario público.

que en ocasiones se vuelve desesperante, pues pareciera que el lenguaje hubiese perdido gran parte de su función comunicativa.

Para el objetivo de los dos capítulos siguientes de este trabajo, que es meramente *verificador*, trataremos conjuntamente el ejercicio real del poder punitivo y la legislación penal en el primero y la doctrina jurídico penal en el siguiente.

Básicamente, nos interesa distinguir entre (a) el trato deparado al *enemigo o extraño* desde la historia y la realidad del poder punitivo tal como se lo ha habilitado legislativamente y como ha operado y opera en la sociedad, y (b) los discursos de los doctrinarios o juristas y de los criminólogos que en ocasiones le proporcionaron elementos que facilitaron la racionalización de la categoría de los *enemigos o extraños* en forma más o menos abierta y con consecuencias que algunas veces fueron relativamente prudentes, pero que en otras llegaron hasta sus últimas e inevitables consecuencias, legitimando o postulando directamente el genocidio.

II. El *enemigo* en el práctica del ejercicio real del poder punitivo

1. El poder punitivo de la Revolución Mercantil

El ser humano no es concebible fuera de relaciones interactivas (de cooperación o conflicto) que van creando estructuras de poder que aparecieron en sociedades pequeñas (tribus, clanes), se extendieron a otras más amplias (nacionales) y por fin abarcaron el planeta³⁸. El poder de Europa se fue extendiendo por los otros continentes a partir del siglo XV en forma de *colonialismo*, desde el XVIII como *neocolonialismo*³⁹ y desde el XX se combina con otras potencias desarrolladas y se ejerce

³⁸ Es muy interesante la perspectiva que muestran J.R. McNeill y William H. McNeill, *Las redes humanas. Una historia global del mundo*, Barcelona, 2004.

³⁹ Cfr. Darcy Ribeiro, *O processo civilizatório, Estudos de antropologia da civilização*, Petrópolis, 1987, pp. 129 y ss.

como *globalización*⁴⁰. Todas estas etapas fueron precedidas por transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales, llamadas *revoluciones* (*mercantil*, siglos XIV/XV; *industrial*, siglo XVIII; y *tecnológica*, siglo XX), como puntos de un mismo proceso expansivo del poder⁴¹.

Cada uno de estos momentos generó una comprensión del mundo y un discurso legitimante y deslegitimante, con *integrados* y *apocalípticos*⁴², y aparejó fenómenos violentos en creciente extensión, conforme al incremento del potencial tecnológico de control y destrucción, hasta llegar al presente, en que pone en riesgo la vida de todo el planeta azul⁴³.

El ejercicio del poder planetario necesitó siempre cierta forma de poder interno en las potencias dominantes, pues *no se puede dominar sin organizarse previamente en forma dominante*. Por ello, Europa, para iniciar el proceso de mundialización del poder, debió antes reordenar sus sociedades en base a una jerarquización fuerte, muy semejante a una organización militar (corporativización de las sociedades)⁴⁴, para lo cual retomó un ejercicio de poder interno que se había practicado por la gran potencia conquistadora precedente (Roma) y que a su caída había desaparecido⁴⁵: esto es, *el poder punitivo*.

La característica diferencial del poder punitivo es la *confiscación del conflicto*, o sea, la usurpación del puesto del damnificado o *víctima* por parte del *señor* (poder público), degradando a la persona lesionada o

⁴⁰ V. n. trabajo, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1999/A, reproducido en “Direito e Cidadania”, Praia, República de Cabo Verde, año 3, nº 8, noviembre de 1999 febrero de 2000.

⁴¹ Cfr. Immanuel Wallerstein, *Utopística o las opciones históricas del siglo XXI*, México, 1998.

⁴² Umberto Eco, *Apocalittici e integrati, Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Bompiani, 1995

⁴³ Cfr. Nicolas Skrotzky, *Guerres: crimes écologiques*, París, 1991.

⁴⁴ Sobre la clásica distinción entre la sociedad horizontal o comunidad (*Gemeinschaft*) y la vertical o corporativa (*Gesellschaft*), la obra clásica de Ferdinand Tönnies, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, 1947; también sus *Principios de Sociología*, México, 1946; la estigmatización de la comunidad en Robert Redifeld, *Yucatán. Una cultura en transición*, México, 1944.

⁴⁵ Especialmente por obra del derecho germánico y la composición. V. Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschcn Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pp. 21 y ss.; Heinrich Siegel, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin, 1886, pp. 13 y ss.; Hugo Hoegel, *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung einer Erleuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen*, Viena, 1904, pp. 3 y ss.; H. Rüping, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München, 1991; sobre el derecho penal romano: Albert Du Boys, *Histoire du Droit Criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du christianisme*, París, 1845, pp. 248 y ss.; T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Berlin, 1899 (trad. castellana de Pedro Dorado, Madrid, s.f.).

víctima a la condición de puro *dato* para la criminalización. Los paliativos que hoy se ensayan para no victimizar por segunda vez no logran disimular la esencia confiscatoria de la víctima que caracteriza al poder punitivo y menos aún pueden alcanzar su cancelación⁴⁶. Sólo cuando se extrae el conflicto de ese modelo y se lo resuelve conforme a alguno de los otros modelos de decisión de conflictos se llega a una solución, pero en ese supuesto el poder punitivo desaparece, porque por definición nos habremos salido de su modelo.

Lo cierto es que desde el momento de la confiscación de la víctima, el poder público adquirió una enorme capacidad de decisión (no de solución) en los conflictos y también de consiguiente arbitrariedad, dado que selecciona libremente a las pocas personas sobre las que en contados casos quiere ejercer el poder, como también la medida y forma en que decide hacerlo y, para ello, ejerce un constante poder de vigilancia controladora sobre toda la sociedad y, en especial, sobre los que supone real o potencialmente dañinos para su jerarquización.

Ese formidable instrumento de verticalización social proporcionó a las sociedades europeas la férrea organización económica y militar (y la homogeneidad ideológica⁴⁷) indispensables para el éxito del genocidio colonialista, o sea, las dotó de una estructura y organización *colonizadora*. Ni Roma hubiese podido conquistar Europa⁴⁸, ni ésta hubiese podido conquistar América y África⁴⁹ sin la poderosa verticalización interna que resulta de la *confiscación de las víctimas* como pretexto para vigilar, disciplinar y neutralizar a los disfuncionales. Sin este instrumento tampoco hubiesen controlado a los países colonizados, donde asumió formas jerarquizantes propias, para convertirlos en inmensos campos de

⁴⁶ De toda forma, el desarrollo alcanzado por la victimología es un claro signo de la creciente conciencia respecto de la cosificación de la víctima (por ejemplo, Antonio Beristain, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994; Ester Kosovski (org), *Victimologia. Enfoque interdisciplinar*, Rio de Janeiro, 1994; Ester Kosovski – Heitor Piedade Júnior – Eduardo Mayr, *Vitimologia em debate*, Rio de Janeiro, 1990; Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1994.

⁴⁷ ¿Qué necesitan hoy los que suben al poder aparte una buena tropa, aguardiente y salchichón? Necesitan el texto (André Glucksmann, *Los maestros pensadores*, Barcelona, 1978, p. 43).

⁴⁸ En Roma la estructura conquistadora creada por la *nobilitas* barrió con las instituciones de la República (cfr. José Luis Romero, *La crisis de la República Romana*, Buenos Aires, 1942).

⁴⁹ Sobre la colonización como fenómeno mundial, con sus múltiples apariciones en diferentes épocas: Marc Ferro, *La colonización. Una historia global*, México, 2000.

concentración⁵⁰, vale decir, que sirvió para dotarlos de estructuras y organizaciones *colonizadas*.

Los ejércitos conquistadores fueron sólo la expresión visible de otros mucho mayores que eran las mismas sociedades o naciones colonizadoras, estructuradas corporativamente, jerarquizadas y dotadas de una ideología única, que no admitía disidencias.

Estos ejércitos inmensos se armaron a partir de células controladoras pequeñas (familias) en las que mandaba un *suboficial (páter)* al que se sometían las mujeres, los viejos, los siervos, los esclavos, los niños y los animales domésticos, todos *inferiores biológicos* al *páter*, que según el derecho civil tradicional respondía y sigue respondiendo por los daños causados por sus subordinados. Los romanos *inmolaron sin reservas su libre albedrío a la libertad política; aprendieron muy temprano a obedecer a sus padres, para saber después obedecer al Estado*⁵¹. La *obediencia debida* como eximente o como atenuante de responsabilidad penal tiene origen doméstico, privado⁵². De allí la importancia del control de la sexualidad -y las consiguientes misoginia y homofobia- como elemento disciplinante, al que las leyes dedicaron desde la edad media más espacio que a la regulación de la propiedad⁵³, lo que se refleja también en la manualística⁵⁴, obsesionadas por reprimir toda manifestación *dionisiaca*, considerada diabólica por su potencial de indisciplina⁵⁵.

El discurso teocrático, usado durante la primera etapa de la planetarización del poder, presentaba al genocidio colonialista como una empresa piadosa, en cuyo nombre se daba muerte a los disidentes

⁵⁰ Para una visión de conjunto, *El libro negro del colonialismo, Siglos XVI a XXI: del exterminio al arrepentimiento*, dirigido por Marc Ferro, Madrid, 2005.

⁵¹ Theodor Mommsen, *Historia de Roma*, I. *De la fundación a la República*, Madrid, 1962, p. 55.

⁵² Llega a la codificación por vía de la tradición inglesa, dado que no forma parte de la francesa. Entre los prácticos franceses no la mencionaba Muyard de Vouglans (*Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du Royaume*, París, 1762, I, pág. 9) y tampoco aparece en los códigos revolucionario de 1791 y napoleónico de 1810. En lugar, la expone Blackstone, sin limitarla a la obediencia civil o al superior, sino con un amplio juego en la obediencia doméstica (*Commentaires sur les lois anglaises*, trad. de N.M. Chompré, París, 1823, V, págs. 232-3).

⁵³ V. la pormenorizada investigación de James A. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa Medieval*, México, 2000.

⁵⁴ Como prueba basta ver la 1ª. Parte, cuestión VI de H. Krämer/J. Sprenger, *Il martello delle streghe*, Marsilio Ed., Venecia, 1995, págs. 85-96.

⁵⁵ Cfr. Norman O. Brown, *La vita contro la morte, Il significato psicoanalitico della storia*, Bompiani, 1986, págs. 183 y sgts.

internos, a los colonizados rebeldes⁵⁶ y a las mujeres díscolas⁵⁷. El *enemigo* de esta empresa, después de la extinción de los infelices albigenses y cátaros, era Satán⁵⁸, lo que dio lugar a la primera de la larga lista de *emergencias*⁵⁹, que seguirían en los siglos sucesivos hasta la actualidad, o sea, de amenazas más o menos cósmicas o apocalípticas que justifican una guerra y, por ende, demandan la individualización de un *enemigo*.

Desde su origen mismo, el poder punitivo mostró su formidable capacidad de perversión, montada -como siempre- sobre un prejuicio que impone *miedo*⁶⁰, en este caso sobre la vieja creencia vulgar europea en los *maleficia* de las brujas⁶¹, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo⁶².

Con singular presteza el modelo inquisitorial fue seguido por los tribunales laicos y generalizado⁶³. Cuando en el siglo XVI la inquisición romana decayó, el modelo permaneció en manos del poder político y los enemigos fueron los herejes o reformados, que brindaban el espectáculo patibulario y festivo de las ejecuciones públicas en las principales plazas de todas las ciudades de Europa. En España, los principales *enemigos* nunca fueron las brujas -aunque se eliminó a muchas⁶⁴- sino los del monarca, sindicados como herejes o disidentes, es decir, como *hostis judicatus*, prolongándose la inquisición hasta el siglo XIX⁶⁵.

⁵⁶ Sobre la resistencia colonizada, Richard Price (Comp.), *Sociedades cimarronas, Comunidades esclavas rebeldes en las Américas*, México, 1981; Daniel Valcárcel, *La rebelión de Túpac Amaru*, México, 1965; Ramiro Condarco Morales, *Zárate, el temible Willka, Historia de la rebelión indígena de 1899*, La Paz, 1965.

⁵⁷ También se ocuparon de los pactos diabólicos en la colonia. V. Fray Andrés de Olmos, *Tratado de hechicerías y sortilegios, 1553*, Edición de Georges Baudot, UNAM, México, 1990, pág. 47.

⁵⁸ V. Alberto Cousté, *Biografia do diabo, O diabo como a sombra de Deus na história*, Rio de Janeiro, 1997.

⁵⁹ Sobre el concepto de “emergencia”, Sergio Moccia, *La perenne emergenza*, cit.; William Fredy Pérez Toro – Alba Lucía Vanegas Yepes – Carlos Mario Álvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal*, cit., pág. 56.

⁶⁰ Sin una base de miedo correspondiente a un prejuicio, es imposible construir un enemigo. Sobre el mecanismo de miedo y su manipulación, el documentado y fino análisis de Vera Malaguti Batista, *O medo na cidade do Rio de Janeiro, Dois tempos de uma história*, Rio de Janeiro, 2004.

⁶¹ Amplia investigación sobre estos prejuicios en Norman Cohn, *Los demonios familiares de Europa*, Madrid, 1980.

⁶² Cfr. las voces “fascinación” y “maleficia”, en Rossell Hope Robbins, *Enciclopedia de la brujería y demonología*, Madrid, 1988.

⁶³ Sobre esta adaptación y sus dificultades, Massimo Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005.

⁶⁴ V. Julio Caro Baroja, *Las brujas y su mundo*, Madrid, 1995; del mismo, *Vidas mágicas e inquisición*, Madrid, 1992.

⁶⁵ V. Juan Antonio Llorente, *Memoria histórica sobre qual ha sido la opinión nacional acerca del Tribunal de la Inquisición, leída en la Real Academia de la Historia*, Madrid, Imprenta Real, 1812 (ed. facs. Valadolid, 2002); específicamente sobre el proceso penal y características de la selectividad de esta inquisición, Ricardo Juan Caballero, *Justicia inquisitorial. El sistema de justicia criminal de la Inquisición española*, Buenos Aires, 2003.

Fuera de Europa, el poder colonialista legitimado por estos discursos se ejerció en forma de genocidio, procediendo a la eliminación de la mayor parte de la población americana⁶⁶, desbaratando sus organizaciones sociales y políticas y reduciendo a los sobrevivientes a la condición de servidumbre y esclavitud. La exigencia de mano de obra extractiva determinó el tráfico esclavista africano⁶⁷, llevado a cabo por comerciantes ingleses, franceses y holandeses, que compraban prisioneros y enemigos a los reyezuelos de las costas de África, provocando de este modo la destrucción de las culturas precoloniales de ambos continentes⁶⁸.

Esta explotación tuvo por objeto el establecimiento y explotación de una economía extractiva que produjo una enorme cantidad de materias primas y medios de pago⁶⁹, que no supieron aprovechar convenientemente las potencias colonizadoras ibéricas, debido a que la extrema jerarquización de sus estructuras internas las privaba de cualquier flexibilidad, por lo que acabaron debilitándose y abriendo el espacio para el fortalecimiento de las potencias neocolonizadoras⁷⁰, lo que dio origen al capitalismo moderno al desplazar la hegemonía mundial de España y Portugal a las potencias del centro y norte de Europa⁷¹. La férrea jerarquización que posibilitó la colonización fue el impedimento para el desarrollo del capitalismo en Iberia, marcando su decadencia imperial.

Desde esta primera etapa es posible observar cómo se desplegaron los núcleos troncales del *hostis* romano, a partir de lo cual el poder

⁶⁶ La inferioridad de los indios y su dudosa humanidad justificaban cualquier brutalidad. Al respecto, los doctos discursos de los científicos de la época en Antonello Gerbi, *La naturaleza de las Indias Nuevas. De Cristóbal Colón a Gonzalo Fernández de Oviedo*, México, 1978.

⁶⁷ Por todos, Hubert Lechamps, *Storia della tratta dei negri*, Arnoldo Mondadori, 1971; Hugh Thomas, *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona, 1998; Joseph E. Inikori, *La trata negrera del siglo XV al XIX*, Barcelona, 1981; Richard Graham, *Escravidao, reforma e imperialismo*, S. Paulo, 1970; José Luciano Franco, *Comercio clandestino de esclavos*, La Habana, 1985; Diego Luis Molinari, *La trata de negros. Datos para su estudio en el Rio de la Plata*, Buenos Aires, 1944. Un panorama completo de las ideologías legitimantes y deslegitimantes de este tráfico en: en David Brion Davis, *O problema de escravidao na cultura ocidental*, Rio de Janeiro, 2001.

⁶⁸ V. Pierre Duviols, *La destrucción de las religiones antiguas durante la conquista y la colonia*, México, 1977; Angel M. Garibay K./Miguel León Portilla, *La visión de los vencidos*, México, 1961; Robert Jaulin, *El etnocidio a través de las Américas*, México, 1976.

⁶⁹ V. por ej., Walter Rodney, *De cómo Europa subdesarrolló a África*, México, 1982.

⁷⁰ V. Maurice Niveau, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Barcelona, 1977.

⁷¹ Cfr. G.D.H. Cole, *Introducción a la historia económica*, México, 1963, págs. 51 y sgts.; Antonio Cortese, *Historia económica social y general*, Buenos Aires, 1966, págs. 116 y sgts.

punitivo real siempre consideró *enemigos* y, por lo tanto, eliminó a los *patibularios* o autores de crímenes graves, quienes nunca constituyeron un problema para éste, debido a que su invariable destino era la supresión física. Tampoco constituía mayor problema el *hostis judicatus* o enemigo político, pues por lo general también era eliminado, aunque perteneciera a las clases invulnerables.

Las dificultades las crearon siempre los *molestos* que reinciden en comportamientos de menor gravedad o que, simplemente, se manifiestan como indisciplinados, las que se acentuaron posteriormente cuando, con la concentración urbana, se debilitó el espontáneo y estricto control social rural. Estos serían los *enemigos* o *extraños* más complicados, pues requieren vigilancia, dado que su peligrosidad para el poder siempre es potencial. Si bien por cierto en un principio también éstos eran eliminados, al aumentar su número con la concentración urbana y al facilitar ésta la comunicación y la información inmediata, se hacía muy penoso seguir adelante con la matanza indiscriminada y masiva que, por otra parte, difícilmente hubiese sido tolerada por la población, que comenzaba a disponer de mayor información.

En consecuencia, no puede asombrar la afirmación de que en todas las épocas, con mayor o menor crueldad según las condiciones y circunstancias, se haya llevado a cabo o tendido a una *represión penal plural*, según la cual los autores de delitos graves (*patibularios*) y los *disidentes* hayan sido eliminados, los marginales o *molestos* hayan sido neutralizados y, finalmente, los *ocasionales*, hayan sido tratados como personas más parecidas o funcionales a quienes detentan el poder o a sus aliados y, por lo tanto, consideradas como protagonistas de errores pasajeros y destinados a cierta benevolencia en los pocos y raros casos en que eran sometidos al poder punitivo.

Estas tendencias se observan claramente en el colonialismo, o sea, en la primera etapa del poder planetario, en que la distinción en el ejercicio del poder punitivo era muy neta, según que sus destinatarios fuesen *iguales* o *extraños*, *amigos* o *enemigos*.

Los *iguales* merecieron especial consideración, teniendo en cuenta la altísima selectividad del poder punitivo de la época, que casi nunca los tocaba. Los *extraños* o *enemigos* abarcaban a los autores de *delitos graves* y a los *disidentes políticos*, respecto de los que se prodigaba la pena de muerte pública, como espectáculo festivo en las plazas, que sin duda reafirmaba la vigencia de las normas de modo más concreto que simbólico y, al mismo tiempo, cumplía la función de contención, dado que el ejecutado quedaba *neutralizado* para toda la eternidad.

No es posible hablar de *ciudadanía* en este período, pues no existía ni siquiera el concepto. Se trataba de *súbditos*, pero el círculo de súbditos privilegiados era reducido, de modo que la gran mayoría componía las clases subalternas que debían ser mantenidas en esa condición. Resultaban *molestos* los que eran enemigos indirectos, que con su conducta desafiaban el férreo orden vertical y que se distinguían de los *simplemente inferiores* -destinados a la explotación lisa y llana-, a los que sólo en caso de indisciplina se sancionaba ejemplarmente, con horribles torturas, para preservarlos de cualquier desvío de su domesticación extractiva. Por ello, los molestos también debían ser eliminados, como remedio preventivo de la eventual indisciplina de los inferiores y, para ello, se acudía siempre a la pena de muerte, aunque se introducía como alternativa su eliminación algo más lenta mediante la incorporación forzada a los ejércitos⁷² o a la producción de energía motriz (pena de *galeras*)⁷³.

2. La revolución inquisitorial: el secuestro de Dios

Es imposible comprender la operatividad de este poder punitivo como instrumento indispensable para lograr las estructuras sociales colonizadoras primero y colonizadas después, sin tomar en cuenta la

⁷² Se imponía administrativamente mediante las *leyes de leva*, siendo las primeras *medidas de seguridad* coloniales e incluso posteriores a la independencia.

⁷³ V. Félix Sevilla y Solanas, *Historia Penitenciaria Española (La galera)*, *Apuntes de archivo*, Segovia, 1917; Michel Bourdet-Pléville, *Galeotes, forzados y penados*, Barcelona, 1963.

enorme transformación cultural que significó su surgimiento y el modelo inquisitorial que lo acompañaba.

El poder punitivo había desaparecido en gran medida con el ocaso de Roma y la generalización del feudalismo, para renacer en los siglos XII y XIII. Hasta entonces la conflictividad se resolvió mediante la lucha, como *ordalía* o forma de presencia directa de Dios en la toma de decisiones⁷⁴. La *ordalía* del *duelo* era la vía por la cual Dios expresaba su decisión y, por ende, decidía acerca de la verdad. El juez era una suerte de árbitro que velaba por el respeto a las reglas, para que no hubiese argucias que desvirtuasen o impidiesen la expresión clara de la voluntad divina. Las partes -o sus representantes- luchaban y el vencedor era portador de la verdad, su condición era prueba de su razón.

Con el surgimiento del poder punitivo, se abandonó la lucha y la verdad comenzó a establecerse por interrogatorio o *inquisitio*. El sujeto de conocimiento -*inquisidor* (interrogador o investigador)- pregunta al objeto de conocimiento -*inquirido* (interrogado o investigado)- y de este modo obtiene la verdad. Si el objeto no responde lo suficiente o lo hace sin la claridad o la precisión demandada por el sujeto, se lo violenta hasta obtener la respuesta (se le aplica tormento). El inquisidor o interrogador deja de ser un *árbitro* y pasa a ser un *investigador*⁷⁵; la virtud está de su lado porque ejerce el poder del soberano, dado que éste se considera *víctima* (usurpa o confisca el rol de la víctima). Dios ya no decide entre dos iguales como partes, sino que está secuestrado por el señor, por el *dominus*.

Se ha sostenido que esta forma de obtener la verdad pasó del proceso penal a todo el saber humano y que la lucha o *disputatio*, que era la vía de obtención de la verdad de todo el saber (astrología, alquimia, medicina deductiva), cedió su lugar a la *inquisitio* (interrogación del sujeto cognoscente al objeto de conocimiento), con lo cual la astrología se transformó en astronomía, la alquimia en química, la medicina deductiva en

⁷⁴ Con detalle, Giorgia Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2005, págs. 12 y 24.

⁷⁵ Massimo Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, ubica la distinción expresa entre ambas funciones muy tempranamente, en 1141 (pág. 23).

empírica, etc.⁷⁶ Aunque no se comparta esta afirmación, lo cierto es que existe una sugestiva coetaneidad en esa transformación.

La *inquisitio* no debe identificarse con la *inquisición romana* ni limitarse a ella, que fue una institución centralizadora del poder del Papa⁷⁷, como tampoco con la *inquisición ibérica* al servicio del poder regio⁷⁸, sino que se practicó como modo de establecimiento de la verdad en todos los tribunales laicos⁷⁹, siendo -como vimos- la práctica común de la *justicia* que acompañó a la revolución mercantil y al colonialismo. La virtud estaba siempre secuestrada por el poder y, por consiguiente, Dios también permanecía prisionero de éste. El poder que surgió de esta transformación es del señor, del *dominus*, que monopolizaba el bien y lo que se le oponía siempre era el mal.

La necesidad o *apetito de verdad* del *dominus* (sujeto cognoscente) legitimaba la violencia contra el objeto de conocimiento, sin que éste fuese culpable. El *dominus* es casi infinitamente bueno o, si no lo es él, lo es Dios, que es su prisionero, y necesita -para poner en acto esa bondad- ser también casi infinitamente sabio, por ende, nada podía oponerse a su voraz *apetito de verdad*. La infinita bondad del *dominus* se manifestaba en su generosa empresa liberadora de los males cósmicos que amenazaban a todos, como era Satán a través de la brujería o de la herejía.

Este planteo, posteriormente laicizado, al suprimir a Dios dejó como bien supremo el *saber* mismo, con lo cual en los *saberes* (ciencias) se reemplazó a Satán por la *ignorancia*. La ignorancia será el *mal* y el saber el *bien*; todo saber abrirá la conciencia y liberará, toda ignorancia será esclavizante, el saber es siempre luminoso y progresista, la ignorancia es oscura y retardataria. Por ende, nada puede detener la marcha del acceso a la *verdad* y, por consiguiente, el insaciable *apetito de verdad* -por no decir *glotonería y voracidad de poder*- del sujeto cognoscente seguirá sin

⁷⁶ Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

⁷⁷ Se oficializa en 1215 para la persecución de los cátaros, entre muchos, Franco Cardini, en "Commento" a Bernard Gui, *Manuale dell'inquisitore*, Milano, 1998, p. XVIII.

⁷⁸ V. Joseph M. Walker, *Historia de la inquisición española*, Madrid, 2001; Henry Kamen, *La inquisición española. Una revisión histórica*, Barcelona, 1999.

⁷⁹ La señalaban como cuarta forma de establecer el proceso (después de la acusación, la denuncia y la notoriedad) hacia 1215 (cfr. Massimo Vallerani, op. cit., pág. 35).

detenerse ante la violencia sobre el objeto de conocimiento. El sujeto cognoscente, por esencia, estará siempre en un plano superior al del objeto de conocimiento, pues así lo requiere la estructura misma de esta forma de conocimiento.

De este modo nació un saber de *dominus*, que necesita siempre saber más aduciendo que es imprescindible para liberarnos de los males cósmicos. Será un saber de señores, señorial, dominante, a veces sádico. En este paso de la *disputatio* a la *inquisitio* surge un saber que busca siempre el poder, o sea, que el sujeto interroga siempre al objeto para dominarlo. Pero, por efecto del propio mecanismo de este saber, el *subjectus* no sólo ocupa la posición dominante, sino que él mismo queda dominado en el ejercicio de su saber (poder), pues es empujado o lanzado (*yectado*) hacia abajo (*sub*), por el peso del propio *objectus* que se le lanza (*yecta*) en contra (*ob*).

Esta dinámica se explica porque el interrogador siempre pregunta para poder y, por ende, sólo le interesa la parte de la respuesta que le otorga ese poder, pero el *ente* interrogado no lo sabe y además no tiene otra forma de responder que con toda su *entidad* (la piedra con su *piedridad*, la vaca con su *vaquidad*, etc.). El interrogador no está preparado para esta respuesta, no soporta toda la *entidad* que el interrogado le arroja en su contra, que le *yecta* (*jectus*) contra (*ob*), y de este modo va quedando aplastado (empujado hacia abajo, *subjectus*, sujetado) por el peso de las respuestas entitativas, que no quiere procesar porque no son necesarias o útiles a su objetivo de poder y que, aunque quisiese, tampoco podría hacerlo, porque está entrenado para no escucharlas.

Quizá esta sea la *esencia misma del fenómeno de pérdida de control humano o autonomización de la tecnología*. Una técnica orientada sólo a la acumulación de *saber para poder* buscar una acumulación progresiva e infinita de poder que algunos interpretan como una evasión a la finitud del ser humano -la no elaboración de la muerte- que neurotiza a toda la cultura industrial⁸⁰. Por otra parte, cuando el objeto de conocimiento es el

⁸⁰ Así, Norman O. Brown, *La vida contro la morte*, cit

propio ser humano, al *subjectus*, para conservar su posición de *dominus*, no le queda otro recurso que *jerarquizar* a los seres humanos, incurriendo en todas las formas de discriminación y eventuales crueldades imaginables.

La interrogación violenta de todos los objetos a conocer y la jerarquización de seres humanos son dos condicionantes que parten de la necesidad de conocimiento (*apetito de saber*) del poder que a la vez es árbitro de lo *bueno* y, por tanto, el único capaz de definir lo *malo* y señalarlo como *enemigo*, como *hostis*.

En este esquema, el *secuestro de Dios* garantiza la legitimidad del conocimiento inquisitorial del *dominus*, pues como su saber (poder) se supone que siempre se dirige al bien, todo poder que se ejerza en procura de ese saber no debe ser obstaculizado, puesto que lo malo es, justamente, obstaculizar lo bueno. De este modo queda habilitado -e incluso se impone- el uso de la violencia contra cualquier obstáculo (*objectus*) que se le oponga. Aunque no parezca razonable comparar a un inquisidor con un investigador científico, lo cierto es que tanto la tortura como la vivisección se consideran *como un bien* en la *inquisitio*, porque el *dominus* garantiza que con ello se *salva a la humanidad* frente a las emergencias (Satán, enfermedad, degeneración, etc.). Todo obstáculo al saber inquisitorial del *dominus* es *enemigo* del bien y aliado del *mal*.

En este sentido es dable rescatar el valor de la famosa frase *la ciencia no piensa*⁸¹, al menos en el sentido de que *sin ética que limite su enemistad con todos los obstáculos al poder, la ciencia camina hacia el Holocausto*, lo que equivale a decir que el poder del *dominus* sin ética, marcha al genocidio y al *ecocidio* por el camino de la *inquisitio*.

Esta fue, sin duda, la mayor revolución protagonizada por la *inquisición* con el reemplazo de la *disputatio* (establecimiento de la verdad por lucha) por la *inquisitio* (establecimiento de la verdad por interrogación). Desde esta perspectiva puede afirmarse que *la edad media no ha terminado y está lejos de terminar*. Dependerá de la capacidad humana de transformación del conocimiento, que la *inquisitio* sea reemplazada algún día por el *dialogus*, en que el saber no sea ya de

⁸¹ Martín Heidegger, *Ormai solo un Dio ci può salvare*, *Intervista con lo Spiegel*, Parma, 1987.

dominus sino de *frater*. Pero la mera perspectiva de este posible cambio civilizatorio muestra la formidable medida en que el problema *trasciende el campo de lo penal para convertirse en una cuestión central de la cultura universal*. Pretender ignorar esta dimensión y resolver la cuestión como un puro problema de política criminal que es posible liquidar en pocas páginas es una ingenuidad insostenible, o bien, una limitación de conocimiento inadmisibles por su altísimo nivel de aislamiento respecto de los otros saberes.

De lo dicho resulta claramente que la *enemistad* no es sólo -ni mucho menos- una cuestión del poder represivo, sino un condicionamiento cultural del modo de saber inquisitorial, que es propio de la civilización que nació con el poder punitivo y se planetarizó en un proceso creciente a partir de la revolución mercantil y los genocidios colonizadores.

Este saber inquisitorial de *dominus* se acumula como saber señorial tecnológico en una recta de pretendido progreso lineal e infinito, que condiciona la idea del tiempo que tiene la civilización planetaria: el *tiempo lineal*. La concepción lineal del tiempo está íntimamente vinculada a la *venganza*, al punto que de ella depende: *la venganza es siempre venganza contra el tiempo*, dado que no es posible, en una concepción lineal, hacer que lo que ha sido no haya sido. *La venganza es contra lo que fue y ya no puede ser de otro modo ni volver a ser. El humano está preso del tiempo y de su "fue". La venganza es una necesidad de la concepción lineal del tiempo*⁸².

No sería correcto continuar el desarrollo de las tesis enunciadas sin advertir la magnitud civilizatoria del problema del *enemigo* y, consiguientemente, *la contradicción básica que late en la cultura, que se traduce en una incompatibilidad de fondo entre la concepción antropológica que funda los Derechos Humanos y la inevitable idea de venganza, dependiente de la noción del tiempo lineal, propia de una medieval forma de conocimiento inquisitorio señorial que legitima la*

⁸² Cfr. Friedrich Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*, II, *Von der Erlösung*, en "Werke in vier Bänden", Karl Müller Verlag, Erlangen, s.d., I, p. 409.

violencia del poder (saber) necesariamente condicionante de la jerarquización de seres humanos.

En definitiva, el derecho penal no ha hecho más que traducir esta contradicción durante ocho siglos y empeñarse, teóricamente, en los dos últimos en *compatibilizar lo incompatible*. De allí que, en base a estas observaciones propias de la antropología cultural, se pueda explicar -sin sorpresa alguna- la constante facilidad con que se introduce el *enemigo* o *extraneus*, el *hostis*, en la realidad operativa del poder punitivo y en la teorización legitimante correspondiente.

3. El poder punitivo de la Revolución Industrial

El panorama inquisitorial más o menos puro se mantuvo hasta la Revolución industrial, que dio lugar a cambios que no borraron el control penal diferenciado, pero lo atenuaron, aunque a veces más discursiva que realmente. No obstante, asentada la nueva clase hegemónica de industriales y comerciantes en el poder, se reafirmó la *dualidad de tratos penales*: si bien se mantuvieron las garantías para los *iguales*, pocos cambios se introdujeron para los *extraños*.

El surgimiento de una nueva clase social poderosa y en desarrollo, como era la de los industriales y comerciantes, en competencia con la establecida -nobleza y clero-, determinó que la primera procurase por todos los medios debilitar el poder de la vieja clase hegemónica y, como capítulo fundamental de esa empresa, tratase de reducir el poder punitivo, que era una de sus principales armas de dominación. Este esfuerzo se tradujo en un discurso penal reductor y en menor medida en cambios en la realidad operativa del poder punitivo, que no dejó de ejercerse selectivamente, sino de modo que fuese funcional al crecimiento y expansión de la nueva clase social.

Aunque la pena de muerte se redujo a los *criminales graves* (asesinos) y a los *disidentes* (la *Comuna de París*, por ejemplo⁸³), al matarlos seguían dejando de ser problema. Las dificultades -como hemos

⁸³ Cfr. Georges Bourgin, *La Comuna*, Buenos Aires, 1962.

señalado- se manifestaron en cuanto a los *molestos*, cuyo número aumentó con la concentración urbana, siendo necesario domesticarlos para la producción industrial⁸⁴ y neutralizar a los resistentes. Como no era tolerable continuar matándolos en las plazas, debieron buscarse otras formas de eliminación, lo que se logró encerrándolos en prisiones con altas tasas de mortalidad⁸⁵, sometidos a juicios interminables con las consabidas medidas de neutralización en forma de prisión preventiva o provisional⁸⁶, o bien deportándolos (especialmente por Gran Bretaña y Francia⁸⁷, pero también por la Argentina⁸⁸), o sea que, si bien la prisión reemplazó en muchos casos a la muerte y formalmente se convirtió en la columna vertebral del sistema penal, era una verdadera pena de muerte por azar en las metrópolis, al igual que la pena de deportación⁸⁹ que reemplazó a la *leva* y a las galeras, cuando éstas se volvieron insostenibles en razón de la profesionalización de los ejércitos y de la introducción de la navegación a vapor.

Cabe observar que uno de los factores más importantes para la transformación parcial del poder punitivo fue la concentración urbana, que aumentó considerablemente el número de los *molestos* y también las dificultades de su control social⁹⁰, que eran desconocidas en las

⁸⁴ V. Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origine del sistema penitenziario*, Bologna, 1979.

⁸⁵ Sobre la mortalidad en las prisiones españolas Rafael Salillas, *La vida penal en España*, Madrid, 1888, págs.54 y sgts.; en Francia, Pedro Kropotkin, *Las prisiones*, trad. de La Juventud Literaria, Bs. As., s.d. (1900 circa); Michel Bourdet-Pléville, op. cit., págs. 101 y sgts.; Jacques-Guy Petit, *Ces peines obscures, La prison pénale en France 1780-1875*, París, 1990.

⁸⁶ Formalmente en prisiones preventivas, cfr. Concepción Arenal, *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1877.

⁸⁷ Sobre la deportación inglesa en Australia, Robert Hughes, *La costa fatídica*, Barcelona, 1989; John Hirst, *The Australian Experience: The Convict Colony*, en Norval Morris and David J. Rothman (ed.), "The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society", Oxford, 1995, págs. 263 y sgts.; sobre la deportación francesa: Édouard Teisseire, *La transportation pénale et la relegation d'après les Lois de 30. Mai 1854 et 27. Mai 1885*, París, 1893 ; C. O. Barbaroux, *De la transportation*, París, 1857 ; Michel Bourdet-Pléville, *Galeotes, forzados y penados*, cit. ; H. Donnedieu de Vabres, *A Justiça penal hoje*, Sao Paulo, 1938, p. 102. Contra la opinión de Concepción Arenal, Salillas la propuso para España: Rafael Salillas, *La vida penal en España*, cit.

⁸⁸ V. C. Muratgia, Director, *Presidio y cárcel de reincidentes. Tierra del Fuego. Antecedentes*, Bs. As., s.d. (1910 circa); también Arnoldo Canclini, *Ushuaia 1884-1984. Cien años de una ciudad argentina*, editado por la Municipalidad de Ushuaia, 1984; Ricardo Rojas, *Archipiélago (Tierra del Fuego)*, Buenos Aires, 1942.

⁸⁹ La primera experiencia de deportación a la Guayana Francesa terminó con la muerte de todos, tanto deportados como personal, cfr. Paul Murry S.J., *Les Jesuites a Cayenne. Histoire d'une mission de vingt-deux ans dans les penitenciers de la Guyane*, Strabourg-Paris, 1895.

⁹⁰ Sobre el incremento del interés por la cuestión criminal en la concentración urbana debido al temor de las elites, Marcos César Álvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas. Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*, Sao Paulo, 2003, pág. 62.

sociedades rurales, con fuerte control y escasa comunicación e información.

Si bien el siglo XIX introdujo grandes novedades legislativas, no puede negarse que el círculo de *iguales* seguía siendo muy reducido en todo el planeta e incluso en los países centrales o un tanto apresuradamente considerados -a juzgar por su conducta en el siglo XX- como *más civilizados*. La Italia *saboiana*, la Francia *bonapartista* del primer y del segundo imperio, la Alemania *guillermiana*, la España *borbónica*, la Gran Bretaña *victoriana*, eran sociedades donde las grandes mayorías eran clases potencialmente *peligrosas* que estaban excluidas de la ciudadanía real e incluso formal⁹¹, al igual que los Estados Unidos, donde los afroamericanos fueron rescatados de la esclavitud con la guerra de secesión, precipitada por una sentencia de la Corte Suprema que los consideraba *seres*⁹², pero de todos modos quedaron socialmente relegados por muchas décadas y aún quienes habían luchado por la abolición los consideraban extranjeros y tejían proyectos para deportarlos en masa a África o a México⁹³.

4. El poder punitivo en la periferia neocolonizada

En tanto que el poder punitivo o represor era el instrumento verticalizador de las sociedades colonialistas y neocolonialistas, en las

⁹¹ Sobre la evolución del derecho electoral en Gran Bretaña, Simon Schama, *Auge y caída del Imperio Británico 1776-2000*, Madrid, 2004.

⁹² La sentencia tuvo dos votos disidentes. A la letra dice: *The words 'people of the United States' and 'citizens' are synonymous terms, and mean the same thing. They both describe the political body who, according to our republican institutions, form the sovereignty, and who hold the power and conduct the Government through their representatives. They are what we familiarly call the 'sovereign people,' and every citizen is one of this people, and a constituent member of this sovereignty. The question before us is, whether the class of persons described in the plea in abatement compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word 'citizens' in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate [60 U.S. 393, 405] and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them* (U.S. Supreme Court, *Dred Scott v. Sanford*, 60 US 393, 1856).

⁹³ Cfr. Eli Ginzberg y Alfred S. Eichner, *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1968; también C. Gorlier, *Historia de los negros en los Estados Unidos*, Madrid, 1968; Stetson Kennedy, *Introduction a l'Amerique raciste*, París, 1955.

colonizadas se lo empleó para convertirlas en *inmensos campos de concentración* para los nativos (dado que todos eran considerados inferiores biológicos)⁹⁴. La desvergonzada consigna escrita sobre las puertas de los campos de concentración -*El trabajo libera (Arbeit macht frei)*- era una síntesis grosera de las premisas colonialistas: *los colonizados debían trabajar y someterse para aprender a ser libres*⁹⁵.

Como los mestizos eran *menos domesticables* que los nativos puros⁹⁶, se desestimuló el mestizaje (*apartheid*) y se consideró *desequilibrados* (degenerados morales) a los mestizos existentes⁹⁷. El discurso penal trató a los nativos como inimputables (asimilando lombrosianamente⁹⁸ a los niños y a los salvajes) y a los mestizos como *locos morales* en potencia⁹⁹. De este modo racionalizaba su exclusión y convertía a los más rebeldes en enemigos (*salvajes*, enemigos de la *civilización*, del *progreso*, etc.).

El ejercicio del poder represivo en los países colonizados permaneció sin grandes alternativas hasta muchas décadas después de la independencia, al amparo de repúblicas oligárquicas que mantuvieron a las mayorías en condiciones análogas a la servidumbre¹⁰⁰. La independencia significó muchas veces sólo el ascenso de la limitada clase de los blancos descendientes de los colonizadores. Justicia ejercida por terratenientes, penas de muerte privadas, asesinatos de disidentes, represiones masivas, reclutamiento forzado de mestizos y mulatos para los ejércitos, policías de ocupación, arbitrariedades y torturas, degüellos, prisionizaciones sin proceso, estados de excepción permanentes y fenómenos de increíble

⁹⁴ Sobre las visiones europeas de América, Antonello Gerbi, *La disputa del Nuevo Mundo, Historia de una polémica, 1750-1900*, México, 1982.

⁹⁵ Tal era el sentido general del orden oligárquico latinoamericano. Ilustrativa al respecto es la investigación de Leopoldo Zea, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1984. Hubo autores que consideraron directamente *condenados o inviables* a sus propios países: Alcides Arguedas, *Pueblo enfermo* (1909; reed. La Paz, 1936); Tomás Vega Toral, *Ensayo sintético de biología democrática ecuatoriana*, Cuenca, 1930.

⁹⁶ Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980, p. 171.

⁹⁷ Así, por ejemplo, Carlos Octavio Bunge, *Nuestra América. Ensayo de psicología social*, Bs. As., 1903; Lucas Ayarragaray, *La mestización de las razas en América y sus consecuencias degenerativas*, en *Revista de Filosofía*, Buenos Aires.

⁹⁸ Y en cierto sentido también freudianamente: Rudiger Herren, *Freud und die Kriminologie, Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973.

⁹⁹ Por ej., Raimundo Nina Rodrigues, *Os africanos no Brasil, Revisao e prefácio de Homero Pires*, Sao Paulo, 1932; su inspiración era el Dr. A. Corre, *Le crime en pays créoles (Esquisse d'ethnographie criminelle)*, París, 1889.

¹⁰⁰ V. David Viñas, *Indios, ejército y frontera*, México, 1982.

corrupción, fueron corrientes en estos inmensos campos de concentración¹⁰¹.

Mientras el poder punitivo en América Latina se ejercía con esa altísima selectividad y discriminación, desde la segunda mitad del siglo XIX los gobiernos de las oligarquías locales -grupos proconsulares vinculados a intereses centrales- sancionaron constituciones y códigos penales liberales primero y peligrosistas después, copiadas las primeras de los Estados Unidos¹⁰² y los segundos de Europa continental¹⁰³. Se trataba del momento de las llamada *república oligárquicas*, como el *patriciado* peruano, el *porfirismo* mexicano, la *oligarquía vacuna* argentina, la del *estaño* en Bolivia o la *república velha* brasileña.

Con la guerra civil más sangrienta del siglo XX latinoamericano -la Revolución Mexicana¹⁰⁴- comenzó la caída de las repúblicas oligárquicas; el poder punitivo se transformó al compás de dictaduras de viejo estilo¹⁰⁵ y de procesos políticos conocidos como *populismos* que -en general- lo usaron de modo más prudente, aunque con frecuencia bajo el signo del paternalismo policial. Los discursos jurídicopenales abandonaron el

¹⁰¹ V. por ej., José C. Valadés, *El Porfirismo, Historia de un régimen*, UNAM, México, 1987; Lená Mederos de Menezes, *Os indesejáveis, Protesto, crime e expulsão na Capital Federal (1890-1930)*, Rio de Janeiro, 1996; Thomas H. Holloway, *Polícia no Rio de Janeiro, Repressão e resistência em uma cidade do século XIX*, Rio de Janeiro, 1997; Alicia González Vidaurri – Kalus Dieter Gorenc – Augusto Sánchez Sandoval, *Control social en México D.F.*, México, 1998, págs. 45 y sgts.; Paul J. Vanderwood, *Desorden y progreso. Bandidos, policías y desarrollo mexicano*, México, 1986.

¹⁰² V. el derecho constitucional comparado de ese tiempo: M. E. Laferrière, *Les Constitutions d'Europe et d'Amerique*, París, 1869; F. R. Dareste, *Les constitutions modernes*, París, 1891; Arturo B. Carranza, *Digesto Constitucional Americano*, Buenos Aires, 1910; el modelo norteamericano fue seguido tan cercanamente que se tradujeron sus comentaristas: José Story, *El Poder Judicial de los Estados Unidos. Su organización y atribuciones*, Buenos Aires, 1863.

¹⁰³ Sobre esto, v. n. trabajo, *Introducción a la codificación penal latinoamericana*, en Universidad de Salamanca, “Los Códigos Penales Iberoamericanos”, Bogotá, 1994. Esas fuentes eran bastante incompatibles, pues las constituciones prescribían el control judicial de constitucionalidad anglosajón, en tanto que los códigos provenían de la tradición administrativista continental que confiaba todo el poder al aparato burocrático del estado (Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996; Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994), desconociendo por completo ese control, conforme al modelo prusiano y napoleónico. Pero poco importaban las contradicciones académicas, políticas y publicitarias, porque en los hechos el ejercicio del poder punitivo no pasaba de ser el instrumento de disciplinamiento interno de un campo de concentración, con límites sólo en la medida en que podía alcanzar a algunos administradores o a sus familias o auxiliares.

¹⁰⁴ V. Alan Knight, *La Revolución Mexicana*, México, 1996; John Kenneth Turner, *México bárbaro*, Madrid, 1985; Jesús Silva Herzog, *Breve historia de la Revolución Mexicana*; Jesús Sotelo Inclán, *Raíz y razón de Zapata*, México, 1970.

¹⁰⁵ Perfectamente retratadas por la literatura en obras como *Tirano Banderas* de Ramón del Valle Inclán, *El Señor Presidente* de Miguel Ángel Asturias o *El otoño del patriarca* de Gabriel García Márquez.

positivismo puro y se matizaron con teorías alemanas importadas sucesivamente como técnicas, con total prescindencia de su marco político y social originario¹⁰⁶. La legislación sufrió la influencia de los códigos europeos de segunda generación¹⁰⁷, como el *Código Rocco* y los proyectos suizos de Stooss¹⁰⁸.

Los *populismos* fueron proteccionistas y nacionalistas, abrieron el protagonismo político a amplios sectores antes excluidos¹⁰⁹ y desataron el odio de las oligarquías precedentes y de sus ideólogos. Como no eran simpáticos a las administraciones norteamericanas, éstas, mediante golpes de estado, promovieron retrocesos en los incipientes estados de bienestar impulsados por los populismos, que en algunos países habían alcanzado niveles interesantes al promediar el siglo¹¹⁰. Estas regresiones generaron resistencias, algunas de las cuales, con el correr de los años, dieron lugar a movimientos minoritarios armados de inspiración marxista¹¹¹. Con el pretexto brindado por los últimos, los Estados Unidos intervinieron provocando nuevos golpes de estado que instalaron fuertes dictaduras y regímenes militares que practicaron el terrorismo de estado con inusitada crueldad, en especial en el cono sur.

Para eliminar los últimos vestigios de las políticas populistas, la definición del *enemigo* de estos regímenes militares no se detuvo en los integrantes de los minoritarios grupos armados, que sólo sirvieron como pretexto, sino que en algunos casos casi extinguieron físicamente a una generación de dirigentes actuales y potenciales. En Argentina y Chile es claro que se propusieron extinguir toda posibilidad de cambio social progresista. Las *dictaduras de seguridad nacional latinoamericanas* aplicaron reclusión perpetua y sólo muy excepcionalmente la pena de

¹⁰⁶ Sobre esto, n. trabajo *Política y dogmática jurídico penal*, en “Direito e democracia”, Universidade Luterana do Brasil, Canoas (RS), vol. 3 n° 2, 2002.

¹⁰⁷ V. n. trabajo, *Introducción*, cit.

¹⁰⁸ V. José Hurtado Pozo, *La ley “importada”. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima, 1979.

¹⁰⁹ Puede considerarse que fueron democráticos en el sentido de la ampliación del derecho al voto real (sobre este aspecto de la democracia representativa, Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, pág. 37).

¹¹⁰ Una visión de conjunto, con la advertencia de que la bibliografía es enorme, en Pablo González Casanova (coord.), *América Latina, Historia de medio siglo*, México, 1986.

¹¹¹ El más famoso y fuerte fue el *sendero luminoso* peruano, v. Gustavo Gorriti Ellenbogen, *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*, Lima, 1991.

muerte formal, en tanto que emplearon medidas eliminatorias para los *molestos* o ejecuciones policiales sin proceso.

En cuanto a los *disidentes*, implementaron dos formas de ejercicio del poder punitivo traducidas en un desdoblamiento del sistema penal: un *sistema penal paralelo* que los eliminaba mediante detenciones administrativas ilimitadas (invocando *estados de sitio*, de *emergencia* o de *guerra* que duraban años), y un *sistema penal subterráneo*, que procedía a la eliminación directa por muerte y desaparición forzada, sin proceso legal alguno¹¹². Si bien ejercieron un poder punitivo ilimitado¹¹³ y pervirtieron las medidas de excepción de las constituciones¹¹⁴, impusieron miles de penas sin proceso y sometieron a civiles a tribunales y comisiones militares, lo cierto es que su carácter diferencial fue el montaje del mencionado *sistema penal subterráneo* sin precedentes en cuanto a crueldad, complejidad, calculadísima planificación y ejecución, cuya analogía con la *solución final* es innegable. Mediante este aparato cometieron miles de homicidios, desapariciones forzadas, torturas, tormentos, secuestros, crímenes sexuales, violaciones domiciliarias, daños e incendios, intimidaciones, robos, extorsiones, alteraciones de estado civil, etc., sin ninguna base normativa, incluso dentro de su propio orden *de facto*.

La administración norteamericana también presionó a estas dictaduras para que declararan la *guerra a la droga*, en una primera versión vinculada estrechamente a la seguridad nacional: el traficante era un agente que pretendía debilitar la sociedad occidental, el joven que fumaba marihuana era un *subversivo*, se confundían e identificaba a los guerrilleros con los narcotraficantes (la *narcoguerrilla*), etc. A medida que se acercaba la caída del *muro de Berlín*, se necesitaba otro enemigo para justificar la alucinación de una nueva guerra y mantener niveles represivos altos. Para ello se reforzó la *guerra contra la droga*.

¹¹² Sobre los conceptos de sistemas penales *subterráneo* y *paralelo*, Lola Aniyar de Castro, *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo*, en "Rev. del Colegio de Abogados Penalistas del Valle", Cali, 1985, pp. 301 y ss.

¹¹³ V. APDH, *La desaparición, Crimen contra la humanidad*, Bs. As., 1987; Maria Luisa Bartolomei, *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983*, Lund, 1994.

¹¹⁴ V. International Commission of Jurists, *States of Emergency, Their Impact on Human Rights*, 1983. El Paraguay, por ejemplo, pasó la mayor parte del siglo XX en estado de sitio.

En los años ochenta del siglo pasado, toda la región sancionó *leyes anti-droga* muy parecidas, en general por presión de la agencia estadounidense especializada, configurando una legislación penal de excepción análoga a la que antes había sido empleada contra el *terrorismo* y la *subversión*. Estas leyes, que permanecen en vigencia en su mayoría, violaron el principio de legalidad, multiplicaron verbos conforme a la técnica legislativa norteamericana, asimilaron participación y autoría, tentativa, preparación y consumación, desconocieron el principio de ofensividad, violaron la autonomía moral de la persona, penaron a enfermos y tóxicodependientes¹¹⁵, etc. En lo procesal se crearon tribunales especiales, se introdujeron elementos inquisitoriales como el premio al delator, la habilitación del espía, el agente provocador, los testigos anónimos, los jueces y fiscales anónimos, etc.¹¹⁶ Se estableció una aberrante legislación penal autoritaria, que pocos se animaron a denunciar, amenazados con ser imputados como partícipes y encubridores del narcotráfico o con ser prisionizados, al mejor estilo inquisitorial, lo que sucedió incluso con magistrados, fiscales y académicos.

Mientras las prisiones se sobrepoblaban con consumidores de tóxicos (que se supone que son las víctimas) y con mujeres transportadoras (*mulas*), se crearon economías complementarias, la corrupción de los sistemas penales fue formidable -incluso de las fuerzas armadas incorporadas a funciones policiales-, el volumen del comercio hacia los Estados Unidos creció increíblemente y el precio del servicio de distribución interna en ese país se mantuvo alto, logrando insertar en el circulante algo así como medio millón de millones de dólares anuales, lo que da idea de la recesión que provocaría su abrupto descenso.

Pero lo cierto es que *la droga* no tuvo entidad para ocupar el puesto que dejó vacío la caída del muro de Berlín y el autoritarismo penal -como era de esperarse- tampoco tuvo efecto preventivo alguno, sino que se difundió y amplió la producción, importación y consumo de tóxicos en las

¹¹⁵ Cfr. también Bernhard Haffke, *Drogenstrafrecht*, en ZStW, 107, 1995, págs. 761 y sgts.

¹¹⁶ Con mayor detalle, n. trabajo, *La legislación antidroga latinoamericana: Sus componentes de derecho penal autoritario*, en “Derecho Penal, Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera”, Lima, 1991, pp. 715 y ss.

sociedades latinoamericanas, con el perverso efecto de reservar el de mejor calidad para la exportación y fomentar el consumo interno de los más perjudiciales y destructivos, siguiendo la tradición de que se exporta lo mejor y se consume internamente lo peor, en este caso con necrosamiento de neuronas.

5. El viejo autoritarismo del siglo XX

La globalización está precedida por una revolución tecnológica que es, ante todo, una revolución comunicacional. Este formidable avance permite que cunda por el planeta un discurso único de características autoritarias antiliberales, que estimula un ejercicio del poder punitivo mucho más represivo y discriminatorio, pero de orden mundial.

Se trata de un discurso de medios, por lo que no corresponde que sea analizado por el derecho penal, sino como fenómeno mediático y en especial publicitario. Pese a que el autoritarismo que preconiza en el poder punitivo es idéntico al de cualquier momento en que arrecia el inquisitorio, su modo de imposición como *discurso único* es nuevo, por lo que corresponde diferenciarlo de los autoritarismos anteriores, cuya hegemonía se imponía de forma por entero diferente. Para ello se hace necesario analizar un tanto más de cerca lo sucedido con los anteriores autoritarismos, a efectos de no caer en falsas similitudes.

En la Europa de entreguerras (1918-1939)¹¹⁷ se exaltó el heroísmo¹¹⁸ e irrumpieron nuevos autoritarismos que asumieron variantes discursivas penales de carácter biologista: se tiñó de marxismo en Rusia¹¹⁹, de

¹¹⁷ V. Elizabeth Wiskemann, *La Europa de los dictadores 1919-1945*, Madrid, 1983.

¹¹⁸ Registraba amplios antecedentes en el culto al héroe, p. ej., Thomas Carlyle, *On heroes, hero-worship and the heroic in history*, N. York, 1931; trad. francesa: *Les héros le culte des héros et l'héroïque dans l'histoire*, París, 1914; castellana, Madrid, 1985. Además, el culto al héroe responde a mitos muy anteriores (cfr. Valdemar Vedel, *Ideales culturales de la Edad Media. Vida de los héroes*, Madrid, 1925).

¹¹⁹ La dogmática afirmación de la tesis de Lamarck por parte de Lyssenko como biólogo oficial del stalinismo, implicaba que una sociedad nueva produciría caracteres adquiridos que se transmitirían y generaría humanos diferentes y mejores. Este dogmatismo costó la pérdida de cosechas a la URSS. V. *Informe del Académico T. D. Lisenko acerca de la situación de las ciencias biológicas*, en "La situación en las ciencias biológicas. Actas taquigráficas de la Sesión de la Academia Lenin de Ciencias Agrícolas de la URSS, 31 de julio-7 de agosto de 1948", Buenos Aires, 1949; sobre este dogma: Jean Rostand, *La herencia humana*, Bs. As., 1961, pp. 52-53. Una curiosa interpretación lamarckiana de toda la

idealismo en Italia y de descarnado y brutal racismo genocida en Alemania.

Si bien los discursos de estos regímenes se elaboraban conforme a la estructura inquisitorial, se nutrían de la ideología proveniente del siglo XIX, o sea, de la *peligrosidad*, inseparable cónyuge legítima del racismo, que siguió su destino *policial/administrativo*, legitimando crímenes en la medida en que cada autócrata quiso llevar adelante sus propósitos genocidas, incluso mucho más allá de las propias leyes formales y de las racionalizaciones -aún las más aberrantes- de sus escribas jurídicos y criminológicos¹²⁰.

En efecto: los peligrosos o *enemigos* fueron *parásitos* para los soviéticos, *subhumanos* para los nazistas¹²¹ y *enemigos del estado* para los fascistas¹²², todos sometidos a un *sistema penal paralelo* compuesto por tribunales especiales inquisitoriales/policiales. Por supuesto que en la realidad fueron mucho más crueles los nazistas, que los eliminaron a casi todos en sus campos de concentración, asesinaron a los enfermos que consideraban incurables y castraron y esterilizaron a muchos miles de personas por su orientación sexual, pero ello no excluye otras atrocidades ni obsta a que en el fondo hubiese una base ideológica común en lo penal, que era el *peligrosismo médico/policial* (racismo) proveniente del siglo XIX.

En el plano real, estos autoritarismos ejercieron su poder represivo en forma genocida, creando los ya mencionados sistemas penales *subterráneos*, con desapariciones, torturas y ejecuciones policiales, individuales y masivas, sin ningún sustento legal. El *Holocausto* no tuvo base legal ni siquiera en la propia legislación nazista, como no fuera el

civilización, en August Matteuzzi, *Les facteurs de l'évolution des peuples ou l'influence du milieu physique et tellurique et de l'hérédité des caracteres acquis dans l'évolution et la dissolution des peuples*, Bruselas-París, 1900.

¹²⁰ Cfr. Infra, III,4, en especial la certera confirmación por la pluma de Filippo Grisigni en su aberrante polémica con Edmund Mezger allí cit.

¹²¹ V. Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia, 2003; Michael Burleigh/Wolfgang Wippermann, *Lo Stato razziale, Germania 1933-1945*, Rizzoli, 1992.

¹²² Aunque el racismo fascista fue mucho menos marcado que el nazi, no por ello dejó de existir. Prueba de ello son publicaciones como: Paolo Orano, *Inchiesta sulla razza*, Roma, 1939; Julius Evola, *Il mito del sangue*, reed. Padova, 1978; del mismo, *Sintesi della dottrina della razza*, Padova, 1978; una visión de conjunto en: Giorgio Israel/Pietro Nastasi, *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Il Mulino, 1998.

bochornoso *Führerprinzip*¹²³. La eliminación de los prisioneros polacos por el stalinismo tampoco la tuvo¹²⁴. La famosa *noche de los cuchillos largos* no fue más que un asesinato selectivo de *hostis judicatus* o disidentes¹²⁵. Las leyes penales de estos autoritarismos mostraban sólo la cara visible del sistema penal formal y algo del sistema penal paralelo, mientras en la trastienda funcionaba el más terrible, el *subterráneo*, sin ley y sin límites.

Pero, considerando que el poder punitivo no tenía límites, cabe preguntarse: *¿Para qué mostrar la ley? ¿A quién mostrar con la ley un poder limitado que se ejercía ilimitadamente? ¿A quién se dirigía la ley sociológicamente hablando?*

Las leyes las redactaban juristas, y no podían dirigirse a los autócratas que se las encomendaban a través de sus amanuenses. Si se dirigían a ellos, no era para limitarles su poder omnímodo, sino *para agradarles*.

Todas las leyes *de defensa y de protección* del estado nazi¹²⁶ se dirigían al *Führer* para complacerle, pero también *al público*, para *propagar las bondades de un régimen que pretendía que con ellas lo defendía y protegía*¹²⁷. Básicamente, pues, *estas leyes autoritarias tenían dos destinatarios: los autócratas, a quienes sus escribas debían agradar para no caer en desgracia, y el público, ante el cual debían servir de propaganda*. Sólo secundariamente tendían a burocratizar la supresión de *enemigos*, que eran los extraños u *hostis*¹²⁸. En la práctica, eliminaban con la muerte a los criminales graves y con ésta y el exilio a los disidentes, y

¹²³ Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1933.

¹²⁴ V. Victor Zaslavsky, *La memoria storica nella Russia postsovietica: il bisogno di dimenticare e lo sforzo di ricordare*, en AA.VV., “Storia, verità e giustizia, I crimini del XX secolo”, a cura di Marcello Flores, Bruno Mondadori, Milano, 2001, págs. 222 y ss. (226).

¹²⁵ Sobre esto Ian Kershaw, *Hitler 1889-1936*, Madrid, 2000, pp. 489 y ss.; en la época la publicación de los exiliados alemanes: *Weissbuch über die Erschiessungen des 30. Juni*, París, 1934.

¹²⁶ V. estas altisonantes designaciones y las leyes en: Dalcke, *Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen*, Berlin, 1938.

¹²⁷ No puede negarse que también, en última instancia, servían para un reparto de funciones internas del poder, para evitar en alguna medida el caos que en todo régimen autoritario provocan las luchas competitivas entre sus jerarcas y corporaciones.

¹²⁸ Sobre el siniestro sentido de la voz “extraños” (*Fremde*) por la legislación nazi, Francisco Muñoz Conde, op. cit., pp. 170 y ss.; también Buleigh/Wippermann, especialmente capítulo VI.

encerraban por tiempo indeterminado a los molestos, aunque los nazistas decidieron también regresar a la eliminación de éstos últimos.

La principal característica de las leyes que regían el sistema penal mostrable, o sea, el oficial o público, era su *frontalidad*. Este rasgo fue descripto para el arte cortesano por Julius Lange y Adolf Erman, señalando que su principio rector es que la figura humana o el lenguaje o cualquier manifestación, están dirigidos a un observador, al que deben agradar, en actitud respetuosa y servil. Es la misma frontalidad del teatro cortesano, que nunca vuelve la espalda al observador, que siempre le recuerda que se trata de una ficción que está dirigida a él y no a otro¹²⁹. Apenas con el relativismo sofista y su pluralismo de perspectivas desapareció la frontalidad¹³⁰. Idénticos rasgos presentaron estas leyes de los autoritarismos de entreguerras.

Esa legislación era parte de todo un escenario que compartía en alta medida el *carácter frontalista*, del que también formaban parte la arquitectura monumental con imponentes fachadas neoclásicas, las estatuas colosales, las inmensas paradas y desfiles uniformados¹³¹, los atuendos vistosos, las condecoraciones y ceremonias particularmente ostentosas, el generalizado histrionismo, etc. Esto se explica porque, en definitiva, *la frontalidad es característica de toda manifestación de un régimen autocrático y no solamente de las artísticas, lo que hace que también sus leyes sean frontalistas*.

Si bien las leyes se dirigían al autócrata y también al público, no por ello eran bifrontes, sino que tenían un único frente: al autócrata le agradaba lo que le servía como propaganda, especialmente en una época en que se adquiriría clara consciencia del formidable poder de la propaganda¹³².

¹²⁹ Cfr. Arnold Hauser, *Historia social de la literatura y el arte*, Madrid, 1971, I, pp. 64 y ss.

¹³⁰ Idem, p. 129. Se ha sostenido con razón que la frontalidad, claramente manifiesta en el arte egipcio antiguo, es característica de las autocracias, común con el repudio a la desnudez, sólo tolerada como muestra del *hombre sano y superior* en los colosos musculosos de mármol comunes a todas ellas, idóneos para sublimar las tendencias homófilas que se quieren controlar (cfr. Heinz-Dieter Schilling (herausg.), *Schwule und Faschismus*, Berlin, 1983). El ocultamiento del desnudo y de la muerte es el ocultamiento de la igualdad (Arnold Hauser, op. cit., p. 101, con cita de Julius Lange), aunque no sólo de ella, claro está.

¹³¹ Ver las impresionantes ilustraciones de: *Deutschland erwacht. Werden, Kampf und Sieg der NSDAP*, con textos de Wilfrid Bade y selección de fotos de Heinrich Hoffmann, Berlin, 1933.

¹³² V. la graficación significativa de Anthony Rhodes, *Propaganda. The Art of Persuasion: World War II*, Pennsylvania, 1993; sobre la propaganda totalitaria, Hannah Arendt, *O sistema totalitário*, Lisboa, 1978, pág. 433.

Esto no significa que por dirigirse al público fuesen democráticas, puesto que respondían a lo que desde entonces se llama *völkisch*.

En rigor, lo nuevo a su respecto es la denominación *völkisch*, pero no el fenómeno en sí, que es una técnica que acompaña toda fabricación de un enemigo desde hace siglos¹³³. La técnica *völkisch* (o *populachera*) consiste en *alimentar y reforzar los peores prejuicios para estimular públicamente la identificación del enemigo de turno*. Al analizar el nazismo se llamó la atención sobre esta técnica y se la bautizó, especialmente porque está íntimamente vinculada al discurso que privilegia en lo teórico la pretendida *democracia plebiscitaria*, anticipada por Weber y sostenida por Carl Schmitt, asociada con su concepto *decisionista* de lo político basado en la distinción de *amigo/enemigo*¹³⁴, que lo explicita en este período.

De cualquier manera, por mucho que en ese momento el discurso haya alcanzado su más alto grado de sinceridad, se trataba de una racionalización para justificar un régimen político que ejercía un poder represivo ilimitado, habilitado por leyes aberrantes o, directamente, sin ninguna habilitación legal, pero que, *con o sin cita de Schmitt y con mayor o menor elaboración, acudía al recurso que siempre se ha usado para legitimar el poder punitivo ilimitado en cualquier emergencia: la alucinación de una guerra*.

Si bien *toda identificación del enemigo se basa en un mito*¹³⁵, la frontalidad de los autoritarismos de entreguerras lo hizo de modo perversamente grosero. La extrema brutalidad nazista desplazó algunas racionalizaciones más elaboradas reemplazándolas por las más primitivas; prefirió las fábulas de Rosenberg¹³⁶ a las elaboraciones de Schmitt o de Heidegger. En el fascismo parecían convivir discursos diferentes y no

¹³³ El propio Hitler la había aprendido de Karl Lueger, el síndico antisemita de Viena a quien había escuchado en su juventud, cfr. Joachim C. Fest, *Hitler, Il Führer e il nazismo*, Rizzoli, 1991, p. 46.

¹³⁴ V. infra, IV.

¹³⁵ Esta verificación pone en crisis el concepto de *guerra religiosa*, pues llevaría a considerar que todas las guerras son *religiosas*. No creemos que esta conclusión sea correcta, sino que más bien demostraría que no hay verdaderas *guerras religiosas*, sino que todas las guerras son míticas o, mejor, que *todas las guerras son idolátricas*.

¹³⁶ Alfred Rosenberg, *El mito del siglo XX. Una valoración de las luchas anímico-espirituales de las formas de nuestro tiempo*, Buenos Aires, 1976. No hacía más que reciclar a Houston Stewart Chamberlain (*Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, München, 1906) y a Arthur de Gobineau (*Essai sur l'inégalité des races humaines*, París, 1967 ; trad. it. : *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Rizzoli, 1997).

molestaban sus dispares niveles de elaboración¹³⁷, y el stalinismo eliminaba directamente a los que se podían volver molestos según la paranoia del autócrata. Los mitos más groseros se imponen porque existe siempre una relación inversa entre el grado de irracionalidad y brutalidad del poder represivo y el nivel de elaboración del discurso que trata de legitimarlo¹³⁸, y también porque se adecuan mejor a las demandas publicitarias.

No obstante, cabe insistir en la presencia de estos mitos, algunos muy viejos -como los raciales y de la sangre¹³⁹-, otros más nacionalistas, producto de tradiciones idealistas y de la necesidad de reforzar estados unificados recientemente¹⁴⁰. Los mitos antiguos en parte se combinaron con el viejo racismo spenceriano y, a decir verdad, si bien eran aberrantes, no puede negársele -como tampoco al viejo racismo- su inventiva colorida ni su creatividad depravada, es decir, *la brillantez de su perversión*.

6. El nuevo autoritarismo *cool*/ del siglo XXI

Caracterizado el autoritarismo de entreguerras y su ejercicio de poder punitivo, estamos en condiciones de mostrar sus grandes diferencias con el autoritarismo del actual ejercicio de este poder y su discurso planetario único.

Pasada la segunda guerra mundial y la llamada guerra fría, el capital cambió su naturaleza con la globalización¹⁴¹. Sus predominantes intereses

¹³⁷ V.Emilio Gentile, *Le origine dell'ideologia fascista (1918-1925)*, Bologna, 1996; sobre Giovanni Gentile, desde diferentes perspectivas, Sergio Romano, *Giovanni Gentile. La filosofia al potere*, Milano, 1990; Ugo Spirito, *Giovanni Gentile*, Firenze, 1969.

¹³⁸ Aproximadamente, Georg Lukacs, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México, 1983, p. 7.

¹³⁹ V. Léon Poliakov, *Il mito ariano. Saggio sulle origine del nazismo e dei nazionalismi*, Roma, 1999.

¹⁴⁰ Sobre los penalistas hegelianos alemanes e italianos, n. *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., 1987, II, pp. 171-177.

¹⁴¹ Entre otros: Octavio Ianni, *A era do globalismo*, Rio de Janeiro, 1997; Hans-Peter Martin/Harald Schumann, *A armadilha da globalização, O assalto à democracia e ao bem-estar social*, Sao Paulo, 1998; Richard Falk, *La globalización depredadora, Una crítica*, Madrid, 2002; Celso Furtado, *O capitalismo global*, Rio de Janeiro, 1998; Ulrich Beck, *Che cosa è la globalizzazione, Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999; Zygmunt Bauman, *Globalização: as consequências humanas*, Rio de Janeiro, 1999; Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Madrid, 2002; Heinz Dieterich, *Identidad nacional y globalización*, México D.F., 2000; Eric J. Hobsbawm, *Intervista sul nuovo secolo a cura di Antonio Polito*, Laterza, 2000; Bruno Amoroso, *L'apartheid globale*.

especulativos están garantizados por un complejo sistema de organismos internacionales, pero son sostenidos principalmente por la administración republicana de los Estados Unidos, potencia que había pasado al primer plano desde la primera guerra mundial, en que Europa fue arrasada y los republicanos que sucedieron al idealista presidente Wilson¹⁴² la libraron a su suerte.

En los años veinte del siglo pasado la afluencia de capital hacia Estados Unidos provocó también la de inmigrantes, seleccionados conforme a criterios racistas¹⁴³ rechazados por el discurso académico de ese mismo tiempo¹⁴⁴, y la prohibición alcohólica originó fuertes organizaciones de criminalidad de mercado¹⁴⁵. La terrible crisis de 1929 dio lugar al *New Deal* (estado providente, *Welfare State* o *populismo* estadounidense) y los hechos posteriores acentuaron el poder de los Estados Unidos en el mundo, no exento de componente mítico¹⁴⁶. El abrupto final de la llamada *guerra fría* los dejó como potencia hegemónica indiscutida.

El sistema penal norteamericano fue interesante en cuanto a penas no privativas de la libertad¹⁴⁷, la odiosa presencia de la pena de muerte parecía llegar a su fin cuando en 1972 la Corte Suprema declaró su

Globalizzazione. Marginalizzazione economica. Destabilizzazione politica, Roma, 1999. V. n. trabajo, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1999/A, reproducido en “Direito e Cidadania”, Praia, República de Cabo Verde, año 3, nº 8, noviembre de 1999 febrero de 2000.

¹⁴² Wilson fue un teórico importante, un académico con ideas políticas democráticas y propias: Woodrow Wilson, *El gobierno del Congreso, Estudio sobre la organización política americana*, trad. de Julio Carrié, Buenos Aires, 1902; sobre Wilson, Arthur S. Link, *Woodrow Wilson*, S. Paulo, 1963. .

¹⁴³ Estos criterios merecieron la entusiasta admiración de Adolf Hitler: *Allí se niegan a aceptar la inmigración de elementos nocivos desde el punto de vista de la salud social y prohíben en absoluto la naturalización de ciertas y determinadas razas, dando así unos tímidos pasos en dirección a un modo de contemplar las cosas que se parece muchísimo al concepto de Estado nacional* (Mi lucha, Sgo. De Chile, 1939, p. 126. Pretendieron ser renovados en la última década del siglo: sobre ello, John Sedgwinck, *Inside the Pioneer Fund*; Adam Millar, *Professors of Hate*, ambos en “The Bell Curve Debate”, edited by Russell Jacoby and Noemí Glaubergerman, Times Books, 1995, pp. 144 y 162. .

¹⁴⁴ En lo académico el spencerianismo había sido superado por las tesis culturalistas y democráticas (V. Fanz Boas, *Cuestiones fundamentales de antropología cultural*, Buenos Aires, 1965).

¹⁴⁵ Hill Severn, *The End of the Roaring Twenties, Prohibition and Repeal*, N. York, 1969.

¹⁴⁶ V. por ej., John Fiske, *Ideas políticas americanas consideradas del punto de vista de la historia universal, Tres conferencias dadas en la Institución Real de la Gran Bretaña*, trad. de Julio Carrié, Buenos Aires, 1902.

¹⁴⁷ Siempre despertaron interés comparatista: por ej., *La Probatio (Régime de la mise á l'épreuve) et les mesures analogues*, Imprenta Administrativa, Melón, 1953. Es clara su influencia en la penología europea posterior: HEUNI, Norman Bishop, *Non-custodial alternatives in Europe*, Helsinski, 1988; Anton M. van Kalmthout/Peter J. P. Tak, *Sanctions-Systems in the member-States of the Council of Europe*, 1988.

inconstitucionalidad¹⁴⁸, con el magnífico voto del juez decano que la fundaba en la selectividad¹⁴⁹; los índices de prisionización se mantenían estables desde el siglo XIX¹⁵⁰. Esta situación se modificó radicalmente desde fines de la década del setenta del siglo pasado, en que el índice de prisionización comenzó a subir en forma exponencial y el sistema penal se sobredimensionó¹⁵¹, manteniendo prisionizados y controlados (en *parole* y en *probation*) a millones de personas y proporcionando empleo a más millones. En el marco de una economía de servicios, el sistema penal se convirtió en un factor de reducción del índice de desempleo o condición de plena ocupación.

La altísima selectividad del control represivo en los Estados Unidos es negada por los jueces¹⁵². Se restableció la pena de muerte, relegitimada por los jueces republicanos incorporados a la Corte Suprema por los presidentes de ese partido, comenzando por los designados por el presidente Nixon -de triste memoria-, siendo el único país de América y Europa que la aplica profusamente¹⁵³, condenado por la OEA por ejecución de menores.

Además, ha cundido legislación penal que impone pena perpetua a quienes hayan cometido tres o más delitos (*three strikes out*), o sea, que restableció la relegación definitiva de los *indeseables* o *enemigos*, violatoria del principio de proporcionalidad.

En el plano procesal, el juicio se ha vuelto extraordinario, de modo que las garantías del jurado han sido suprimidas para las personas de escasos recursos. La *bargaining* o negociación es poco menos que una extorsión contra las minorías y todos los segmentos de bajos recursos. Por esta vía el proceso penal acusatorio devino en gran medida una ficción,

¹⁴⁸ Furman v. Georgia, en AA.VV., *The death penalty in America, Current controversies*, edited by Hugo Adam Bedau, New York, 1997, p. 189; Marino Barbero Santos, *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, 1985, pp. 179 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. Joachim Herrmann – Dick Marty, *Vers l'abolition de la peine de mort aux États-Unis?*, en “Revue de Droit Pénal et de Criminologie”, Bruselas, 1973, págs. 161 y sgts.

¹⁵⁰ V. Nils Christie, *Crime control as industry, Towards Gulags, western style*, 1993, p. 93.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² McCleskey v. Kemp, en *The death penalty in America*, cit., p. 254.

¹⁵³ Idem, p. 10; José Sáez Capel, *Pena de muerte, Cuando el Estado asesina*, Buenos Aires, 1999.

pues la decisión queda en manos del propio acusador (el ministerio público).

A diferencia del capital productivo, el globalizado no es manejado por empresarios, sino por administradores de *conglomerados*, que son tecnócratas que deben obtener la mayor renta en el menor tiempo, para evitar que sus inversores busquen otro tecnócrata más eficaz a quien confiar sus recursos. Es así como estos operadores van venciendo escrúpulos, hasta que su actividad entra con frecuencia en una zona donde se torna confusa con la delincuencia económica y algunas veces caen víctimas de sus choques con otros competidores y provocan catástrofes financieras con sorprendentes desmoronamientos de imperios de cartulina.

Debido principalmente a este fenómeno se ha impulsado una legislación inquisitoria, con elementos provenientes de la edad media (espías, delatores, procedimientos secretos, posiciones de garante absurdas, etc.) aplicable a un nebuloso conjunto de infracciones designadas genéricamente como *crimen organizado*, que motivó un número increíble de instrumentos internacionales¹⁵⁴. Se trata de un *pseudoconcepto* inventado por el periodismo y los políticos de la primera mitad del siglo pasado, sobre el que nunca la criminología había logrado un acuerdo, pero que ahora ha sido adoptado legislativamente para abarcar hipótesis conflictivas heterogéneas que, como resulta obvio, no pueden neutralizarse con idénticas medidas, pues nadie puede sostener racionalmente que el secuestro extorsivo, el juego ilícito y el lavado de dinero puedan combatirse y prevenirse con iguales métodos.

En definitiva, la idea menos difusa de *crimen organizado* equivale a *criminalidad de mercado*, lo que basta para mostrar la enormidad del universo abarcado¹⁵⁵. La verificación de que la mayor parte de estas actividades requieren el complemento de la corrupción pública¹⁵⁶, desató

¹⁵⁴ V. M. Cherif Bassiouni – Eduardo Vetere, *Organized Crime. A Compilation of U.N. Documents 1975-1998*, N. York, 1998.

¹⁵⁵ V n. trabajo, *El crimen organizado, Una categoría frustrada*, en Homenaje al Prof. Ricardo C. Núñez, Córdoba, 1995.

¹⁵⁶ Al respecto: Julio Virgolini, *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004; del mismo, *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Bs. As., 2005.

paralelas campañas de caza de brujas que, no por azar, nunca dan con los responsables del vaciamiento de países enteros¹⁵⁷, pero motivó una enorme burocracia nacional e internacional y llegó con su moralina al absurdo de pretender un *impeachment* contra un presidente de los Estados Unidos por un coito oral extramatrimonial consentido con persona adulta.

Tanto el *crimen organizado* como la corrupción¹⁵⁸ son funcionales para habilitar poder punitivo y la intromisión del estado en cualquier actividad económica desagradable al equipo de turno o que sea útil para eliminar o difamar a competidores, sin los límites ni las garantías constitucionales para tales intervenciones. Además, la campaña contra la corrupción parece centrarse más en evitar mayores costos a los inversionistas extranjeros en países periféricos que en los principios éticos que se enuncian o en los daños estructurales que causan a las economías locales.

Los Estados Unidos no rinden cuentas ante tribunales internacionales, pues no ratificaron los tratados que puedan comprometerlos. El país del multilateralismo de Wilson, hoy es campeón del unilateralismo y su política aislacionista en materia de compromisos internacionales e intervencionista como policía planetaria es semejante a la de los totalitarismos que provocaron el colapso de la Liga de las Naciones en momentos previos a la segunda guerra mundial. En el sistema penal, el país que difundió las garantías procesales practica hoy el inquisitorio más descarnado.

Este contexto obedece a que el nuevo papel de potencia más poderosa del planeta requirió un reforzamiento de su verticalismo interno. El discurso penal republicano desde 1980 es simplista: los políticos prometen más penas para proveer más seguridad; se afirma que los delincuentes no merecen garantías; se alucina una guerra a la criminalidad que, por supuesto, también es *sucia*, porque los delincuentes no son *caballeros*; se afirma que los delincuentes violan derechos humanos;

¹⁵⁷ V. como ejemplo, los trabajos en José Octavio López Presa (Coord.), *Corrupción y cambio*, México, 1998.

¹⁵⁸ Es incuestionable que la corrupción debe ser combatida, pero lo cierto es que resulta absurdo pretender hacerlo con el sistema penal, que es una de las áreas más vulnerables a ella, cuando todos saben que la corrupción surge en el espacio de poder arbitrario, y la única forma eficaz de prevenirla es cerrando esos espacios, mediante una mejor y constantemente renovada ingeniería institucional.

algunos gobernadores buscan su reelección rodeados de las fotografías de los ejecutados a quienes no les conmutaron la pena de muerte; un exitoso candidato a presidente cerró su campaña mostrando la placa de un policía muerto y prometiendo venganza; un alcalde invirtió grandes sumas en mejorar el servicio de seguridad, depuró buena parte de la corrupción policial y actuó en tiempo de pleno empleo, pero pretende que su éxito estriba en la *tolerancia cero*¹⁵⁹ y explica simplezas a ejecutivos latinoamericanos que le pagan cifras astronómicas por escuchar sus incoherencias publicitarias¹⁶⁰.

El 11 de septiembre de 2001, ese sistema penal encontró un *enemigo* de cierta entidad en el llamado *terrorismo*. Al mismo tiempo, tomó prestada la *prevención* del discurso penal legitimante y pretendió presentar como *preventiva* la guerra contra Irak. Como nunca antes, se descarna la identidad del poder bélico con el punitivo en una desesperada búsqueda del enemigo.

Este autoritarismo extraño a la tradición norteamericana señala un deterioro cultural en su sociedad y, en lo político, un peligroso abandono de los principios fundadores de la democracia. Se caracteriza por su desesperación para conseguir un enemigo que llene el vacío que dejó la implosión soviética. La multiplicidad de candidatos, la insuficiencia de la droga y la excesiva abstracción del *crimen organizado*, lo incapacitan para individualizar enemigos creíbles más allá del delincuente callejero.

La carencia de prejuicios previos sobre los que sea permitido fabricar un nuevo enemigo¹⁶¹ sólo puede ser compensada con un hecho aterrador y, a este efecto, fue funcional el atentado de septiembre de 2001 para individualizar a un *enemigo* creíble. A partir del hecho concreto y cierto de muerte masiva e indiscriminada, se construye la nebulosa idea

¹⁵⁹ Sobre ella, Charles Pollard, *Tolerancia cero ¿Y mañana qué?*, en “Milenio”, Univ. de Gral. San Martín, año 2, n° 3, 1999, pp.17 y ss.; Hassemmer/Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2002, págs. 329 y sgts.

¹⁶⁰ Cfr. sobre esto en México, F. Muñoz Conde, *Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”*, en RDP, Buenos Aires, 2004, págs. 2 y sgts.

¹⁶¹ En su momento –como vimos– las brujas se asentaron sobre un largo prejuicio de creencias europeas a su respecto, cfr. Norman Cohn, *Los demonios familiares de Europa*, cit. En la actualidad existen muchos prejuicios, pero no está permitido edificar enemigos sobre todos ellos. Es innegable que hay sectores sociales que conservan prejuicios contra las mujeres, los judíos, los afroamericanos, los latinos, etc., pero no está permitido usarlos para crear enemigos. El espectro de prejuicios utilizables para edificar emergencias es más acotado.

de *terrorismo*, que no alcanza definición internacional y, por ende, abarca conductas de muy diferente gravedad, pero justifica medidas represivas que permiten retomar la vieja estructura inquisitorial y alimentarla con nuevos datos, correspondientes a la violencia criminal desatada a partir de la intervención en los países árabes.

La nueva emergencia quiere justificar exigencias internacionales de adopción de legislación penal y procesal penal autoritaria en todos los países del mundo. La necesidad de defenderse, *por cierto no ya de los actos concretos de homicidios masivos e indiscriminados*, sino del nebuloso *terrorismo*, legitima no sólo las *guerras preventivas* de intervención unilateral, sino también legislaciones autoritarias con poderes excepcionales¹⁶², que incluyen la privación de libertad indeterminada de personas que no se hallan en condición de prisioneros de guerra ni de reos procesados, sea con el pretexto de que no son ciudadanos de los Estados Unidos o de que no se hallan privados de libertad en su territorio. Estos últimos extremos son confrontados dentro de los propios países centrales¹⁶³, incluso por los máximos tribunales que -por fortuna- aún conservan poder suficiente para señalarles su desvío de las tradiciones liberales y humanistas¹⁶⁴.

De cualquier manera, si bien este nuevo enemigo es peligroso, no legitima la represión sobre los disidentes internos ni sobre los molestos (pequeños delincuentes comunes), pero como pretende justificar un control mayor sobre toda la población para evitar la infiltración de

¹⁶² Un panorama de las reformas penales europeas y norteamericana posteriores al 11-S, en Guillermo Portilla Contreras, *La configuración del "Homo sacer" como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial*, en Fernando Pérez Álvarez (Org.), "Serta. In memoriam Alessandri Baratta", Salamanca, 2004, págs. 1.401 y sgts.

¹⁶³ Cfr. Christian Harrington, *Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos*, en Roberto Bergalli-Iñaki Rivera Beiras, "Política criminal de la guerra", Barcelona, 2005, págs. 55 y sgts.

¹⁶⁴ Sobre la *Patriot Act* y la reacción de la Corte Suprema de los Estados Unidos, George P. Fletcher, *¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo*, en "Revista Penal", La Ley, n° 16, Madrid, julio de 2005, pp. 61 y sgts.; también, Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, en la misma, pp. 123 y sgts.; sobre la similar legislación británica, *Judgements – A (FC) and others (FC)(Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, *Opiniopns of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, en "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet.

terroristas, facilita y refuerza también el que se ejerce sobre éstos, especialmente sobre los *extraños* (extranjeros).

Debe señalarse, asimismo, que como la identificación de un nuevo enemigo siempre refleja una lucha de poder entre agencias, la que resulta hegemónica termina imponiendo su propio discurso de emergencia y desplazando a los anteriores, en una pugna en que se juegan presupuestos siderales, pero, por efecto de la globalización, la decisión en esas luchas de agencias dentro de los Estados Unidos acaba teniendo consecuencias planetarias.

Fuera de América, Europa enfrenta una situación singular. Los países que durante la *guerra fría* formaban la *Europa occidental*, alcanzaron un alto nivel de vida y lograron una integración importante. La *caída del muro* provocó un cambio notable, pues dejó en libertad a una población muy grande en países notoriamente atrasados en su desarrollo y vecinos a los de alto nivel de vida. Además, desde África -que se halla en situación desesperante- es bastante fácil pasar a Europa, con lo que se facilita la migración. La población tiene nuevos candidatos a *enemigos*, que son los inmigrantes que compiten por los mismos espacios de vivienda, de servicios sanitarios, de transporte, de asistencia social y educativos que usan las capas inferiores de la población establecida.

Además, la relativa estabilidad cultural y étnica europea la hace más sensible ante las diferencias de este orden, o sea, que es más sencillo señalar a los *extraños*, que se distinguen por su idioma, su indumentaria y su color de piel, todo lo cual tiene un inevitable reflejo político y legislativo¹⁶⁵. Cabe agregar que una buena parte son islámicos o al menos musulmanes, lo que permite fácilmente endilgarles el estereotipo del *terrorista*. Todo ello facilita el renacimiento y fortalecimiento de prejuicios y racismos¹⁶⁶. Se ha señalado el avance de leyes que permiten la

¹⁶⁵ Cfr. Giuseppe Mosconi, *Inmigración, seguridad y cárcel en Europa (En la perspectiva de la guerra global)*, en Roberto Bergalli-Iñaki Rivera Beiras, "Política criminal de la guerra", Barcelona, 2005, págs. 145 y sgts.

¹⁶⁶ V. Alberto Burgio, *La guerra delle razze*, Roma, 2001; Thomas Asseuer - Hans Sakowicz, *Rechtsradikale in Deutschland. Die alte und die neue Rechte*, München, 1992; Michel Wieviorka, *El espacio del racismo*, Barcelona, 1992.

expulsión como manifestación de *derecho penal del enemigo* en varios países europeos¹⁶⁷.

Los latinoamericanos no podemos extrañarnos de estos desarrollos europeos, teniendo en cuenta que todos los movimientos de derecha radical de nuestro continente pretendieron configurar una identidad nacional falsa apoyada en la imputación de todos los males a los inmigrantes considerados *hostis alienígenas*¹⁶⁸, que muchos de ellos asumieron los discursos de Barrés¹⁶⁹ y Maurras¹⁷⁰, que se sancionaron leyes de expulsión de extranjeros sin intervención judicial hace un siglo¹⁷¹ y que para algunos entusiastas de la seguridad nacional de los años setenta el estigma se extendía a los hijos y nietos de inmigrantes, imputándoles que favorecían el terrorismo y votaban equivocadamente en razón de su escaso patriotismo¹⁷².

En cualquier lugar y en todos los tiempos, desde Roma hasta la actualidad, el inmigrante es un buen candidato a *enemigo*, lo que es altamente riesgoso en una época de revolución comunicacional, que facilita y promueve los desplazamientos como nunca antes, en un planeta donde la expectativas de vida entre los países difieren en forma alarmante y la necesidad de sobrevivir deviene motor de las migraciones masivas, al tiempo que la globalización promovió la libre circulación de capitales y mercaderías, pero no la de humanos. De este modo, los capitales pueden producir donde los costos salariales sean menores, y los trabajadores quedan presos en los territorios de sus países, sin posibilidad alguna de ofrecer su trabajo donde haya demanda y los salarios sean más altos.

¹⁶⁷ Cfr. Manuel Cancio Meliá, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid, 2005, págs. 183 y sgts.; Federica Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo* (inérito); Fernando Navarro Cardoso, *Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de derecho penal “simbólico” con derecho penal del “enemigo”*, en iustel.com, RGDP, n° 2, noviembre de 2004; Laurent Bonelli, *Obsesión “securitaria” e ilegalismos populares en Francia desde principios de 1980*, en Bergalli-Rivera Beiras, op. cit., págs. 99 y sgts.

¹⁶⁸ Sandra McGee Deutsch, *Las derechas. La extrema derecha en la Argentina, el Brasil y Chile, 1890-1939*, Universidad Nacional de Quilmes, 2005; David Rock – Sandra McGee Deutsch y otros, *La derecha argentina. Nacionalistas, neoliberales, militares y clericales*, Buenos Aires, Vergara, 2001.

¹⁶⁹ V. Ramón Fernández, *Barrés*, París, 1943.

¹⁷⁰ James McCearney, *Maurras et son temps*, París, 1977.

¹⁷¹ V. Francisco Durá, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Buenos Aires, 1911; Cirilo Pavón, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Buenos Aires, 1913; Julio Herrera, *Anarquismo y defensa social*, Buenos Aires, 1917.

¹⁷² Así, Ambrosio Romero Carranza, *El terrorismo en la historia universal y en la Argentina*, Buenos Aires, 1980, pág. 290.

Lo cierto es que -planetariamente- la rápida sucesión de *enemigos* aumenta la angustia y reclama nuevos *enemigos* para calmarla, pues al no conseguir un *chivo expiatorio* adecuado ni poder reducir la anomia producida por la globalización, que cambia todos los significados y las reglas del juego, la angustia se potencia en forma circular. La vorágine de *enemigos* no da tiempo para la construcción de una identidad perversa como frente contra *un enemigo*.

Este nuevo autoritarismo, que nada tiene que ver con el *viejo* o de entreguerras, se propaga desde un aparato publicitario que se mueve sólo, que ha cobrado autonomía y se ha vuelto autista, que impone una propaganda puramente emocional que prohíbe denunciar, y que, además -y fundamentalmente- sólo cabe caracterizarlo con la expresión que los mismos medios difunden y que señala entre los más jóvenes lo superficial, lo que está de moda y se usa distraídamente: es *cool*¹⁷³. Lo es porque *no se lo asume como una convicción profunda, sino como una moda, a la que es necesario plegarse, sólo para no ser considerado o estigmatizado como anticuado o desubicado y para no perder espacio publicitario*.

7. El autoritarismo *cool* en América Latina

La característica más saliente del poder punitivo latinoamericano actual en su aspecto prisionizante, es que la gran mayoría -aproximadamente tres cuartas partes- de los presos se hallan sometidos a medidas de contención, porque son *procesados no condenados*. Desde el punto de vista formal esto constituye una *inversión del sistema penal*, pero desde la realidad percibida y descrita por la criminología, se trata de un poder punitivo que desde hace muchas décadas ha preferido operar mediante la prisión preventiva o *medida de contención provisoria* convertida en definitiva con la práctica. Dicho más claramente: casi todo el poder punitivo latinoamericano se ejerce en forma de *medidas* o sea,

¹⁷³ Las múltiples acepciones inglesas de la expresión coinciden en el significado de *superficial, no excitante, tibio, carente de entusiasmo* (Webster's Encyclopedyc Unabridged Dictionary of the English Language, N. York, 1989, p. 321). La traducción tradicional al castellano es "tibio", "indiferente" (Appleton's new English-Spanish Dictionary, N. York, 1916, p. 115).

que todo se ha convertido en privación de libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad.

La *medida cautelar* es pena cautelar, o sea que, por precaución, el poder punitivo se ejerce condenando materialmente a todos los sindicados a una medida y revisando con gran parsimonia esas condenaciones, tomándose años para ello, a efectos de verificar si corresponde una pena formal. La excarcelación o cese de la prisión preventiva o provisional importa una absolución, pues surte casi todos sus efectos.

En los casos de delitos *graves*, a la prisión preventiva siguen reclusiones perpetuas o penas absurdamente prolongadas, que en muchos casos superan la posibilidad de vida de las personas; los *molestos* siguen siendo eliminados con medidas administrativas, penas desproporcionadas (para reincidentes) e internación en cárceles donde se reconocen altísimos índices de violencia y mortalidad hétero y autoagresiva y morbilidad, o sea, con alta probabilidad de eliminación física, sin que hayan desaparecido las ejecuciones policiales y parapoliciales sin proceso, aunque por lo general no configuran un sistema penal subterráneo, debido a que no son sistemáticas, pese a que en ocasiones su frecuencia hace sospechar la peligrosa reaparición del desdoblamiento de seguridad nacional de los años setenta del siglo pasado.

De cualquier forma, cabe observar que los *molestos* no sufren pena formal, pues por lo general agotan ésta en la prisión cautelar.

Los *disidentes* son tolerados en mayor medida, aunque aumenta la represión a la *protesta social* de los excluidos del sistema productivo, mediante la aplicación extensiva de tipos penales y la interpretación restringida de causas de justificación o de exculpación¹⁷⁴. Los *iguales*, por último, cada vez más reducidos en función de la polarización de riqueza y hundimiento de las viejas capas medias, en los pocos casos en que son criminalizados suelen gozar de los beneficios y garantías de los manuales.

¹⁷⁴ V. n. trabajo, *Derecho Penal y protesta social*, en Libro-homenaje al Prof. Juan Bustos Ramírez, en curso de publicación; Raúl Gustavo Ferreyra, *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Buenos Aires, 2003, pp. 23 y sgts.; Roberto Gargarella, *El derecho de protesta, El primer derecho*, Buenos Aires, 2005; CELS, *El Estado frente a la protesta social 1996-2002*, Buenos Aires, 2003.

En síntesis, puede afirmarse que el poder punitivo en América Latina se ejerce mediante medidas de contención para sospechosos peligrosos, o sea, que se trata en la práctica de un derecho penal de *peligrosidad presunta* que en base a ella impone penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población prisionizada.

Dicho en términos más claros: aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por sospechosos (prisión o detención preventiva)¹⁷⁵. De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que en una cuarta parte de los casos, los infractores son condenados formalmente y se les hace cumplir sólo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante de casos, no se puede verificar la infracción y, por ende, al sujeto se le libera sin imponerle ninguna pena formal. Cabe precisar que existe una notoria resistencia de los tribunales a absolver a personas que han permanecido en prisión preventiva, de modo que en la cuarta parte de los casos en que esto sucede, es palmaria e incontrastable la arbitrariedad, pues se decide la absolución apenas cuando no existió para el tribunal posibilidad alguna de condena.

Como la comunicación masiva es lo que mayor grado de globalización ha alcanzado, el discurso del actual autoritarismo norteamericano es el más difundido del mundo. Su simplismo populachero (*völkisch*) se imita en todo el planeta por comunicadores ávidos de *rating*, aunque en América Latina tiene mayor éxito, dada su precariedad institucional. Favorecen su difusión mundial la brevedad y el impacto emocional del discurso vindicativo, que resultan a la medida de la televisión, dado su alto costo y la escasa disposición a todo esfuerzo pensante por parte de los usuarios.

En las sociedades más desfavorecidas por la globalización, como las latinoamericanas, el principal problema lo constituye la *exclusión social*,

¹⁷⁵ Cfr. Carranza/Mora/Houed/Zaffaroni, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, 1983, los monitoreos posteriores muestran el agravamiento de la situación.

que no suele ser controlada por represión directa, sino que se la neutraliza profundizando las contradicciones internas. El mensaje vindicativo es funcional para reproducir conflictos entre excluidos, pues los criminalizados, los victimizados y los policizados se reclutan de ese segmento, habiendo una relación inversa entre la violencia de los conflictos entre ellos y su capacidad de coalición y protagonismo.

En estas mismas sociedades, la polarización de riqueza que provocó la economía globalizada deterioró gravemente a las clases medias, volviéndolas anómicas¹⁷⁶. Por eso reclaman normas, pero no saben qué normas. Son *anómicos patéticos*, que claman por normas y en su desconcierto acaban encolumnándose detrás del discurso autoritario simplista y populachero del modelo norteamericano, que viene con el prestigio de una sociedad que envidian y admiran, y que será el que permitirá un mayor control sobre estas mismas clases medias, especialmente porque son las naturales proveedoras de futuros disidentes.

En general, aunque se trata de una hipótesis que sería menester investigar, pareciera que *a medida que la riqueza se polariza, avanza la anomia en el sentido originario de Durkheim y el discurso populachero grosero y primitivo tiene mayor aceptación porque parece compensar la seguridad perdida a causa de la globalización: la sociedad pierde cohesión y está ávida de un discurso que se la devuelva, por primitivo, vindicativo y völkisch o populachero que sea; se cohesiona detrás de un discurso simplista que clama por la venganza lisa y llana*¹⁷⁷.

Dado que el mensaje es fácilmente propagado, que se facilita desde el exterior, que es rentable para los empresarios de la comunicación social, que es funcional para el control de los excluidos, que tiene éxito entre ellos mismos y que satisface a las clases medias en decadencia, no es raro que los políticos se apoderen de él y hasta se lo disputen. Como el político que pretenda confrontar con este discurso será descalificado y

¹⁷⁶ Tanto en el sentido de Emile Durkheim (*Le suicide*, París, 1897), pues no les sirven las normas anteriores de acceso a la riqueza, como en el de Robert Merton (*Teoría y estructura sociales*, México, 1984), porque carecen socialmente de vías legítimas para ese mismo acceso.

¹⁷⁷ En sentido análogo en general, Zygmunt Bauman, *En busca de la política*, México, 1999.

marginado de su propio partido, si no lo asume por cálculo electoralista lo hará por temor y, de este modo, por oportunismo o por miedo, se impone el discurso único del nuevo autoritarismo.

La pobreza de medios para la instrucción de los procesos, lleva a que las policías dependientes del poder ejecutivo sean las verdaderas autoridades de instrucción o sumario. El deterioro policial y la corrupción fomentada por los políticos que habilitan crecientes espacios de recaudación ilícita degradan la eficacia del servicio de seguridad, lo cual, en un marco social en que el desempleo y la anomia que genera la exclusión aumentan la frecuencia de los errores de conducta violentos, resulta una verdadera combinación letal: se degradan la prevención primaria y también la secundaria.

El discurso del autoritarismo norteamericano es común con el que se instala en el resto de América, pero su funcionalidad es tan diferente como la realidad del poder represivo. En tanto que los Estados Unidos hacen de éste una empresa que ocupa a millones de personas, o sea que desplazan recursos de la asistencia social al sistema penal y contribuyen a resolver un problema de desempleo, en América Latina el sistema penal, lejos de proporcionar empleos, sirve para controlar a los excluidos del empleo, se vuelve brutalmente violento y las policías *autonomizadas y en disolución* ponen sitio a los poderes políticos¹⁷⁸.

El discurso *cool* se inserta en esta región en sistemas penales invertidos, con cárceles superpobladas de presos sin condena, donde el aumento de escalas penales no importa mayores penas sino más prisioneros preventivos (porque impide la excarcelación) y el derecho de ejecución penal es en gran medida una utopía, incluso formalmente aplicable a una minoría casi insignificante de presos.

Además, América Latina se está quedando sin policías, con lo que se destruye un elemental soporte estatal de la sociedad civil. La autonomización, la prohibición de sindicalización, la militarización y los mayores ámbitos de arbitrariedad, no hacen más que destruir las

¹⁷⁸ Su corrupción se combina con la de los caciques locales de los partidos y proporciona financiación para las elecciones internas de éstos, salpica a los poderes judiciales y debilita por su base a la misma democracia política.

instituciones policiales por vía de la corrupción y la anomia de sus integrantes.

Se forman cajas de recaudación ilícita que se pierden en las cúpulas de estructuras verticalizadas y cuya eficacia preventiva opera en relación inversa a su inescrupulosidad. Los peores costos los pagan con su integridad física los estamentos inferiores, con salarios degradados, autoritarismo interno, riesgos altísimos, anomia profesional, carencia de información, desprestigio público, aislamiento social y sin espacio para debatir horizontalmente sus condiciones laborales.

En este contexto, el discurso autoritario *cool*/ latinoamericano participa del simplismo del norteamericano y, al igual que aquél, carece de todo respaldo académico y se enorgullece de ello, pues esta publicidad populachera denigra constantemente la opinión técnica jurídica y criminológica, obligando a los operadores políticos a asumir idéntico desprecio¹⁷⁹.

Tampoco es posible dotarla de cualquier discurso coherente, pues sólo se compone de *slogans* o propaganda. La irracionalidad es de tal magnitud que su legitimación no puede provenir ni siquiera de groserías míticas -como Rosenberg en el nazismo-, sino que se reduce a puro mensaje publicitario con predominio de imágenes. Su técnica responde a una investigación de mercado, que vende el poder punitivo como una mercancía. En la medida en que se verifica que la promoción emocional de impulsos vindicativos tiene éxito comercial, se la perfecciona. Los servicios de noticias y los formadores de opinión son los encargados de su difusión. Los *especialistas* que se muestran no disponen de datos empíricos serios, son *opinadores* libres que reiteran el discurso único¹⁸⁰.

Con frecuencia se instrumentan víctimas o deudos, aprovechando por lo general la necesidad de desplazar culpas y elaborar el duelo, para que encabezen campañas de *ley y orden*, en las que la venganza es el principal

¹⁷⁹ Este mismo fenómeno lo constata en España José Luis Díez Ripollés, *El nuevo modelo de seguridad ciudadana*, en RECPC, <http://criminel.ugr.es/recpc>

¹⁸⁰ Es interesante verificar la similitud de la publicidad del sistema penal con la de los dentífricos o analgésicos: en ambas suelen presentarse personas que representan o actúan como especialistas. En otros casos, son las víctimas o sus deudos quienes asumen ese papel en los medios, como si la justicia del reclamo de un mejor servicio de seguridad dotase de los conocimientos técnicos para determinar las vías para su obtención.

objetivo. Las víctimas así manipuladas pasan a opinar como técnicos y como legisladores y convocan a su alrededor a los personajes más siniestros y oscuros del autoritarismo penal *völkisch*, ante los que se rinden los políticos amedrentados, brindando un espectáculo bochornoso para la democracia y la dignidad de la representación popular.

Las cúpulas policiales deterioradas, por su parte, en ocasiones manipulan los delitos, permitiendo o facilitando su comisión para generar la reacción de los medios masivos y protestas públicas contra las autoridades políticas, desprestigiar cualquier medida que restablezca garantías para la población o promover mayor represivización y obtener mayores ámbitos de arbitrariedad. En otras oportunidades inventan delitos inexistentes para mostrar eficacia o lograr mejores estadísticas, imputando a personas inocentes.

Por todos estos medios poco éticos o directamente criminales, *se vende la ilusión de que se obtendrá mayor seguridad urbana contra el delito común sancionando leyes que repriman fuera de cualquier medida a los pocos vulnerables y marginados que se individualizan (a menudo son débiles mentales) y aumentando la arbitrariedad policial, legitimando directa o indirectamente todo género de violencias incluso contra quienes objetan el discurso publicitario.*

Con ello no sólo se magnifica la inseguridad sino que, al proclamar la existencia de una pretendida impunidad o lenidad generalizada, se lanza un *metamensaje que incita públicamente a los excluidos al delito (delinchan que no pasa nada)*, asumiendo el efecto de una profecía autorrealizada; el mensaje, lejos de ser indiferente a la criminalidad común, en tiempos de desempleo, exclusión social y carencia de proyectos existenciales, pasa a tener claros efectos reproductores¹⁸¹.

En último análisis, se trata del envío de mensajes que se toman como verdaderos sólo porque tienen éxito publicitario. Se refuerza como prejuicio la convicción de que *un mundo que se desordena se puede*

¹⁸¹ Se lo ha visto claramente en la Argentina con la publicidad desatada en torno de los secuestros: difundió el “secuestro express”, pero lo más grave es que vulgarizó la idea de que el secuestro es delito “fácil” y rentable, con lo que reprodujo secuestros practicados por improvisados (el “secuestro bobo”) que acabaron con muertes, dado que son los más peligrosos para la vida de las víctimas.

ordenar con disciplina impuesta con represión indiscriminada y, al mismo tiempo, la idea de que el delito es empresa fácil e impune.

Lo cierto es que en este autoritarismo *cool*/ no se sabe quién es el *enemigo*, pues éstos se suceden sin sumarse; en lugar de definirlos fotográficamente se proyectan cinematográficamente, como *constructos* en serie de los medios de comunicación, en especial de la televisión. *El estado no los define, sino que sus autoridades se hallan sitiadas por las sucesivas imposiciones de los medios, cuya velocidad reproductiva es tan vertiginosa que impide los baches que dieron espacio a los discursos críticos. No siempre hay otra corporación que pretenda construir enemigos diferentes y que para ello deba desarmar los mitos anteriores, sino que suele ser la misma corporación productora de enemigos la que los descarta y los reemplaza.* Los anteriores ciclos se precipitan, pasando de *corriente alterna a corriente continua.*

Como el estado desapoderado de los países que llevan la peor parte en la globalización no puede resolver los problemas sociales serios¹⁸², sus políticos optan por simular que los resuelven o que saben cómo hacerlo, se vuelven *maneristas, afectados*¹⁸³, la política pasa a ser un espectáculo y el estado mismo se convierte en un espectáculo¹⁸⁴. Los políticos -presos en la esencia competitiva de su actividad- dejan de buscar *lo mejor* para preocuparse sólo por *lo que pueda transmitirse mejor* y aumentar su clientela electoral.

Este autoritarismo publicitario *cool*/ presenta una frontalidad grosera, pero como carece de enemigo fijo y también de mito, es desteñido, no tiene el colorido de entreguerras ni la inventiva del biologismo racista, su histrionismo es más bien patético, su pobreza creativa es formidable, es huérfano de toda *brillantez perversa*, más bien

¹⁸² En algunos casos porque su soberbia se lo impide, en otros porque las urgencias de la publicidad les exigen la producción de hechos sensacionales (lo que los políticos suelen denominar “los tiempos de la política”, diferentes de “los tiempos de la técnica”) y en otros, porque las limitaciones presupuestarias provenientes de las condiciones que se le imponen internacional o transnacionalmente a los países deudores prohíben las inversiones adecuadas.

¹⁸³ Sobre el manierismo en patología, Ludwig Binswanger, *Tres formas de la existencia frustrada*, Buenos Aires, 1972, pp. 127 y ss.

¹⁸⁴ Es interesante cómo este fenómeno fue percibido tempranamente por Roger-Gérard Schwartzenberg, *O Estado espetáculo*, Rio de Janeiro, 1978.

tiene una horrible y deprimente *opacidad perversa*. No hay monumentos neoclásicos, científicos racionalizando, paradas ostentosas, sino que es pobre, funciona porque es poco inteligente, es elemental, no piensa y promueve una *huelga del pensamiento*¹⁸⁵ o un *pensamiento nulo*¹⁸⁶, porque al menor soplo de pensamiento se implosionaría. *El ejercicio del poder punitivo se ha vuelto tan irracional que no tolera siquiera un discurso académico rastrero, o sea, que no tiene discurso, pues se reduce a mera publicidad.*

En su conjunto, este discurso autoritario *cool* de la comunicación publicitaria vindicativa, altamente populachero o *völkisch* -que opera con total autonomía de la realidad y de su conflictividad más seria, que se ocupa de algunas venganzas y deja de lado la prevención y otros ilícitos masivos, que ignora a las víctimas reales, que manipula y dramatiza sólo con las víctimas que le proporcionan *rating*-, como no tiene mito tampoco tiene dirección fija. Es una guerra sin enemigo fijo; el único enemigo que invariablemente reconoce es el que no puede dejar de tener ningún autoritarismo: quien confronta su discurso¹⁸⁷. De allí su permanente desprecio por la opinión técnica, respecto de la cual corren con la ventaja de que siempre ha sido dirigida a un círculo limitado y no ha aprendido la técnica de la comunicación masiva. Por lo general, cuando un técnico responsable trata de comunicarse por los medios masivos, suele hacerlo en forma muy poco clara para audiencias amplias.

Por todo ello, pocos se animan a contradecir la publicidad *cool* del discurso único y, por ende, su autoritarismo es de enorme magnitud. No se trata del estado autoritario que controla y censura los medios de comunicación, sino que la comunicación, convertida en publicidad en procura de *rating*, se ha vuelto autista e impone un discurso que está

¹⁸⁵ El siglo pasado conoció las primeras huelgas sistemáticas en las fábricas. El siglo próximo no se terminará sin una amenaza de huelga en la Noosfera (Pierre Teilhard de Chardin, *El fenómeno humano*, Madrid, 1965, p. 277).

¹⁸⁶ La expresión es de André Glucksman, quien observa que la propaganda actual no pretende imponer la mentira como verdad —a diferencia de la totalitaria de entreguerras— sino que impone el *no pensar*, o sea, el *pensamiento nulo* (*La estupidez: ideologías del postmodernismo*, Barcelona, 1994, pág. 59).

¹⁸⁷ La Cuestión Primera del *Malleus Maleficarum*, o sea, lo primero de que éste se ocupa, es de considerar herejes y condenar a los que niegan o ponen en duda el poder del diablo y de las brujas, incluso si lo hacen por ignorancia y ésta es intencional (trad. italiana, p. 40).

prohibido contradecir, incluso al propio estado, porque el único enemigo fijo que tiene es quien desprestigia la represión, que es su producto. *Como toda publicidad, no reconoce otro enemigo que quien niega las bondades del producto que promociona.*

Se le impone a los estados porque exige la alineación de los políticos que deben optar entre sumarse a la publicidad de la represión y estar a la moda (volverse *cool*) o ser desplazados por los competidores internos de sus propios partidos, que aprovecharían el flanco débil si se mostrasen *anticuados e impopulares*, o sea, no *cool*.

En esta coyuntura los políticos optan por montarse sobre el aparato autista y sancionar leyes penales y procesales autoritarias y violatorias de principios y garantías constitucionales, prever penas desproporcionadas o que no pueden cumplirse porque exceden la vida humana, reiterar tipificaciones y agravantes en marañas antojadizas, sancionar actos preparatorios, desarticular los códigos penales, sancionar leyes penales inexplicables por presiones extranjeras, ceder a las burocracias internacionales que buscan mostrar eficacia, introducir instituciones inquisitorias, regular la prisión preventiva como pena y, en definitiva, desconcertar a los tribunales mediante la moderna legislación penal *cool*, sin contar con otros muchos *folklorismos* penales, como pretender penar por encubrimiento a los familiares de víctimas de secuestro que no denuncien o que paguen el rescate exigido.

Esta legislación constituye el capítulo más triste de la actualidad latinoamericana¹⁸⁸ y el más deplorable de toda la historia de la legislación penal en la región, en que políticos intimidados por la amenaza de una publicidad negativa provocan *el mayor caos legal autoritario - incomprensible e irracional- que haya tenido lugar en la historia de nuestras legislaciones penales desde la independencia.*

Este período será señalado como el más degradado de la historia penal; su decadencia ni siquiera puede compararse con las legislaciones

¹⁸⁸ Una completa evaluación de los nefastos efectos del autoritarismo “cool” en la Argentina en José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, Córdoba, 2004. Parecidas investigaciones podrían llevarse a cabo, con resultados igualmente catastróficos, en casi todos los países de la región. El efecto del discurso único no se limita a América Latina, como lo prueban los trabajos sobre la reforma española de 2003.

autoritarias de entreguerras, que sancionaban leyes frontalistas para propaganda y complacencia de sus autócratas y, ni siquiera, con los momentos de legislación represiva de las frecuentes dictaduras de nuestro pasado, porque los legisladores actuales lo hacen sólo por temor a la publicidad contraria o por oportunismo, o sea, que su conducta no está orientada por un autoritarismo ideológico como el fascista, el nazista o el stalinista, ni tampoco por el autoritarismo coyuntural de las dictaduras militares, sino que es simplemente *cool*, lo cual resulta más decadente desde la perspectiva institucional. El presente desastre autoritario no responde a ninguna ideología, porque no lo rige ninguna idea, sino que es justamente todo lo contrario: es el *vacío del pensamiento*.

Cuando los legisladores latinoamericanos establecen penas de sesenta o más años en sus leyes¹⁸⁹, son más patéticos que los socialdemócratas de Weimar que borraban a los candidatos judíos de sus listas por temor a perder votos¹⁹⁰, de lo que, como es natural, luego se arrepintieron los sobrevivientes que lograron alcanzar el exilio.

El signo de la legislación autoritaria cool de nuestros días es la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia. No existe en ella la frontalidad de la perversión brillante del autoritarismo ideológico, sino la opacidad frontal de la ausencia de ideas; es absolutamente *cool*.

Los jueces, por su parte, también se hallan sometidos a la presión del discurso único publicitario de los medios masivos. Toda sentencia que confronte con el discurso único corre el riesgo de ser estigmatizada y el magistrado, según las circunstancias, puede hallarse en serias dificultades e incluso resultar destituido, procesado o condenado, como ha sucedido en varios países de la región.

Poco importa lo que dispongan las constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos, si los jueces no pueden aplicar sus

¹⁸⁹ Sobre las aporías del tiempo en el derecho penal, Ana Messuti, *El tiempo como pena*, Bs. As., 2001.

¹⁹⁰ Sobre las claudicaciones políticas en Weimar, Walter Laqueur, *La Repubblica di Weimar, 1918-1933: I mali oscuri della democrazia europea*, Milano, 1996; también Antonio Ramos Oliveira, *Historia social y política de Alemania 1800-1950*, México, 1952.

disposiciones, so pena de ser denunciados y perseguidos por la presión de los medios de comunicación, por los cuerpos colegiados de las propias estructuras judiciales, por los políticos que aprovechan para eliminar a los magistrados molestos, para hacer publicidad o, simplemente, por sus propios colegas para desprestigiar a un posible competidor en un ascenso o en rencillas palaciegas.

La vulnerabilidad de los jueces ante el discurso *cool* es muy considerable¹⁹¹ y, no obstante algunas desviaciones y excesos lamentables¹⁹², los jueces constituyen el principal frente de resistencia ante el avance del autoritarismo *cool*, no sólo en América Latina, como lo muestran las citadas sentencias de la Corte Suprema estadounidense y de la Cámara de los Lores británica¹⁹³.

8. Balance del ejercicio real del poder punitivo en la historia y en el presente

Con lo que acabamos de reseñar es posible verificar que siempre se reprimió y controló de modo diferente a los *iguales* y a los *extraños*, a los *amigos* y a los *enemigos*. La discriminación en el ejercicio del poder punitivo es una constante derivada de su selectividad estructural.

De cualquier manera, el vuelo sobre la historia del ejercicio real de este poder verticalizador permite comprobar que ha habido y hay grados de selectividad punitiva y que todo parece indicar que cuanto más abierta, igualitaria y tolerante es un sociedad, las diferencias de trato represivo entre *iguales* y *extraños* o *enemigos* se atenúan, como sucede en los países de la Unión Europea, por efecto de la extensión del ámbito de los *iguales*, aunque con graves riesgos de reinstalación, debido a las migraciones de Europa del este y de África y, en menor medida, de América.

Además, la historia demuestra que los marbetes han recaído sobre estereotipos muy diferentes, algunos inimaginables hoy, según la

¹⁹¹ Cfr. José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia*, cit., pág. 91.

¹⁹² La arbitrariedad legal siempre estimula la judicial, cfr. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pág. 845.

¹⁹³ Cfr. Supra, II, 6.

emergencia invocada, los prejuicios explotados por el discurso *völkisch* de cada momento, las corporaciones que asumieron la hegemonía discursiva y muchos imponderables, dando lugar a una desconcertante heterogeneidad que es prueba de que la calidad de *extraño* o *enemigo* se repartió con notoria *arbitrariedad* a lo largo de los siglos que lleva el poder punitivo desde su reaparición europea y planetaria, o sea, *al antojo de los que detentaron el poder*.

En América Latina se opera con una generalizada medida de seguridad por peligrosidad presunta (bajo la forma de prisión preventiva perversa) y solo excepcionalmente con penas, con lo cual toda propuesta de destinar penas o medidas de mera contención para los *enemigos* pierde bastante de su sentido, dado que éstas se emplean desde el comienzo mismo del proceso de criminalización secundaria e indiscriminadamente. Cabe entender que en América Latina casi todos los prisionizados son tratados como *enemigos* en el ejercicio real del poder punitivo.

Como resultado del autoritarismo *cool*/ contemporáneo, producto de la difusión mediática del sistema penal de los Estados Unidos, América Latina impone un trato penal diferenciado a sus clases subalternas, de las que extrae a los criminalizados, a los policizados y a los victimizados, que se neutralizan políticamente en sus contradicciones internas exacerbadas por el discurso vindicativo de los medios masivos de comunicación social.

Dicho en otros términos: la historia del ejercicio real del poder punitivo demuestra que *quienes ejercieron el poder fueron los que siempre individualizaron al enemigo, haciéndolo como mejor convino o fue funcional -o creyeron que lo era- a sus intereses en cada caso, y aplicaron esa etiqueta a quienes lo enfrentaban o molestaban, real, imaginaria o potencialmente*. El uso que han hecho de este tratamiento diferenciado dependió siempre de las circunstancias políticas y económicas concretas, siendo algunas veces moderado y otras absolutamente brutal, pero los ejes troncales que se desprenden de la primitiva concepción romana del *hostis* son perfectamente reconocibles a lo largo de toda la historia real del ejercicio del poder punitivo en el mundo. Hasta hoy subsisten las versiones del *hostis alienígena* y del *hostis judicatus*.

III. El *enemigo* en los discursos jurídico penales y criminológicos

1. El derecho penal premoderno

Nada es demasiado nuevo en el derecho penal, de modo que la *prehistoria de la legitimación discursiva del tratamiento penal diferenciado del enemigo* puede hurgarse en la antigüedad y buscársela en Protágoras y en Platón¹⁹⁴. Este último desarrolló por vez primera en el pensamiento occidental la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y, cuando ésta sea irreversible, debe ser eliminado¹⁹⁵. Protágoras sostenía una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un *derecho penal diferencial*, según el cual los *incorregibles* debían ser excluidos de la sociedad¹⁹⁶.

No es necesario, pues, acudir a los siglos recientes para encontrar teorizado y legitimado lo que siempre hizo el ejercicio del poder punitivo. Esto podría ser prueba de que el *enemigo* es una construcción tendencialmente estructural del discurso legitimante del poder punitivo. Se trata de una hipótesis que sólo apuntamos, porque lo que directamente nos interesa es la forma que asume a partir del restablecimiento de éste hace ocho siglos.

En estos últimos ocho siglos, toda teorización legitimante del tratamiento penal diferenciado para *enemigos* o *extraños* se basó en *emergencias*, o sea en amenazas a la supervivencia misma de la humanidad o de la sociedad que asumían el carácter de *guerras* y, por ende, *reducían el derecho penal a derecho administrativo y las penas a coerción directa*¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Sobre los antecedentes remotos del trato diferenciado a los “enemigos”, especialmente en el pensamiento griego, Luis Gracia Martín, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*, en <http://criminnet.ugr.es/redpc>

¹⁹⁵ *Las Leyes*, IX (Platón, “Obras Completas”, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1967, T. IV, p. 95 y ss.).

¹⁹⁶ Platón, *Protágoras*; sobre ello, Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, 1962, p. 35.

¹⁹⁷ *Poder de policía* en terminología administrativista antigua, como por ej. Otto Mayer, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1950, II, págs. 3 y sgts.

Como el mal que amenaza -la emergencia que se invoca- requiere una guerra, la necesidad de neutralizar el mal en acto impone la eliminación de todos los obstáculos para la defensa frente al enemigo poderoso, o sea, la plena disposición del poder ilimitado por parte del *dominus*, que siempre actúa por y para el bien. Tengamos en cuenta que el *dominus* no es tal porque siempre actúa para el bien, sino que siempre actúa para el bien porque es *dominus*. Cuando ello sucede, el derecho penal se identifica con las *medidas administrativas de coerción directa*, o sea, las que proceden cuando es necesario neutralizar un peligro en acto o inminente. En otras palabras: frente a la emergencia, pierde todo sentido la distinción entre la coerción que ejerce el policía para detener a quien intenta apuñalarnos y la que se practica luego como pena; ambas pasan a tener la misma naturaleza discursiva.

La conversión de todas las penas a coerción directa importa considerar que toda infracción es parte de una *agresión actual* y, por ende, todo el poder punitivo se ejerce en situación de *legítima defensa*, lo que habilita la lesión al ofensor en la medida necesaria para contener la agresión, *sin importar la magnitud del daño que se le provoca*. Por este camino se racionaliza la *legitimación de la tortura* en todo planteo inquisitorial de emergencia¹⁹⁸. Nadie puede negar la legitimidad de la acción del policía que tuerce el brazo del que intenta matar para que suelte el arma aunque se lo quiebre, si eso es necesario para evitar el homicidio, pero si se considera que la agresión actual continúa una vez que el sujeto se ha desprendido del arma y está reducido, se pretende legitimar que le siga torciendo o le quiebre el brazo cuando ya no es necesario para evitar el homicidio, sólo porque es necesario para saber quién le había encargado su comisión¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Puede verse esta racionalización desde el *Malleus* hasta los discursos de *seguridad nacional*, aunque nunca con su verdadero nombre, sino en *eufemismos* (sobre esto, Marie-Monique Robin, *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*, Buenos Aires, 2005, págs. 173 y sgts.).

¹⁹⁹ Curiosamente, en todo estado absoluto se desconoce la situación real de necesidad cuando se sacrifica la vida o la integridad física de rehenes aduciendo la necesidad de evitar la impunidad. El estado absoluto, para ejercer su poder punitivo, inventa una necesidad justificante cuando no existe y la niega cuando existe. En este último supuesto, la particular y nebulosa *defensa de la sociedad* es más importante que las vidas de las personas que son parte de ella.

La estructura de la emergencia se puso claramente de manifiesto desde la primera invención: como Jesús es una víctima del poder punitivo y no una divinidad guerrera, se le opuso un *enemigo guerrero*, jefe de un ejército de demonios, lo que permitió legitimar los ejércitos destinados a neutralizarle en el nombre de Cristo²⁰⁰, es decir que *mediante esta invención se presenta a una incuestionable víctima del poder punitivo ejerciendo legítimamente éste con formidable crueldad*. De este modo se llega al extremo de legitimar en nombre de un crucificado por el poder punitivo un ejercicio de éste que no conocía precedentes²⁰¹ y que no dudaría en condenar a la hoguera al propio Cristo y, seguramente, por vía de medida de contención o de seguridad, recluiría en un manicomio a San Francisco de Asís: su regreso en versión original los convertiría en la actualidad en *enemigos de la sociedad*²⁰².

Históricamente, la primera emergencia fue teorizada por los criminólogos medievales, llamados *demonólogos*, provenientes de la orden de los dominicos²⁰³, y fue sintetizada en el famoso *Malleus Maleficarum*, primera teorización extensa, detallada y elaborada con fina filigrana, del modelo integrado de criminología etiológica, derecho penal, procesal penal y criminalística²⁰⁴.

El procedimiento inquisitorial obligaba mediante tortura a denunciar a otros sospechosos, de modo reproductivo al infinito. Sus ventajas para el poder rápidamente lo extendieron a los tribunales laicos, donde se aplicó con mayor extensión aún que en los eclesiásticos.

Los jueces/policías/inquisidores se consideraban inmunes al mal del demonio. La etiología del mal (brujería) respondía a un discurso *teocrático/biologista*, fundado en la inferioridad de la mujer (más

²⁰⁰ Cfr. la complicada formación de esta dinámica en Carlos Amadeu B. Byington, prefacio a la ed. brasileña del *Malleus Maleficarum*, Ed. Rosa dos Tempos, Rio de Janeiro, 1991.

²⁰¹ V. Franco Cardini, *Magia, brujería y superstición en el Occidente medieval*, Barcelona, 1999; Elia Nathan Bravo, *Territorios del mal. Un estudio sobre la persecución europea de brujas*, México, 1997; Brian P. Levack, *La caccia alle streghe in Europa agli inizi dell'età moderna*, Roma, 1999.

²⁰² Se convertiría en realidad la leyenda del sumo inquisidor (Fedor Dostoyevski, *Los hermanos Karamazov*, Libro V, 5); sobre ella también la página de Nikolay Berdiaev, *Autobiografía espiritual*, Barcelona, 1957, págs. 170-171

²⁰³ V. Abbiati-Agnoletto-Lazzati, *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*, Milano, 2003.

²⁰⁴ H. Krämer-J. Sprenger, *El martillo de las brujas para golpear a las brujas con poderosa masa*, traducción de Miguel Jiménez Monteserín, Valladolid, 2004; *Il martello delle streghe*, Venecia, 1995.

vulnerable a la tentación maligna) por falla genética, encontrando signos físicos de esa inferioridad (marcas del diablo), ocultaban la tortura con denominaciones neutras, consideraban que la muerte bajo tortura era un favor de Satán a la bruja, que el suicidio tenía idéntica naturaleza, que la locura producida por el dolor era un favor diabólico que le permitía reír del tormento, etc.²⁰⁵ Los peores enemigos eran quienes negaban la existencia o el poder de las brujas, pues negaban el poder de los inquisidores, que magnificaban la naturaleza del mal hasta el punto de considerar que la brujería era un crimen más grave que el pecado original.

El proceso penal centralizaba en los inquisidores las figuras del defensor, del acusador y del juez. El defensor era permitido en límites muy estrechos y seriamente amenazado si se excedía en su función. La resistencia al tormento era prueba de ayuda diabólica, y la confesión bajo tormento era prueba de culpabilidad, de modo que siempre se hallaba culpable a la procesada. Con indicios bastaba para disponer la tortura y la confesión bajo tortura de otra bruja era indicio suficiente.

Si bien el enemigo formal era Satán, éste no podía hacer el mal sin la complicidad de los humanos y, entre éstos, los de menores dotes intelectuales y morales, o sea, quienes por razones biológicas y genéticas - por proceder de una costilla curva del pecho del hombre²⁰⁶ - eran naturalmente inferiores, o sea, las mujeres²⁰⁷.

Es claro que en esta primera emergencia, la figura de Satán cubría todo el panorama de la enemistad, pero el poder punitivo real recaía sobre sus cómplices necesarias, o sea, las mujeres. Ellas fueron las mayores *enemigas* teorizadas por el derecho penal de los primeros siglos del

²⁰⁵ Estas características fueron detalladas por el primer crítico orgánico del *Malleus*, el poeta jesuita Friedrich von Spee, en 1631, *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, Roma, 2004.

²⁰⁶ Así, *El martillo de las brujas*, Valladolid, 2004, p. 101. Es curioso señalar este pasaje poco comprensible, que hace referencia a una costilla curva, es decir, de una costilla del pecho, que está torcida y es cómo opuesta al varón. No se comprende qué es lo opuesto al varón, o dónde el varón es recto. Dada la vinculación de la inquisición y su saber acumulativo señorial con la idea del tiempo lineal, corresponde recordar que en 1979, Julia Kristeva sostuvo la tesis de que el tiempo lineal (muerte) es propio del hombre, en tanto que el tiempo cíclico (resurrección) es femenino, vinculado a los ciclos biológicos.

²⁰⁷ La pretendida inferioridad de la mujer, que la hacía cómplice necesaria del enemigo (Satán) era expresada por una falsa etimología de *femina*, que atribuían a *fe* y *minus* (menos fe) (*El martillo de las brujas*, Valladolid, 2004, cap. VI, p. 102), cuando en realidad proviene de la raíz sánscrita *dhe*, chupar o amamantar (Cfr. Roberts-Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madrid, 1997).

renacimiento del poder punitivo. Su enemistad era absoluta, porque celebraban pactos con el peor enemigo y porque éste no podía hacer el mal sin su concurso. Su pecado era mayor que el original, porque Adán y Eva habían caído en tentación, pero no habían celebrado un pacto con el *maligno*.

2. La prevención general positiva y la “razón de estado” como justificación premoderna de la selectividad del poder punitivo

El poder punitivo conforme a la primera expresión inquisitorial, se ejerció para afianzar la debilitada centralidad de la autoridad papal, por lo que en un comienzo cayó sobre las sectas o disidentes en forma genocida²⁰⁸. Con posterioridad, casi extinguidos los disidentes, pasó a ejercerse sobre las mujeres y el procedimiento fue rápidamente imitado por los tribunales laicos. Con la contrarreforma, se reorganizó la inquisición y pasó a ocuparse de los herejes luteranos. Tal como se ejerció durante toda la premodernidad, se trataba de un poder punitivo extremadamente selectivo.

La doctrina actual suele pasar por alto el dato de la selectividad, lo que es muy significativo, pues se trata de la característica estructural más vulnerable a la crítica política y social del poder punitivo. A diferencia de esta ignorancia u omisión actual y poco explicable, la doctrina premoderna se hacía cargo del planteamiento crítico o lo prevenía. La selectividad del poder punitivo no sólo fue admitida por la doctrina premoderna, sino que se ocupó de legitimarla, aceptando implícitamente que *para los amigos rige la impunidad y para los enemigos el castigo*.

La única manera de legitimar el poder punitivo reconociendo -o pasando por alto o subestimando- la selectividad es apelando al valor meramente simbólico de la pena y a su consiguiente funcionalidad como

²⁰⁸ V. Hoffman Nickerson, *La Inquisición y el genocidio del pueblo cátaro*, Barcelona, 2005; Jesús Mestre, *Cathari. Problema religioso, pretexto político*, Barcelona, 2005.

prevención general positiva, pues ésta puede cumplirse aunque la pena opere en muy contados casos y hasta en ninguno respecto de ciertos delitos. Por consiguiente, no debe extrañar que la doctrina premoderna haya elaborado este argumento. Aunque suelen mostrarse como desarrollos modernos y contemporáneos, lo cierto es que el valor simbólico de la pena y la prevención general positiva no lo son y menos aún son posmodernos, sino que las actuales tesis al respecto representan una vuelta a los discursos sustentados en el siglo XVI y cuyo más claro expositor ha sido nada menos que Jean Bodin, uno de los dos grandes teóricos fundadores, junto con Hobbes²⁰⁹, del concepto de soberanía²¹⁰.

Bodin reclamaba en su tiempo mayor represión para las brujas, cuya persecución había decaído en Francia²¹¹, y con tal motivo discurría sobre la pena en general de la siguiente manera: *Hay dos medios por los cuales las Repúblicas mantienen su estado y su grandeza: los premios y los castigos. Los primeros para los buenos, los otros para los malos. Si no existe este equilibrio habrá que esperar su inevitable ruina. Sin embargo, no es necesario que todos los hechos criminales sean castigados, porque no habría suficientes jueces para hacerlo y tampoco verdugos para ejecutar sus órdenes. De este modo, de diez crímenes, hay tan solo una condena y ordinariamente los condenados son pícaros. Aquellos que tienen amigos o dinero escapan habitualmente de la mano de los hombres. Claro que ni sus amigos ni sus bienes los protegerán de la mano de Dios*²¹².

Como pone en evidencia este párrafo, no importaba la extrema selectividad que hacía que los amigos y los adinerados no estuviesen

²⁰⁹ V. Carlos S. Fayt, *Historia del pensamiento político*, Bs. As., 2004, T. II, págs. 143 y sgts. Al igual que Hobbes, Bodino escribía impresionado por las guerras religiosas y, por ende, otorgaba al estado una base de legitimidad diferente de la religiosa y de carácter positivo (sobre ello, Alejandro Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Nomos Verlag, 2004, cap. I, A, 6, 6.1.).

²¹⁰ Juan Bodino, *Los seis libros de la República*, traducidos de lengua francesa y enmendados católicamente por Gaspar de Añastro Isunza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; al respecto el estudio preliminar de José Luis Bermejo Cabrero.

²¹¹ Cfr. Anne Lewellyn Berstow, *La caza de brujas en Europa*, Tikal Ediciones, Girona, s.d.(2003?), p. 101; otros autores señalan, sin embargo, que ese período no fue tan benigno con las brujas, así: Th. de Cauzons, *La magie et la sorcellerie en France*, París, s.d., III, págs. 233 y sgts.

²¹² J. Bodin, *De la demonomanie des sorciers, De l'inquisition des sorciers*, Livre IV, Chapitre 5, "De la peine qui méritent les sorciers", 215-217, París, chez Jacques du Puys, Libraire Iuré, 1587. págs. 215-217 (agradecemos la cita al Dr. Rodrigo Codino).

sometidos al poder punitivo, porque bastaba con penar a uno de cada diez, aunque fuese un vulgar *pícaro* o *belitre*. La única explicación de que Bodin viese cumplimentado el primer requisito de su párrafo citado era que las ejecuciones de los *pícaros* sirviesen sólo comunicativamente, o sea, para reafirmar la confianza en el sistema mismo, y así lo expresa el propio autor unas páginas antes del citado párrafo: *Es saludable (c'est une chose salubre) para el cuerpo de la República buscar y penar severamente a los brujos. De otra manera existe el peligro de que el propio pueblo lapide a los magistrados y a los brujos*²¹³. Es la salud del cuerpo de la República, o sea, el *sistema* u *organismo* de la República, que se desequilibraría dando lugar a que el pueblo se vuelva contra los propios magistrados, lo que imponía la ejecución de los *pícaros* que carecen de dinero y de amigos, es decir, que era la propia conservación del poder de los magistrados lo que les obligaba a matar a unos pocos *pícaros*. Mediante esas muertes el pueblo se tranquilizaba, o sea, no se rebelaba, vale decir, en actuales términos funcionalistas, que se *renormalizaba* la situación.

3. La doctrina penal de la modernidad y la pretendida individualización "óptica" del enemigo

Con la modernidad, se dejaron de lado las teorizaciones basadas en discursos teocrático/biologistas. Se retomó el idealismo platónico y se tendió a dejar al *extraño* fuera del derecho penal para librarlo a medidas policiales (derecho administrativo), en especial si se trataba de *molestos* o *indisciplinados (peligrosos potenciales)*.

Esto pudo teorizarse partiendo del propio Hegel. Para éste toda relación jurídica presupone la libertad de la voluntad, pues quien no es *autoconsciente* no puede entrar en esa relación, dado que *el campo del derecho es lo espiritual, y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y determinación; y el sistema del Derecho es el reino de la libertad*

²¹³ Idem, p. 185 *in fine*.

*realizada, el mundo del espíritu expresado por sí mismo, como en una segunda naturaleza*²¹⁴. Como el *extraño* no es autoconsciente, no comparte esa *segunda naturaleza*; por ende, no puede ser sometido a pena, porque no actúa con relevancia jurídica y no puede cometer un delito, sino sólo representar un peligro, como un animal fugado del zoológico.

Debe recordarse que para Hegel el derecho pertenece al momento del espíritu objetivo, o sea, después que el sujeto ha superado el momento subjetivo, cuando es autoconsciente. Como el *extraño* no ha llegado a ese punto, no puede relacionarse con otro ente autoconsciente y por ende su comportamiento no puede tener relevancia jurídica. De allí sólo hay un paso para convertirlo en enemigo en el supuesto de mostrarse *refractario*. Justo es reconocer que Hegel no recorrió este camino, aunque sus peyoraciones respecto de las culturas colonizadas permitirían inferirlo²¹⁵.

Pero el giro más importante hacia el autoritarismo por vía del derecho penal de autor se produjo en el siglo XIX, cuando las clases de industriales y comerciantes habían alcanzado la hegemonía social desplazando a la nobleza y al clero y, por ende, ya no necesitaban el discurso de contención del poder punitivo elaborado por los juristas y los filósofos, o sea, el discurso penal liberal proveniente del iluminismo. Esta vuelta al inquisitivo la llevó a cabo el *positivismo criminológico*, que teorizó *todo el derecho penal como derecho administrativo y todas las penas como medidas de coerción directa frente a peligrosos. Esto era coherente con su estructura autoritaria, porque, como es sabido, el principio inquisitorio en definitiva acaba con el derecho penal y lo disuelve en la coerción directa del derecho administrativo*.

Cuatro siglos después del *Malleus*, el positivismo criminológico, con el mismo esquema integrado de criminología etiológica, derecho penal, procesal penal y criminalística, volvió desembozadamente al sistema inquisitivo. El *extraño* o *enemigo*, tanto el criminal grave como el disidente²¹⁶, volvió a ser biológicamente inferior, no en razón de género

²¹⁴ Hegel, *Filosofía del derecho*, México, 1985, pp. 31-32.

²¹⁵ Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980, pp. 169, 177, 183, 215, 354, 596, 657.

²¹⁶ Sobre los disidentes, Cesare Lombroso, *Gli anarchici*, Torino, 1894; Lombroso/Laschi, *Le crime politique et les révolutions*, París, 1892; Benito Mario Andrade, *Estudio de antropología criminal espiritualista*, Madrid, 1899, pp. 203

como en el caso de las brujas²¹⁷, sino por patológico o perteneciente a una raza no suficientemente evolucionada (es un colonizado nacido por accidente en Europa²¹⁸) o por ser un *degenerado* (producto involutivo de una raza superior)²¹⁹. Satán era reemplazado por la *degeneración* y lo que se imponía era la neutralización de los *degenerados inferiores*, evitando en lo posible su reproducción mediante la esterilización y la *eugenesia*²²⁰.

La pena desapareció, reemplazada por medidas administrativas de coerción directa destinadas a contener el peligro que los infractores presentaban para la sociedad. Los jueces asumían la función de policías (como en el *Malleus*) y, por supuesto, los *extraños* o *enemigos* (reconocibles por el estereotipo) resultaban mucho más peligrosos que los *iguales* y, dada su inferioridad inmodificable, sólo cabía *eliminarlos*. El planteo teórico cancelaba el viejo trato diferencial de matriz hegeliana, pues para el positivismo los *iguales* también eran sometidos a medidas policiales, sólo que las destinadas a los *enemigos* eran *eliminatorias* y las de los *amigos* eran *correctivas*.

y ss.; también resultaban sospechosos los considerados supranormales (Lombroso, *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Torino, 1894). Max Nordau lo seguía cercanamente considerando degenerados a todos los artistas peligrosamente creativos, especialmente a Oscar Wilde (*Degeneración*, Madrid, 1902, II, págs. 118 y sgts.), a lo que Wilde parece haber respondido que los normales suelen ser idiotas (cfr. Richard Ellmann, *Oscar Wilde*, New York, 1987, pág. 550). Los líderes de movimientos masivos eran considerados de igual manera: Gustavo Le Bon, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912; del mismo, *Psicología das multidoes*, Rio de Janeiro, 1954; Scipio Sighele, *I delitti della folla*, Torino, 1910; J.M. Ramos Mejía, *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912; sobre la criminalización de multitudes y líderes, Jaap van Ginneken, *Folla, psicologia e politica*, Roma 1989.

²¹⁷ Aunque las mujeres seguían siendo consideradas inferiores en inteligencia y, por tanto, proclives a la prostitución, como “equivalente” del delito: Cesare Lombroso-Guglielmo Ferrero, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino, 1915; también en cuanto a la prostitución, Paul Kovalevsky, *La Psychologie criminelle*, París, 1903, I, pp. 181 y ss.

²¹⁸ Lombroso señala la semejanza del criminal nato con el mongoloide y el negroide (*L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie. Delinquente nato e pazzo morale*, 3ª. Ed., Torino, 1884, pp. 248 y 295). Desde muy antiguo se habían asignado caracteres humanos a los animales, para luego clasificar a los humanos conforme a éstos. Esta fue tarea comenzada por los fisiognomistas, desde Giovan Battista della Porta, *Della fisionomia dell'uomo. Con illustrazioni dell'edizione del 1610*, Parma, 1988. Para el siglo XVIII, Johann Caspar Lavater / Georg Christoph Lichtenberg, *Lo specchio dell'anima. Pro e contro la fisiognomica. Un dibattito settecentesco*, a cura di Giovanni Gurisatti, Padova, 1991; también Lucia Rodler, *Il corpo specchio dell'anima. Teoria e storia della fisiognomica*, Bruno Mondadori, 2000; Laurent Baridon – Martial Guédron, *Corps et art, Physionomies et physiologies dans les arts visuels*, París, 1999. Un meticuloso e inteligente desarrollo en Armelle Le Bras-Chopard, *El zoo de los filósofos. De la bestialización a la exclusión*, Taurus, Madrid, 2003.

²¹⁹ Sobre esto Daniel Dic, *Volti della degenerazione, una sindrome europea 1848-1918*, Firenze, 1999.

²²⁰ Al respecto, Marisa Miranda-Gustavo Vallejo (compiladores), *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*, Buenos Aires, 2005.

El *enemigo* o *extraño* no era para el positivismo alguien señalado como tal por el poder, sino por la naturaleza, pretendiendo de este modo la existencia *óptica* del *enemigo*; el *extraño* del positivismo no es un *enemigo político* en el sentido de que asume ese carácter en función de un acto de individualización política o de poder -a diferencia del que luego definirá Carl Schmitt-, sino un *enemigo óptico*.

Las expresiones más groseras de esta teorización de la *peligrosidad* y de la pretensión de individualización *óptica* del *enemigo* pertenecen a Rafael Garófalo, quien afirmaba que la ciencia penal tiene por objeto la defensa contra los *enemigos naturales de la sociedad* ²²¹ y que la indulgencia de los magistrados no es más que *el triunfo de la lógica conseguido a expensas de la seguridad y moralidad sociales* ²²². *A los ojos del pueblo* -escribía, en lo que parece el mejor tono *völkisch* o populachero de la publicidad vindicativa *cool* de comienzos del siglo XXI- *los códigos, los procedimientos y el mismo Poder Judicial, parece que se han puesto de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad, más bien que a la sociedad contra el criminal* ²²³.

Como buen seguidor de Spencer ²²⁴, Garófalo afirmaba que la sociedad debe producir un equivalente a la selección natural de Darwin ²²⁵ y, por ende, los enemigos deben eliminarse, pues *mediante una matanza en el campo de batalla la nación se defiende contra sus enemigos exteriores; mediante una ejecución capital, de sus enemigos interiores* ²²⁶. Su definición de *enemigo* era brutalmente etnocentrista y racista, pues pretendía reconocerlo mediante la *recta ratio* de *estos pueblos civilizados, de las razas superiores de la humanidad, excepción hecha de esas tribus degeneradas que representan en la especie humana una*

²²¹ R. Garófalo, *La criminología*, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.d., p. 7, 11, 14 y 15.

²²² Idem, p. 11.

²²³ Idem, p. 15.

²²⁴ Lo consideraba “el mayor de los filósofos contemporáneos”, idem, p. 97.

²²⁵ Idem, p. 326. El planteo fue retomado por el nazismo: Helmut Nicolai, *Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge e. nationalsozialist. Rechtsphilosophie*, München, 1932

²²⁶ Garófalo, *Criminología*, p. 133; p. 59 de la 2ª ed. italiana, Torino, 1891.

anomalía semejante a la que representan los malhechores en la sociedad

227.

Los *enemigos* no se agotaban en los *criminales graves*, sino que abarcaban a los *molestos* (pequeños ladrones, prostitutas, homosexuales, ebrios, vagabundos, jugadores, etc.), caracterizados desde mucho antes como *clases peligrosas*²²⁸, luego bautizadas como *mala vida* y tratadas en literatura con pretensiones de trabajos de campo²²⁹. Para ellos se destinaban penas sin delito (medidas detentivas policiales ilimitadas²³⁰).

En la variante alemana más juridizante del positivismo, Franz von Liszt proponía la imposición de penas resocializadoras para los *iguales* un tanto equivocados y penas meramente intimidantes para los ocasionales (*muy iguales*), pero a los incorregibles (los verdaderos *enemigos*, abarcando las categorías de criminales graves y molestos), como en su tiempo era imposible matarlos masivamente o deportarlos, optaba con cierta resignación por imponerles penas eliminatorias : *La sociedad - escribía- debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)* ²³¹. Declaraba la guerra a la *delincuencia habitual* y a la mala vida, considerando como tales *los casos de enfermedad social que se suelen designar sintéticamente con la denominación general de*

²²⁷ Idem, pág. 102.

²²⁸ El libro más importante fue escrito por un policía de París, aunque mostraba la carencia de discurso, al mismo tiempo reflejaba la importancia que le asignaban al problema: H. A. Frégier, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*, Bruxelles, 1840.

²²⁹ En realidad, siguieron la tradición de Fregier, mezclando información policial con prejuicios y conceptos morales: Salillas, Rafael, *El delincuente español. Hampa (Antropología picaresca)*, Madrid, 1898; Nicéforo, Alfredo – Sighele, Scipio, *La mala vida en Roma*, Madrid, 1901; Bernaldo de Quirós, Constancio, *La mala vida en Madrid. Estudio psicosociológico con dibujos y fotografías al natural*, Madrid, 1901 (reed. Madrid, 1998); Bembo, Max, *La mala vida en Barcelona*, Barcelona, 1912; Gómez, Eusebio, *La mala vida en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1908 (con prólogo de José Ingenieros). En cuanto a su repercusión en los estereotipos estéticos: Domingo F. Casadevall, *El tema de la mala vida en el teatro nacional*, Buenos Aires, 1957. Es interesante la recopilación literaria de Ernesto Ferrero con prólogo de Leonardo Sciascia, *Storie nere di fine secolo. La mala Italia*, Milano, 1973; sobre el trato diferencial en Rio de Janeiro, Lená Medeiros de Menezes, *Os indesejáveis: desclassificados da Modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital Federal (1890-1930)*, Rio de Janeiro, 1996.

²³⁰ La definición de Ingenieros es sumamente ilustrativa respecto de los *enemigos* identificados como *extraños*: *Es una horda extranjera y hostil dentro de su propio terruño, audaz en la acechanza, embozada en el procedimiento, infatigable en la tramitación aleva de sus programas trágicos* (prólogo a Gómez, p. 6).

²³¹ V. Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, Valparaíso, 1984, p. 120; existe otra traducción, de Carlos Pérez Del Valle, Granada, 1995.

*proletariado; mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales. Todos ellos forman el ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual*²³². La lectura de este párrafo indica la validez de la afirmación de que las ideas de *habitualidad* criminal de Franz von Liszt, quizá el más normativista y matizado de los positivistas, se concretaron en la ley nazista de 1933 sobre delincuencia habitual²³³.

La legitimación de la categoría de delincuente habitual y de la imposición de una pena desproporcionada con la magnitud del último delito cometido y por el que se le imponía, se dificultaba a medida que la doctrina volvía al idealismo por vía del neokantismo y, por ende, al retomarse el esquema que puede remontarse a Hegel, su discípulo Carl Stooss la reemplazó con medidas administrativas policiales²³⁴, inventando lo que hoy se conoce como *medidas de seguridad*²³⁵, pero negándole carácter penal: *las medidas de seguridad no se fundan en una acción determinada, sino en el estado de la persona. No se trata de imponer una punición a nadie por su conducta culpable, sino de tratarle de modo adecuado a su estado. Esta modalidad decide sobre la forma y duración del tratamiento. No obstante la medida de seguridad tiene en común con la pena la finalidad de detener los crímenes. Rotundamente concluía que fundándose la medida en la característica peligrosa de una cosa, no tiene naturaleza penal; ella va in rem, no in personam*²³⁶.

De este modo resulta que desde los proyectos suizos de Stooss de fines del siglo XIX y comienzos del siglo pasado se teoriza un derecho

²³² Franz von Liszt, *La idea*, cit., pág. 116 de la trad. de Aimone Gibson y 84 de Pérez del Valle.

²³³ Cfr. Carlos Julio Lascano, *La insostenible “modernización del derecho penal” basada en un “derecho penal para enemigos” (como manifestación de un nuevo derecho penal autoritario)*, en “Pensamiento Penal del Sur”, Buenos Aires, 1, 2004, págs. 179 y sgts.

²³⁴ Inventadas primero para los inimputables: *Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil, Im Auftrages des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss. Avant-Projet de Code Pénal Suisse, Partie Générale, Traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier*, Basel und Genf, Verlag von Georg & Co., 1893, páginas 10 y 11.

²³⁵ Sobre esto el análisis muy particularizado de Enzo Musco, *La misura di sicurezza detentiva, Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978.

²³⁶ Carl Stooss, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien u. Leipzig, 1913, pág. 192.

penal para *iguales* y otro para *extraños o enemigos* (o racionalizado como derecho administrativo o *de policía* para los *otros*), destinando a los primeros penas retributivas y a los segundos *medidas administrativas* que están con un pie en el penal y otro en la coerción administrativa directa, pues no responden a la gravedad del hecho, sino a derecho penal de autor conforme a su *peligrosidad positivista*. Van *in rem*, como decía Stooss, siguiendo una *cosa peligrosa* en razón de su *estado*.

En definitiva, si bien cualquiera sea la racionalización estas bautizadas *medidas de seguridad* son penas sin los límites ni garantías de las penas, y desde temprano se lo advirtió y denunció con la precisa expresión de *embuste de las etiquetas* ²³⁷, lo cierto es que fueron admitidas sin mayor cuestionamiento por la doctrina. La mayor parte de la literatura penal del siglo pasado las teorizó como *medidas*, discutiéndose sólo si pertenecen o no al derecho penal, pero incluso invocando su ajenidad a éste como argumento para aplicarlas retroactivamente.

De esta manera, Stooss renovó en Suiza y con ello en el mundo de lengua alemana el doble derecho penal que sin mayor teorización previa se sostenía en Francia y Gran Bretaña -y en la Argentina- mediante las leyes de deportación. Las *medidas* de Stooss sustituían a la deportación en un país que -como se lamentaba su maestro von Liszt- no podía practicarla porque no tenía colonias.

La combinación de este derecho penal escindido, que permitió un desarrollo idealista retribucionista para los *iguales* (personas) y otro determinista peligrosista para los *extraños* (cosas peligrosas), cayó en una suerte de esquizofrenia filosófica y antropológica, porque combinó el idealismo de la ética tradicional con el determinismo positivista, algo así como si se tratase a los *amigos* o *iguales* leyendo a Aristóteles, Santo Tomás, Kant y Hegel, y a los *enemigos, diferentes* o *extraños* conforme a Haeckel y Spencer.

²³⁷ Expresión de Ed. Kohlrausch, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, en ZStW, 44 (1924), páginas 21-34

Pese a la incoherencia básica²³⁸, esta racionalización permitió el práctico expediente de imponer penas limitadas a los *iguales* y penas ilimitadas a los *diferentes* o *enemigos*, con lo cual tuvo singular éxito en la codificación. Se la plasmó en la legislación de dos maneras: la *vicariante* y la de *doble vía*.

En ambas, al decididamente *enemigo* o *extraño* se le impone la *medida* o pena indeterminada o desproporcionada, pero en los casos en que no puede asegurarse totalmente esa calidad del sujeto, en el *sistema vicariante* se autoriza al juez para que reemplace la pena limitada por la ilimitada o desproporcionada (*medida*). En el *sistema de la doble vía* y en estos casos se impone la pena limitada y además la ilimitada, o sea ambas se suman.

Este último criterio, sin duda el más autoritario, fue adoptado en 1930 por el *código Rocco*. De alguna manera, su arquitectura respondía al esquema del idealismo actual: según la corriente más identificada con el fascismo dentro de esta posición filosófica²³⁹, el ser humano nunca es libre totalmente, pues la libertad absoluta se alcanza sólo en Dios, pero de cualquier manera sería posible distinguir entre los que son algo más libres, a los que se les debe retribuir el mal uso de la libertad con una pena retributiva y desprestigiar la parte de determinismo que tenga; inversamente, hay otros (inimputables) que por ser predominantemente determinados conviene neutralizarles su peligrosidad con una pena indeterminada (*medida*) y desprestigiar la parte de libertad que pueda restarles. Por último, están los que son más o menos libres o, lo que es lo mismo, más o menos determinados; a ellos se les debe retribuir primero el mal uso de la libertad con una pena limitada y, luego, neutralizarles la peligrosidad con una pena ilimitada (*medida*).

Parece bastante claro que las penas detentivas desproporcionadas e indeterminadas (*medidas*) de los textos que siguen al código italiano de 1930 (códigos uruguayo y brasileño) están destinadas a la eliminación de

²³⁸ Se la trató de salvar por vía *espiritualista*, apelando a la escolástica y pretendiendo que la infracción creaba un *estado de culpabilidad*, por analogía con el *estado de pecado* (así, Giuliano Allegra, *Dell'abitudine criminosa*, Milano, 1928).

²³⁹ Sobre el inspirador de esta versión del llamado idealismo actual, Giovanni Gentile, v. supra, Ugo Spirito, 1969, cit.; Sergio Romano, 1990, cit.

enemigos (criminales *graves* por un lado y *molestos* por el otro, estos últimos comúnmente llamados *habituales*, *profesionales*, *multireincidentes*, etc.).

En el sistema *vicariante* la pena indeterminada (medida) puede reemplazar a la pena limitada por la culpabilidad, pudiendo verse una tácita remisión al hegelianismo: a los *ciudadanos* se les imponen penas retributivas, a los *extraños* medidas meramente de contención y, por último, en los casos dudosos se deja que el juez decida, pudiendo hacer que la medida reemplace (vicaríe) a la pena.

El sistema *vicariante* tiende a ser la forma menos autoritaria de combinación de penas limitadas e indeterminadas, dependiendo de la extensión que se imponga a ésta última.

Cabe advertir que si la llamada *medida* no supera el límite de la pena impuesta o que se hubiese debido imponer conforme a la culpabilidad, como sucede en algunos textos legales, se trata de una mera cuestión de ejecución penal que en definitiva no cambia la naturaleza de la pena, porque no excede la privación de derechos que ésta importa. Sólo cuando la llamada *medida* que vicaría a la pena supera a ésta, nos hallamos en presencia de un caso de tratamiento diferenciado del *enemigo*.

Esta advertencia es bastante obvia, pero sin embargo no siempre se tiene en cuenta en relación a las llamadas *medidas*, lo que puede tener graves consecuencias. Efectivamente: la garantía del derecho penal de acto se establece, al igual que todas las garantías, como un límite al poder punitivo (*no debe hacerse derecho penal de autor para agravar consecuencias penales más allá de la culpabilidad por el acto*), pero nada impide que se haga derecho penal de autor para ejercer menor poder punitivo que el señalado por la culpabilidad por el acto (derecho penal de autor *in bonam partem*). Esta excepción a las garantías o límites al poder punitivo *in bonam partem* sólo resultaría inadmisibles cuando, en contra de principios republicanos, o sea, sin racionalidad republicana y precisamente por ello, lesionase el principio de igualdad de trato ante la ley (si se aplicase trato penal más benigno por igual infracción al funcionario público

que al que no lo es, por ejemplo²⁴⁰; al *amigo* el beneficio, al *enemigo* nada). No obstante, en tal supuesto, lo que podría reclamar quien fuese lesionado en su derecho a la igualdad de trato no sería que éste no se aplique al privilegiado, sino que se le depare el mismo trato que al *amigo*.

De cualquier modo, es claro que, fuera de los casos señalados, o sea, cuando se racionalizan penas indeterminadas y desproporcionadas (*medidas*), el derecho penal no hace otra cosa que admitir que hay personas a las cuales se les aplican encierros de contención según la magnitud de su *peligrosidad*. Tal conclusión fue admitida expresamente por casi todos los autores tradicionales, sin que, en su momento, un derecho penal preocupado centralmente por la teoría del delito y que descuidaba sus consecuencias punitivas, o sea, que hipertrofiaba la teoría del delito y atrofiaba la teoría de la pena, se haya detenido en ello ni haya elevado crítica alguna a este respecto²⁴¹.

Así, un autor tan respetable como Welzel -a quien vale la pena citar sólo como mero ejemplo de muchos otros- afirmaba con toda claridad y sin ninguna duda que la pena cumple su cometido *frente a los autores ocasionales o de conflicto de las capas de la población socialmente apta para la convivencia, pero no es suficiente respecto de la peligrosidad del autor que sobrepasa la culpabilidad en ciertos delincuentes por estado. Para ellos la pena debe ser complementada por medidas de seguridad cuya base no está en la culpabilidad sino en la peligrosidad*²⁴². Más adelante y con referencia a la llamada *internación de seguridad* del párrafo 42e del viejo código penal alemán, afirmaba que *se impone al delincuente reincidente reiterado por una disposición íntima. Es la realización de una antigua exigencia de la política criminal, desde que Liszt en 1882 exigió en el Programa de Marburgo la inocuización de delincuentes incorregibles*

²⁴⁰ Un caso claro sería el de algunos proyectos legislativos en América Latina, que postularon la presunción de legítima defensa para el funcionario policial que diese muerte a un sospechoso, como también la vieja eximente de la codificación patriarcal del siglo XIX en el conyugicidio cometido por el marido por sorpresa de adulterio de la mujer.

²⁴¹ Una notable excepción a esta indiferencia del sistema binario, muy digna de recordarse, la constituye la prédica de Giuseppe Bettiol contra las medidas de seguridad del código italiano, que las consideraba incompatibles con el estado de derecho. Sobre ello, Giuliano Vassalli, *L'expérience des mesures de sûreté en Italie*, en "Scritti Giuridici", Milano, 1997, vol. I, II, pág. 1.517.

²⁴² Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Perez, Sgo. de Chile, 1970, pág. 333; *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, pág. 244.

(mediante una pena indeterminada) y Carl Stooss a partir de 1893, en los proyectos suizos, señaló el camino del sistema dualista de la complementación de la pena mediante la medida de seguridad²⁴³.

De este modo, por la pluma de uno de los más destacados autores alemanes del siglo pasado, queda claro que se establecen dos tratamientos penales bien diferenciados: (α) uno para los infractores que pertenecen a las capas socialmente aptas para la convivencia y (β) otro para quienes no pertenecen a ellas. A los primeros se les retribuye con una pena limitada y proporcionada, en tanto que a los segundos se los neutraliza con una pena desproporcionada e indeterminada (medida), conforme a la exigencia de inocuización sostenida por von Liszt y racionalizada por Stooss.

Cabe observar que poco tiene que ver con esta *inocuización de la mala vida*, amplia y generalizada, admitida como consecuencia de la peligrosidad positivista, el problema que plantea la pena a imponerse a un *autor por conciencia disidente*, considerando que algunos autores de crímenes de destrucción masiva pueden ser considerados en esa categoría²⁴⁴, particularmente algunos *terroristas* islámicos, en especial los que llevan a cabo atentados suicidas frustrados. Es bastante claro que en esos casos la pena cumpliría una función de contención, pero eso no la convierte en *medida administrativa* ni en *medida de seguridad* ni autoriza a imponer una pena desproporcionada con la culpabilidad del hecho. Si esta pena no es considerada tal por Jakobs es sólo en razón de su teoría de la pena, pero nada impide que se la considere una verdadera pena por quienes no compartimos esa tesis y, por ende, podemos sostener que, en cualquier caso, debe ser adecuada a su culpabilidad, considerando que la *conciencia disidente* no tiene el efecto mecánico de cancelar la culpabilidad por el acto. Además, la posibilidad de imponer penas detentivas de contención (*medidas*) a los autores por conciencia disidente fue propuesta en plena república de Weimar por autores claramente liberales.

²⁴³ Idem, págs. 363 y 266, respectivamente.

²⁴⁴ Cfr. Bibiana Birriel – Carlos Christian Sueiro, *El terrorismo y sus dos discursos: del derecho penal del enemigo al autor por convicción*, en Congreso, Guayaquil, 2005.

Cualquiera sea la posición que se adopte al respecto, no cabe duda de que *el círculo de autores por conciencia disidente es mucho más limitado* que el amplísimo concepto de *enemigo* que, como vimos en el análisis de la historia del ejercicio real del poder punitivo, no es más que una etiqueta que se distribuyó siempre con la más vasta arbitrariedad, al punto de que ninguna persona en el mundo podría considerarse libre de un eventual etiquetamiento.

4. La coronación del *enemigo óntico* garofaliano: la legitimación del genocidio por el derecho penal del siglo XX

Cabe observar que la escisión del derecho penal y el desarrollo de una rama paralela a las penas determinadas, consistente en *medidas* de seguridad o penas indeterminadas y desproporcionadas, destinadas a los *molestos* y *disidentes*, reconoció grados en la doctrina jurídico penal. En rigor, la tesis de Stooss fue, dentro de todo, relativamente prudente y hasta progresista, porque en definitiva, con sus *medidas* reemplazaba a la vieja eliminación física y a la deportación, lo cual parecía ser un avance en su tiempo: debe considerarse que siempre es menos grave tener a un humano encerrado por tiempo indeterminado que matarlo o deportarlo a regiones remotas del planeta con alta probabilidad de muerte y sin posibilidad de regreso al país.

Menos prudente fue la introducción de las llamadas *medidas* en el código fascista, donde éstas no hacían más que extender las penas por meras razones de contención y por tiempo ilimitado²⁴⁵, con el argumento de que tenían carácter administrativo y no penal. La ficción que esto implica se puso de manifiesto de modo incontestable en la racionalización que se hizo en la exposición de motivos del código brasileño de 1940, claramente inspirado en el modelo de Rocco de 1930, en el que se afirmaba que ese texto no violaba ninguno de los límites penales impuestos

²⁴⁵ Sobre esto y sus consecuencias prácticas se llamó la atención hace mucho tiempo. V. el informe de la delegación italiana a las *Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina, celebradas entre el 5 y el 7 de agosto de 1974*, Caracas, págs. 153 y sgts.

por la Constitución -que entre otros prohibía las penas privativas de la libertad mayores de treinta años-, pues no se trataba de penas sino de *medidas*²⁴⁶. Tampoco se caracterizó por su prudencia el proyecto de código penal conocido como *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, típica obra de los años sesenta y tributaria del neokantismo alemán²⁴⁷, que combinaba penas y *medidas* tanto por la *doble vía* como por el sistema *vicariante*, en forma ilimitada y sin precisar siquiera las características de los infractores a los que se pretendía someter a éstas²⁴⁸.

La naturalidad con que se proponían estas medidas, como el general acuerdo a su respecto, o sea, su tratamiento más bien superficial por parte de la cúspide del penalismo latinoamericano del siglo pasado, prueban el grado de internalización que había alcanzado el trato diferencial del *enemigo peligroso* en el derecho penal de ese tiempo.

Esta aceptación sin cuestionamientos procedía de la seguridad con que se pretendía que los *enemigos* eran identificados, derivada de la tradición garofaliana, tamizada con las difusas categorías de Liszt. En esa tradición, el *enemigo* no es un mero producto de señalización política, no se trata de un acto de poder que lo individualiza, sino que se pretende que su naturaleza surge de su propia existencia, de los hechos mismos, es *óntica* y, por ende, está fuera de toda arbitrariedad política. El *enemigo* es quien anda en la *mala vida*, que es un concepto pretendidamente material, aunque no se lo mencione con tan anticuada como precisa fórmula.

Pero lo cierto es que aceptar el trato diferencial de los *enemigos* o *extraños* pretendiendo -a la usanza garofaliana- que se los reconoce ónticamente, es cuestión que, por mucho que se lo haga con prudencia, siempre implica el enorme riesgo de radicalizarse o, más precisamente, la

²⁴⁶ República dos Estados Unidos do Brasil, *Código Penal, Decreto-ley n. 2.848 – 1-12-40*, Imprenta Nacional, Rio de Janeiro, 1941, párrafo 33 de la exposición de motivos, pág. XXIII.

²⁴⁷ V. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Instituto de Derecho Penal, *El Código Penal Tipo para Latinoamérica, Actas de la 1ª y 2ª reuniones plenarias, ponencias y diversos artículos aprobados*, Rosario, 1969; Francisco Grisolia (Director), *Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte General*, Sgo. de Chile, 1973; Francisco Bueno Arús, *La XI reunión plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, en “Documentación Jurídica”, 14, abril-junio de 1977; la última reunión de que tenemos noticia parece haberse realizado en Buenos Aires en 1979.

²⁴⁸ Cfr. nuestra opinión en discurso de incorporación a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, publicado en *Política Criminal Latinoamericana, Perspectivas/Disyuntivas*, Buenos Aires, 1982.

certeza de que en algún momento se abandonará la prudencia, especialmente si -como en el presente- corre por el mundo una peligrosa ola de publicidad patibularia *völkisch* o se generalizan campañas publicitarias de *ley y orden* (*Law and Order, Gesetz und Ordnung*).

Quien pretende que sabe quién es el *enemigo* sólo con mirar el mundo, minimiza o ni siquiera se plantea el riesgo de arbitrariedad política: *el enemigo es quien es enemigo*. Desde esta perspectiva, se puede sostener que cualquier pretensión del poder político de imponer la etiqueta a quien *no es enemigo* sería inmediatamente descalificada al verificarse empíricamente que el rótulo es falso.

La seguridad que otorga la pretendida existencia de *enemigos ónticos* lleva inevitablemente a dejar de lado cualquier prudencia. ¿Por qué toda la sociedad debe soportar a esos *no personas*? ¿Por qué debe alterarse toda la vida social en razón de un grupo muy minoritario de *enemigos* irrecuperables? ¿Por qué destinar recursos para contenerlos cuando faltan para otros objetivos sociales que benefician a personas inocentes? ¿Por qué no neutralizarlos por medios menos costosos y más seguros?

La peligrosidad y su ente portador (peligroso) o *enemigo* ónticamente reconocible, proveniente de la mejor tradición positivista y más precisamente garofaliana, debido a su seguridad individualizadora, tarde o temprano *termina en la supresión física de los enemigos. El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración*.

Este destino inevitable de la peligrosidad positivista fue teorizado legitimando el abandono radical de toda prudencia en el trato diferencial al *enemigo* o *extraño*, por el derecho penal de tiempos del nacionalsocialismo. Buen ejemplo de elaboración extrema del trato penal diferencial al *extraño* o *enemigo* es la legitimación racionalizadora de Edmund Mezger²⁴⁹, quien participó junto a Franz Exner en la elaboración

²⁴⁹ Fue el penalista neokantiano más difundido en lengua castellana, a la que no fueron traducidos los neokantianos liberales, como Max Ernesto Mayer y Hellmuth von Weber. El propio Gustav Radbruch -al igual que M.E. Mayer- fue traducido por los filósofos del derecho, pero no por los penalistas.

de un proyecto sobre *extraños a la comunidad (Gemeinschaftsfremde)*, destinado a eliminarlos en los campos de concentración, donde se aniquilaron las mismas personas que para los positivistas configuraban la *mala vida* e incurrían en peligrosidad sin delito²⁵⁰.

El único componente que le añadió el derecho penal del nacionalsocialismo fue el antisemitismo. Pero tampoco era resultado de una individualización que confesase su naturaleza de puro arbitrio político, porque detrás de toda individualización de un enemigo hay un mito que pretende otorgarle carácter *óntico*. Respecto de este complemento nazista, a los mitos tradicionales²⁵¹ se agregaba que los judíos y los comunistas -categorías que en parte se superponían- eran quienes habían traicionado a Alemania y le habían hecho perder la primera guerra mundial²⁵². Este mito se nutría, a su vez, de todos los mitos antisemitas conocidos²⁵³ que recogía y fundía con él. De este modo, el *judío/comunista/capitalista* se convirtió en el autor de todos los males, por izquierda y por derecha, ocupando casi por completo el lugar que Satanás había dejado vacante²⁵⁴.

La enorme seguridad *óntica* de hallarse frente a una categoría de enemigos que obstaculizaría siempre la construcción de una sociedad mejor (la *mala vida*) y de otros que habían sido causa de su destrucción (los judíos), sumada a la necesidad de la guerra, no podía menos que concluir en que se trataba de *vidas sin valor de vidas (lebensunwerten*

²⁵⁰ Sobre este anteproyecto arroja nueva luz la minuciosa investigación de Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia, 2003; de este proyecto y de la concreta propuesta de Mezger dan cuenta también Michael Burleigh/Wolfgang Wippermann, *Lo Stato razziale*, pág. 158.

²⁵¹ Sobre ello, Norman Cohn, *El mito de la conspiración judía mundial, Los Protocolos de los Sabios de Sión*, Madrid, 1983.

²⁵² Sobre ello, Muñoz Conde, *De nuevo*, cit., p. 64.

²⁵³ La bibliografía sobre antisemitismo es inmensa. Para una orientación inicial: Bernard Lazare, *El antisemitismo. Su historia y sus causas*, Buenos Aires, 1974; León Poliakov, *Historia del antisemitismo*, Buenos Aires, 1988; del mismo, *Breviario del odio (Los judíos y el Tercer Reich)*, Buenos Aires, 1954; Bettelheim-Prohinig-Streibel (Hg.), *Antisemitismus in Osteuropa. Aspekte einer historischen Kontinuität*, Viena, 1992.

²⁵⁴ No en vano, en el discurso pronunciado por Carl Schmitt en el congreso antijudío de Berlín de 1936, por él organizado, al fundar la prohibición de toda cita bibliográfica de autor judío sin indicar su origen en cualquier ámbito científico o académico, afirmó que esa supresión tenía el carácter de un *exorcismo* (cfr. Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, 2004, pág. 110).

Leben)²⁵⁵ y proceder en consecuencia a su eliminación, como también a la de la pesada carga de todas las restantes vidas que nunca alcanzarían la plenitud y que eran muestra de *decadencia y degeneración* de la raza. Ante esa *certeza óptica* y la *necesidad* de eliminación para construir la *nueva nación*, sólo quedaba de esas personas su *nuda vita*²⁵⁶, una vida privada de todo derecho, incluso del derecho a conservarla. No otra cosa quedaba en el campo de concentración, como tampoco en los centros de detención clandestina de las dictaduras de seguridad nacional, y apenas un poco más queda en las cárceles donde se multiplica por veinte la posibilidad de morir violentamente, asesinado, ejecutado o quemado vivo.

En su teorización legitimante Mezger usó indistintamente los conceptos de *enemistad al derecho* (*Rechtsfeindlichkeit*) y de *ceguera al derecho* (*Rechtsblindheit*), refiriéndose a una actitud que no está de acuerdo con la sana intuición del pueblo sobre lo justo y lo injusto, de modo que, bajo condiciones normales, no deba disculpar, sino por el contrario, configurar el fundamento de la punición.²⁵⁷ Los ejemplos terroríficos de esta enemistad que citaba eran los *ultrajes a la raza* (relaciones sexuales entre alemanes y judíos, penas con muerte), el aborto y la sodomía²⁵⁸.

El *extraño a la comunidad* era para Mezger quien por su personalidad o por su forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter sea incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo.²⁵⁹ De esta definición se deduce que los *extraños* eran los *molestos* de la *mala vida* positivista.

Por si alguna duda queda acerca de que el saber penal nacionalsocialista fue la coronación de la individualización óptica o

²⁵⁵ Es expresión de Karl Binding en su desafortunado trabajo póstumo: K. Binding – A. Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.

²⁵⁶ Cfr. Giorgio Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.

²⁵⁷ Mezger, E., *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en “Probleme der Strafrechtserneuerung, Fest. f. Kohlrausch”, Berlin, 1944, pp. 180-198 (p. 197-198). La sana intuición del pueblo era la fórmula nazista con que se introdujo la analogía, en cuya reforma participó también Mezger (cfr. Muñoz Conde, op.cit., p. 85).

²⁵⁸ Cfr. Muñoz Conde, *Edmund Mezger*, cit., p. 145.

²⁵⁹ Muñoz Conde, idem, p. 193.

garofaliana del *enemigo* y, por ende, el desarrollo coherente de la peligrosidad hasta sus últimas consecuencias, cabe acotar que no faltó un positivista que se lo recordase al propio Mezger y que por ello le imputase falta de coherencia (y de nazismo). Esta significativa discusión tuvo lugar con el catedrático de Milán, Filippo Grispigni, en los años 1940 y 1941²⁶⁰. Grispigni se basó en los discursos de los más prominentes nazistas, como el ministro de justicia Görtner y el presidente de la Academia de Derecho Alemán Hans Frank, para imputarle a Mezger incoherencia en su concepto de pena.

Como buen positivista, Grispigni minimizaba la diferencia entre pena y medida de seguridad y rechazaba cualquier carácter retributivo de la pena, afirmando que siempre cumple una función de defensa mediante el control de la peligrosidad, lo que encontraba claramente enunciado en los textos de los líderes del derecho del *Dritte Reich*.

La lógica del argumento de Grispigni es irrefutable: el nazismo pretende la inocuización o eliminación de todos los enemigos del pueblo alemán, para lo cual abandona todo vestigio de la llamada *escuela clásica*. Se trataba de la consagración misma de la escuela positivista. Quizá -escribía- *la legislación nazista sea el golpe más fuerte contra las viejas ideas*²⁶¹, en referencia, por supuesto a las ideas de los llamados *clásicos*, o sea, de todos los penalistas anteriores al positivismo y tributarios de conceptos antropológicos diferentes del spenceriano.

Aunque la lectura del texto de Grispigni sea difícil, puesto que obliga a vencer la repugnancia que produce la apoteosis de los mayores desprecios por la vida y por todos los valores éticos que haya salido de la pluma de un penalista, lo cierto es que tenía razón en que el derecho penal nazista era defensista y peligrosista por esencia, al punto que Mezger -a quien este debate pudo acarrear incluso dificultades internas- se defendió como mejor pudo, trayendo en su apoyo a Nicolai Hartmann que, dicho sea de paso, nada tiene que ver con esas atrocidades.

²⁶⁰ Filippo Grispigni – Edmondo Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1942, XX.

²⁶¹ Idem, pág. 66 nota 9.

*El pensamiento del código alemán -escribía el catedrático de Milán- es estrictamente científico, basado en el reconocimiento de la influencia que las glándulas de secreción interna, las hormonas, tienen sobre la personalidad psíquica de un sujeto*²⁶². Más adelante agrega: *Las doctrinas raciales, la castración, etc., son la afirmación más revolucionaria de la historia del derecho penal. Efectivamente: esa intervención quirúrgica se asume como medio de prevención de la criminalidad, concluye admirativamente*²⁶³. El pretendido *fundamento científico* de Grispigni sirvió para mutilar a muchos miles de personas²⁶⁴ y para asesinar a muchas más, incluso a más de sesenta mil enfermos.²⁶⁵ Todo esto, como la reforma a la legislación penal de menores, respecto de la que anotaba -no queda claro si con indiferencia o admirativamente- que había posibilitado varias penas de muerte,²⁶⁶ era considerado por el profesor de Milán como progresista y avanzado, citando como retardataria la oposición del Vaticano a la castración y la defensa de la teoría retributiva desde la vertiente católica.²⁶⁷

El principio *defensista*, llevado a su límite de coherencia más inhumano y criminal, lo celebraba el profesor de Milán como triunfo o coronación del positivismo con el mayor y más vergonzoso entusiasmo: *Se ha vuelto palabra corriente la máxima enunciada por el Dr. Hans Frank, presidente de la Academia Alemana de Derecho: "Alles was dem Volk nützt, ist Recht; alles was ihm schadet, ist Unrecht" ("Todo lo que sirve al pueblo es derecho, todo lo que le perjudica es ilícito"). Sustituyendo al pueblo por el estado (que no es otra cosa que el pueblo organizado jurídicamente) se tiene la misma máxima de Benito Mussolini: "Nada contra el Estado; nada fuera del Estado; todo por el Estado"*²⁶⁸.

²⁶² Idem, pág. 17.

²⁶³ Idem, pág. 66 nota 9.

²⁶⁴ Sobre la castración y genocidio de homosexuales, *Schwule und Fascismus*, herausgegeben von Heinz-Dieter Schilling, con trabajos de Rainer Bohn, Ralf Doce, Eckhard Seidel, Berlin, 1983; Daniel Borrillo, *L'homophobie*, París, 2000, págs. 76-82; George L. Mosse, *Sessualità e nazionalismo. Mentalità borghese e rispettabilità*, 1996, págs. 175 y sgts.

²⁶⁵ Alice Ricciardi von Platen, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, 2000.

²⁶⁶ Grispigni, idem, pág. 83.

²⁶⁷ Idem, pág. 98 nota 24. La tesis retributiva fue sostenida por Bettiol en 1941: *Aspetti etico-politici della pena retributiva*, recogido en "Scritti Giuridici", Padova, 1966, I, pág. 504.

²⁶⁸ Idem, pág. 67, nota 10.

Si algo faltaba para corroborar que el derecho penal nazista es coronación coherente del positivismo y de su pretendida señalización óptica del enemigo, era el dato histórico de que uno de sus más claros exponentes, por lo general incluso considerado moderado, lo celebre con semejante discurso.

5. El sistema penal cautelar latinoamericano

Hemos visto que en América Latina las medidas de contención para los *enemigos* ocupan casi todo el espacio de acción del sistema penal en su aspecto represivo²⁶⁹, por vía de la llamada *prisión o detención preventiva, provisoria*, o sea, del encierro cautelar, al que están sometidas las tres cuartas partes de los prisionizados de la región. *De hecho y de derecho, esta es la práctica de toda América Latina para casi todos los prisionizados*. Este dato es fundamental para extraer conclusiones acerca del alcance de la propuesta de legitimación de un eventual trato penal diferencial en América Latina, pues esta selectividad se practica en nuestra región a los efectos de la criminalización, pero una vez puesto en marcha este proceso, todos pasan a ser tratados como *enemigos*, o sea, con puros encierros de contención prolongados o indefinidos.

Si bien es cierto que la relación del derecho procesal penal con el penal es íntima, que todos sabemos que *el derecho penal no toca al delincuente un solo pelo*²⁷⁰, que el *sismógrafo del derecho penal liberal es el derecho procesal*²⁷¹ y que el debate no puede dejar de ingresar a la doctrina del derecho procesal penal, donde también juegan *belicistas* contra *pacifistas*²⁷², en nuestra región las elaboraciones llevadas a cabo en el ámbito del derecho procesal son las que legitiman los encierros cautelares que agotan la mayor parte del ejercicio del poder punitivo represivo.

²⁶⁹ Cfr. Supra, II, 7.

²⁷⁰ Ernst von Beling, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1941, pág. 2.

²⁷¹ Lorenz Schulz, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende” – Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum “Feindstrafrecht”, en ZStW, 112, 2000, págs. 653 y sgts. (pág. 660).

²⁷² Cfr. Hendrik Schneider, en ZStW, 113, 2001, pág. 3.

Estas racionalizaciones en realidad no son *procesales* sino *penales*, porque es imposible ignorar doctrinariamente que *regulan todo un sistema penal que opera antes de la condena*, que forma parte del sistema penal oficial, pues no es paralelo ni subterráneo, sino que el sistema penal oficial se escinde en dos segmentos: uno *cautelar* o *precondenatorio* y otro *definitivo* o de *condenación*, siendo mucho más importante el primero que el segundo, puesto que prácticamente agota la reacción penal en la delincuencia leve y media, que es largamente la más numerosa.

Las limitaciones que sufre el procesado -incluso sin encierro cautelar- le infligen un dolor legitimado jurídicamente, que puede ser considerado *medida de seguridad* o *pena*, según que el teórico que lo evalúe acepte o no el sistema binario, lo cual no tiene mayor importancia al respecto.

De toda forma, configura un *sistema penal cautelar* diferente del *sistema penal de condenación*, en el cual operan como pautas la *seriedad de la sospecha* de comisión de un delito (el derecho penal entra sólo como criterio para la calificación cautelar) y consideraciones de peligrosidad y dañosidad, provenientes del positivismo del siglo XIX o sea, de la individualización óptica del *enemigo*.

Esta peligrosidad, propia del sistema penal cautelar, no encuadra en la vieja clasificación positivista, puesto que no es *predelictual* (en razón de que se sospecha la comisión de un delito) ni *posdelictual* (porque no se puede evaluar ésta hasta que el delito no se tenga por probado), sino que configura una tercera categoría ajena a las dos tradicionales del positivismo, que es *peligrosidad de sospecha*.

Poco o nada tienen que ver las consideraciones propias del campo del derecho procesal penal con la regulación de este sistema penal cautelar. Las normas procesales se distinguen de las penales por la naturaleza de sus sanciones: *la sanción penal es la pena y la procesal es la nulidad*. Es por completo ajeno a las normas procesales el criterio a seguir para imponer o no un encierro a una persona. Tan es ello cierto que la propia jurisprudencia -dominante en la Argentina- sostiene que el acto que lo

dispone, a los efectos recursivos, es asimilado a la sentencia condenatoria²⁷³.

Si bien se trata de disposiciones que tradicionalmente se incluyen en los códigos procesales, lo cierto es que el *sistema penal cautelar* se debe regular con normas de fondo y de forma, pero las primeras, referidas a los criterios de imposición de encierro cautelar y de otras medidas de esa naturaleza, son claramente penales; para nada se refieren a los pasos a seguir para la reconstrucción de la verdad que lleva a la sentencia²⁷⁴.

Los índices de prisionización de América Latina no varían mucho en función de reformas penales, sino de la regulación del encierro cautelar, tradicionalmente legislado en el código procesal, es decir, que dependen del sistema penal cautelar y no del de condenación.

La naturaleza penal del *sistema cautelar* se pone de manifiesto en la doctrina, donde se debaten argumentos que corresponden claramente a las consecuencias jurídicas del delito, que nada tienen que ver con las normas procesales propiamente tales. La paradoja es que el derecho penal autoritario es el que le reconoce ese carácter en forma expresa y lo legitima como *pena* o como *medida*, a gusto de cada autor, siendo pocos los autores antiliberales que pretenden que se trata de una cuestión puramente procesal.

Entre las primeras, o sea, las llamadas *teorías sustantivistas* del encierro cautelar, Garófalo, con su acostumbrada y torpe sinceridad, sostenía que la excarcelación sólo debía proceder cuando el juez instructor creyese en la inocencia del procesado. *Tal y como hoy existe - escribía- esta institución representa los mayores peligros: parece hecha ex profeso para favorecer al mundo criminal y atestigua la ingenuidad de los legisladores, los cuales parece que no se percatan de las nuevas armas que a los malhechores les presta la civilización*²⁷⁵. No vale la pena detenerse en averiguar cuáles eran las *nuevas armas* que preocupaban a

²⁷³ Sin duda que esto deberá ser materia de discusión en los países que, como la Argentina, la competencia legislativa en materia penal corresponde al estado federal y la procesal a las provincias.

²⁷⁴ Estos son los pasos propiamente procesales, como los sintetizó para información pública Francesco Carnelutti, *Cómo se hace un proceso*, Valparaíso, 1979.

²⁷⁵ Rafael Garófalo, *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s.f., págs. 453-4.

Garófalo en el siglo XIX, porque la expresión se repite hasta el presente en todo discurso *völkisch* y en el de las burocracias internacionales.

Como cabe suponer, la misma idea fue acogida por el nazismo, que reformó toda la regulación del sistema penal cautelar, justificándola del siguiente modo: *Mientras en el derecho vigente, la prisión preventiva sólo sirve para evitar el peligro de fuga del inculcado o de que borre pruebas, en el futuro (como prisión preventiva profiláctica) también tendrá como objetivo la protección de la comunidad frente a los hechos que el inculcado podría cometer en libertad o frente al riesgo de quebrantamiento del orden pacífico del pueblo en cualquier forma*²⁷⁶. Sin duda, esta concepción correspondía a la función de prevención general positiva, tampoco ajena al positivismo, que también se asignaba a la pena: *Todo crimen grave despierta en la sociedad el reclamo de expiación, pero, en realidad, esta demanda tiene su raíz en la pulsión de seguridad y, en este sentido, exige el restablecimiento de la conciencia (sacudida por el hecho) de vivir en un orden jurídico que garantiza la paz y la seguridad*²⁷⁷. Algo parecido fue sostenido en la Italia fascista, recogido por el código de Rocco²⁷⁸

Frente a las tesis sustantivistas, que dominan en el derecho penal legitimante autoritario, aparecen las tesis *procesalistas*, que defienden la naturaleza *no penal* del encierro cautelar, fundándolo de manera a veces bastante ingeniosa, pero que no alcanza para ocultar su esencia punitiva. Las tesis *procesalistas* en ocasiones no se distinguen mucho de las *sustantivistas* autoritarias, pues directamente *optan por negarle valor al principio de inocencia*. Manzini decía: *si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él?*²⁷⁹. Estas palabras del procesalista italiano, escritas en pleno auge del fascismo, pueden ser respondidas con las de Concepción Arenal escritas más de medio siglo antes: *Imponer a un hombre una grave pena, como es la*

²⁷⁶ Schoetensack, August/Christians, Rudolf/Eichler, Hans, *Grundzüge eines Deutschen Strafvolstreckungsrechts*, Berlin, 1934, pág. 122.

²⁷⁷ Karl Klee, *Das Problem der Sicherungsstrafe*, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, 27, 1934-1935, pág. 487.

²⁷⁸ Al respecto, Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, p. 564.

²⁷⁹ Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1951, I, p. 254.

*privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia*²⁸⁰.

Si bien existen otras posiciones procesalistas que tienden a negar el carácter punitivo para reducir su ámbito de aplicación, no pueden eludir la inevitable lesión al principio de inocencia violado por todo el sistema penal cautelar y, además, hasta ahora no parecen tener éxito en el sano propósito de reducir su amplitud. No se advierte, por otra parte, que al desconocer la naturaleza penal del encierro cautelar y al tratar de racionalizar la palmaria violación al principio de inocencia que inevitablemente importa, en realidad se lo legitima.

El drama del encierro cautelar se halla en que su legitimación implica un problema sin solución, una *cuadratura del círculo*, de la que sólo es posible salir asumiendo con sinceridad el reconocimiento de su naturaleza punitiva y su consiguiente ilegitimidad²⁸¹, por mucho que parezca lejana la posibilidad de un proceso penal sin encierro preventivo. De cualquier manera, frente al trato penal como *enemigos* generalizado en la realidad del sistema penal cautelar latinoamericano, antes de llegar al abolicionismo de la prisión preventiva, urge presionar fuertemente por un radical reduccionismo.

En síntesis, *en América Latina hay un desdoblamiento del sistema penal oficial, en sistema penal cautelar y sistema penal de condenación, siendo más importante el primero que el segundo, dado que abarca a la inmensa mayoría de la criminalización, producto de infracciones de gravedad menor y media. El derecho penal autoritario le reconoce naturaleza penal y procura su ampliación, o bien, sin reconocerle ese carácter niega toda vigencia al principio de inocencia, en tanto que la doctrina liberal le niega carácter penal, con el objeto de reducir su ámbito, sin advertir que al mismo tiempo lo está legitimando y sin redundar en resultados prácticos reductores.*

²⁸⁰ Concepción Arenal, *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1877, p. 12.

²⁸¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 570.

Esto significa que el sistema penal en América Latina se caracteriza por valerse de un segmento que configura su sistema penal cautelar, que depara a la generalidad de las personas a las que somete a proceso (o sea, respecto de las que pone en marcha el proceso de criminalización secundaria) limitaciones y encierro cautelares, constituyendo este último un puro encierro de contención.

La ignorancia o indiferencia frente a este fenómeno determina un giro muy preocupante, pues al no tener en cuenta el señalado desdoblamiento del sistema penal, se corre el riesgo de encubrir un aumento considerable del poder punitivo con una legislación penal formalmente acusatoria. Así, el principio acusatorio en manos de un ministerio público sin autonomía y cooptado por policías que dependen del poder ejecutivo y que presentan graves signos de deterioro institucional, no hace más que acentuar la indefensión frente a la amenaza del sistema penal cautelar. Si a ello se suman tribunales de sentencia sobrecargados y se habilita la negociación, los extenuados jueces de los tribunales de sentencia acaban tratando con especial antipatía a los procesados que no optaron por esa vía.

La deformación que implica el sistema penal cautelar como forma dominante del ejercicio del poder punitivo, lleva a que las agencias ejecutivas defiendan con especial énfasis sus ámbitos de arbitrariedad para detener, requisar, allanar, interrogar, etc., y poco les importe la efectiva búsqueda de evidencias con miras al juzgamiento y condena formales.

IV. El enemigo, extraño u *hostis* en la teoría política

1. Lo que se discuten son los derechos individuales de los ciudadanos

Hemos revisado el ejercicio real del poder punitivo, lo que permitió verificar que éste siempre reconoció un *hostis*, respecto del cual operó de modo diferenciado, con trato discriminatorio, neutralizante y

eliminatorio mediante un título que partía de su negación de la condición de persona, o sea, considerándolo básicamente en función de su condición de *cosa o ente peligroso*. Por su parte, el repaso de la doctrina jurídico penal, o sea, del discurso del saber jurídico y también de la pretendida ciencia empírica que lo alimentó, demuestra que ésta se ocupó de legitimar ampliamente la antes señalada discriminación operativa. Por lo general, lo hicieron pretendiendo fundarse en una individualización supuestamente *óptica* de ciertas personas como *enemigos*, en la forma de una *imposición del hecho al derecho* en función de la necesidad creada por la emergencia de turno invocada.

En buena medida el derecho penal tradicional se limitó a discutir si el tratamiento penal diferenciado de los *enemigos* o *extraños*, destinado a la neutralización del peligro que representan, es materia del propio derecho penal o del derecho administrativo (policial) y a decidir la entidad de la neutralización, que con frecuencia llegó hasta la eliminación del agente. Las posiciones más o menos prudentes y consideradas *liberales* fueron tributarias o derivadas siempre de las *medidas de seguridad* de Stooss; las más abiertamente autoritarias y totalitarias, legitimaron la eliminación genocida.

Sin embargo, en cuanto se echa un vistazo sobre el campo de la teoría política, no es posible considerar que cualquiera de las posiciones legitimantes del trato penal diferenciado del *enemigo*, incluso las más moderadas, sean *políticamente liberales*, pese a sus notorias diferencias en cuanto a consecuencias prácticas. En estricto sentido político, todas las posiciones que legitiman la existencia de un *hostis* en el derecho, tanto las *prudentes* como las *genocidas*, son antiliberales y el derecho penal llamado *liberal* no parece haber hecho otra cosa que decidirse por las menos aberrantes de todas ellas.

En la actualidad se esgrimen también otras explicaciones teóricas de la represivización de las últimas décadas, como el derecho penal simbólico, la expansión del derecho penal, el derecho penal a varias velocidades, etc.,

y se observa que el reconocimiento expreso del *enemigo* en el derecho penal introduce o lleva al *derecho penal de autor*²⁸².

Lo cierto es que la única forma en que podría existir un trato penal diferenciado *realmente limitado a los enemigos* sería en el marco de un *extremo y estricto derecho penal de autor*, o sea, si el trato diferenciado se destinase o se redujese a un grupo de personas claramente identificables mediante características físicas, lo que sucede sólo en las luchas colonialistas, en que todo colonizado para a ser un enemigo potencial, pero los colonizadores están fuera de toda sospecha²⁸³. Por aberrante y despreciable que fuese una propuesta semejante -que nadie formula fuera del citado contexto colonialista-, debido a su flagrante desconocimiento de la igualdad ante la ley (del *derecho a ser diferente*), no podría negarse que se trataría de un supuesto de *verdadero trato penal diferenciado que sólo afectaría a sus destinatarios*. Pero en caso que no fuese así -y de hecho no lo es-, lo que se discutirá no es si se puede tratar a algunos *extraños* de manera diferenciada, pues esto no será más que una pregunta engañosa.

Cuando los destinatarios del trato diferenciado (los *enemigos*) sean seres humanos no identificables claramente *ab initio* (un grupo con características físicas, étnicas o culturales bien diferentes), sino personas mezcladas y confundidas con el resto de la población y que sólo una investigación policial o judicial pueda identificar, preguntar por un trato diferenciado para ellos importa interrogarse acerca de la posibilidad de que *el estado de derecho pueda limitar las garantías y libertades de todos los ciudadanos con el objeto de identificar y contener a los enemigos*.

Esto es así, porque, por ejemplo, al permitir la intervención de las comunicaciones privadas para individualizar a los *enemigos*, se afectará la intimidad de todos los habitantes, pues en esta búsqueda también se

²⁸² Cancio Meliá, Manuel, en Jakobs-Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, cit., pp. 65 y ss.; Eduardo Demetrio Crespo, *El "derecho penal del enemigo" darf nicht sein*, cit.; Hans Joachim Hirsch, *Tatstrafrecht: ein hindreichend beachtetes Grundprinzip*, en "Fest. F. Lüderssen", Baden-Baden, 2002, págs. 253 y sgts.

²⁸³ Hasta cierto punto, pues puede recaer sobre ellos la sospecha de *colaboracionistas* y *quintas columnas*, como en el caso de los franceses que se oponían a la guerra de Argelia (cfr. Marie-Monique Robin, *Escuadrones de la muerte, La escuela francesa*, Buenos Aires, 2005).

intervendrán las comunicaciones de miles de personas que no son *enemigos*. Al limitar garantías procesales, mediante incomunicaciones, restricciones al derecho de defensa, prisiones preventivas prolongadas, presunciones, admisión de pruebas extraordinarias, testigos sin rostro, magistrados y acusadores anónimos, denuncias anónimas, imputaciones de coprocesados, de *arrepentidos*, de espías, etc., se pondrá a todos los ciudadanos en riesgo de ser indebidamente procesados y condenados como supuestos *enemigos*. Del mismo modo, al tipificar actos preparatorios equívocos se conminará con pena a todos los ciudadanos por conductas que en la mayoría de los casos son inofensivas (comprar un precursor de explosivo para pintar la casa o abonar el jardín, llevar dinero para comprar legalmente una propiedad, llevar cortaúñas en un avión, bromear sobre alguna medida de seguridad, omitir la declaración de una transferencia bancaria de dinero propio y legalmente obtenido, etc.)²⁸⁴. La pretendidamente novedosa y posmoderna anticipación de la tipificación sigue el camino casi dos veces milenario de la *lex Julia* contra crímenes de lesa majestad, con cuya ampliación se llegó a penar la tenencia y fabricación de tela púrpura, por implicar el riesgo de preparación de un magnicidio²⁸⁵.

Por lo tanto, admitir un trato penal diferenciado para *enemigos* no identificables ni reconocibles físicamente, importa ejercer un control social más autoritario sobre toda la población, como único modo de identificarlos y, además, imponer a toda la población una serie de limitaciones a su libertad y también el riesgo de una identificación errónea y de consiguientes condenas y penas a inocentes.

Pretender que es posible incrementar el poder punitivo sólo respecto de *enemigos* no identificables *ab initio* es una ingenuidad, por no decir una

²⁸⁴ Cualquier trato discriminatorio a un grupo requiere su rápida identificación. Los afroamericanos en Estados Unidos eran discriminados reservándoles lugares especiales en los transportes. Esto no hubiese sido posible si no hubiesen tenido esas características étnicas, sino otras, o sea, si para identificarlos, por ejemplo, hubiese sido necesario constatar una mancha en la epidermis del glúteo y, para ello, hubiese sido menester que el guarda inspeccionase el glúteo de cada pasajero. Es obvio que la discriminación en el transporte no hubiese podido llevarse a cabo, porque el resto de la población no hubiese tolerado el vejamen, aún cuando lo hubiesen aprobado respecto de los discriminados.

²⁸⁵ Cfr. Teodoro Mommsen, *El derecho penal romano*, trad. de P. Dorado, Madrid, s.d., II, p. 63; también Mariano Ruiz Funes, *Evolución del delito político*, México, 1944, p. 18.

alteración sensorial grave. Lo que se discutirá, en tal caso, será si es posible reducir las garantías de toda la población frente al aparato represivo e imponerle los controles, limitaciones y eventuales indebidas penalidades consiguientes, en homenaje a una pretendida y más que dudosa eficacia de la empresa *humanitaria* del poder punitivo que declara perseguir sólo la neutralización del riesgo de la emergencia de turno.

Por otra parte, esta formal y hasta solemne *declaración o promesa - en ocasiones juramento- de persecución limitada a terroristas* (brujas, herejes, comunistas, narcotraficantes, etc.) no puede respetarse, porque el poder de individualización se le concede a la agencia que lo ejerce y que -como cualquier burocracia- lo ejercerá conforme a sus objetivos sectoriales, que no estarán limitados a los estereotipos imaginados por el legislador a la hora de construir los tipos o de ceder garantías de los ciudadanos²⁸⁶.

Cuando se autorizan allanamientos domiciliarios, requisas personales, de automotores y de viviendas, intervenciones y registros de comunicaciones de toda índole, detenciones de sospechosos, etc., *sólo a sospechosos de terrorismo*, se sabe que será imposible evitar que las agencias policiales hagan uso de estas facultades cada vez que lo crean conveniente, bastándole con alegar que lo hacen por *sospecha de terrorismo* y que, por azar, hallaron cigarros de marihuana, divisas no declaradas o una billetera hurtada. Todo ello contando con agencias ejecutivas y políticas no deterioradas, pues de lo contrario también se sabe que declararán el hallazgo *por azar* de esos elementos, siempre que no hayan llegado a un acuerdo extorsivo con el infractor. Con esas medidas se abre un amplio campo para la corrupción, la tortura, las venganzas personales, los acosos sexuales, el chantaje y la persecución política de disidentes, antipáticos o no disciplinados.

No sólo es ilusoria la afirmación de que el derecho penal del *enemigo* afectará únicamente las garantías de éstos, sino que también lo es su

²⁸⁶ Es muy claro el desplazamiento en el uso arbitrario del poder selectivo en el caso de las leyes de emergencia colombianas (la llamada *justicia sin rostro*), que estuvo muy lejos de ocuparse de los secuestradores, terroristas y narcotraficantes (cfr. Alejandro David Aponte C., op. cit.). Sobre el riesgo de empleo de legislación antiterrorista contra la protesta social, Carlos Julio Lascano (h) en "Pensamiento Penal del Sur", Buenos Aires, 2004, págs. 179 y sgts.

pretendida eficacia contra los *enemigos*. Cuando se hacen de lado todas las consideraciones teóricas y se admite que se lesionan los derechos de todos los ciudadanos, inmediatamente se invoca el *eficientismo penal*, propio del estado autoritario y de su *razón de estado*²⁸⁷, replanteando la opción tan reiterada como falsa entre *eficacia o garantías*²⁸⁸, con la cual lo único que se quiere decir es que de esta manera se obtendrán más sentencias condenatorias²⁸⁹ o -lo que es lo mismo en América Latina- más encerramientos cautelares. Al mismo tiempo es innegable que al aumentar la discrecionalidad investigadora de las agencias policiales se amplían las oportunidades para la tortura. Una descarnada y correcta traducción del *eficientismo penal* en términos reales, permite definirlo -desprendido de sus máscaras- como un *tácito reclamo de legalización de la tortura*.

Pero la falsa disyuntiva entre seguridad y garantías²⁹⁰ está desmentida por toda la historia y por toda la información empírica, pues se trata de una simple deducción en el mundo del *deber ser*, que no se verifica en el mundo del *ser*. *Se parte del dogma de que el poder punitivo provee seguridad frente a las agresiones a bienes jurídicos, cuando lo único verificable es (α) que los penalistas y los políticos afirman que debe proporcionarla*²⁹¹ y (β) *que el poder punitivo fue el principal y mayor agente de la lesión y aniquilamiento de bienes jurídicos en forma brutal y genocida a lo largo de toda la historia de los últimos ocho siglos*.

Como conclusión, planteada correctamente la cuestión, está fuera de duda que la pregunta acerca de los derechos y garantías de los ciudadanos, en todas las épocas, ha sido considerada una cuestión política. Hasta dónde llega el poder del estado frente al ciudadano es problema que

²⁸⁷ El principio regulativo de la razón de estado es el uso de los medios eficaces, en tanto que el del estado de derecho es el de los medios jurídicamente preestablecidos (Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pág. 851).

²⁸⁸ Sobre ello, José Daniel Cesano, op. cit., pág. 69; Eduardo Demetrio Crespo, op. cit.; Alejandro Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht*, cit.

²⁸⁹ Cfr. Alejandro David Aponte C., op. cit.

²⁹⁰ Muy ampliamente está demostrada por Sergio Moccia, *La perenne emergenza*, cit.

²⁹¹ En este sentido es válida la afirmación de que la pretensión de salvar al derecho penal del ciudadano mediante el derecho penal del enemigo carece de fundamento empírico (así, Prittwitz, op.cit., pág. 119). En buena medida el fundamento empírico se reemplaza con el dogma de la eficacia tutelar de bienes jurídicos por parte del poder punitivo, lo que lleva a pretender dotar a éstos de una seguridad que no respeta ni siquiera el principio elemental *cogitationis poenam nemo patitur*.

no puede tener naturaleza diferente de la política y nadie ha pretendido que tuviera dispar carácter.

La cuestión acerca de la posibilidad de limitación de los derechos y garantías de los ciudadanos en razón de la existencia de un *enemigo*, *extraño* u *hostis*, o sea, decidir si en base a la admisión de estas categorías en el derecho *se pueden limitar los derechos y garantías de todos los habitantes*, presupone otra pregunta, que no es independiente y que constituye el *Kernel* de la cuestión, consistente en determinar *si es política y jurídicamente admisible, en el marco del estado constitucional de derecho, una versión actualizada del concepto de hostis del derecho romano*.

Estas preguntas no son independientes, pues descartando el contexto colonialista o la grosería de que el *hostis* se refiera a un grupo étnicamente diferenciado, su admisión importa una limitación a la libertad ciudadana. Es decir que el tratamiento penal diferenciado del *hostis* implica una *lesión a los límites del estado respecto del ciudadano. Se trata de un tratamiento más represivo para todos, lo que se compagina mucho más con el estado absoluto que con el estado de derecho*.

2. Admitir el concepto de *hostis* no es una posición política teóricamente prudente

En los últimos años suelen citarse como garantes de la viabilidad del concepto jurídico de *enemigo* u *hostis* en el estado de derecho a dos pensadores de imponente talla filosófica y política: nada menos que a Hobbes y a Kant. Para ello se plantea una disyuntiva polarizante nada común, mostrando como posiciones radicales las de Rousseau y Fichte, para quienes todos los delincuentes serían enemigos, y como posiciones moderadas las de Hobbes y Kant, para quienes sólo algunos lo serían²⁹².

Esta polarización entre Rousseau y Fichte por un lado y Hobbes y Kant por el otro, es por completo original. En efecto, no es nada corriente en el campo de la filosofía que se opongan a los mencionados pensadores

²⁹² Jakobs en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2003.

de esta forma²⁹³, sino que a Hobbes usualmente se le opone Locke y, en esta cuestión, a Kant se le opone Feuerbach. Por otra parte, no son tan radicales las posiciones de Rousseau y de Fichte, pues de sus textos no surge que hayan pretendido considerar enemigos a todos los delincuentes, al menos sin matices tan importantes que neutralizan en gran medida la afirmación primera.

En principio, Rousseau es contradictorio, parece referirse sólo a los asesinos y no a cualquier delincuente²⁹⁴ y, además, sólo admite que se quite la vida al que no se puede conservar sin peligro y, como si esto fuese poco, en el mismo libro afirma que el estado sólo puede tener por enemigo a otro estado y nunca a una persona.

El texto que parece más asertivo respecto del *enemigo* se halla en el capítulo V del libro II: *todo malhechor, al atacar al derecho social, resulta por sus fechorías rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se ejecuta al culpable es más como enemigo que como ciudadano. El procedimiento y la sentencia son la prueba y la declaración de que ha roto el contrato social y, por consiguiente, de que no es ya miembro del Estado*²⁹⁵. No obstante, agrega: *No hay hombre malo del que no se pudiera hacer un hombre bueno para algo. No hay derecho a hacer morir, ni siquiera por ejemplariedad, más que a aquél al que no se puede conservar sin peligro*²⁹⁶. Tampoco es posible ignorar que en el capítulo IV del Libro I afirma que *un Estado no puede tener por enemigo sino a otro Estado, y no a hombres, pues no pueden fijarse verdaderas relaciones*

²⁹³ Cfr., por ejemplo, Wilhelm Windelband, *Historia de la filosofía, La filosofía del iluminismo*, México, 1948, pp. 60 y ss.; Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental, Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, México, 1962, pp.179 y ss.; Frederick Copleston, *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1983, vol. V, pp. 122 y ss.; M. Federico Sciacca, *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1966, pp. 335 y ss.; Émile Bréhier, *Historia de la filosofía*, Bs. As., 1956, T.II, pp. 617 y ss.; N. Abbagnano, *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1973, II, pp. 185 y ss.

²⁹⁴ Encuentra también que Rousseau sólo intenta justificar la pena de muerte para delitos muy graves, Carlos Pérez del Valle, *Sobre los orígenes del "Derecho Penal del enemigo"*, *Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau*, en ED, *Derecho Penal*, julio de 1003, págs. 5 y sgts.

²⁹⁵ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, trad. de Consuelo Berges, Madrid, 1973, p. 37.

²⁹⁶ Idem, p. 38.

*entre cosas de diversa naturaleza, precisando incluso que sin declaración de guerra no hay enemigos, sino bandoleros*²⁹⁷.

En el caso de Fichte, que también había tenido influencia de Rousseau²⁹⁸, si bien admite la condición de *enemigo*, en modo alguno la generaliza a todos los delincuentes, sino sólo a algunos de ellos excluye del derecho penal y deja en manos del derecho administrativo. Se trata de los asesinos, incorregibles y traidores, a quienes reserva nada menos que la pena de muerte como medida eliminatoria *administrativa*.

Fichte razonaba por tesis y antítesis, y si bien en su tesis sostenía que todo delincuente se vuelve un enemigo, basado en la cláusula *rebus sic stantibus*, o sea que el infractor pierde todos los derechos al violar el contrato, en su antítesis hace valer el surgimiento de un nuevo contrato, que es el de *expiación*, que en la medida en que sea suficiente para proteger la seguridad pública (prevención general y disuasión), crea el derecho a exigir la pena. Sólo cuando la expiación fuese insuficiente Fichte aceptaba la exclusión de la sociedad, pero en función de un nuevo contrato (el de *enmienda*) el sujeto puede reclamar el derecho a mejorar, por lo cual se trata siempre de una exclusión temporal. Sólo si el sujeto no se enmienda o en caso de asesinato es que Fichte admite la exclusión definitiva.

En síntesis, Fichte dejaba fuera del contrato sólo a los asesinos, a los incorregibles y a los traidores, o sea, que no es verdad que considerase *enemigos* a todos los infractores ni mucho menos. Sólo para estas categorías de excluidos del contrato, reservaba Fichte la pena de muerte, pero sin ningún fundamento talional -pues creía que el talión es una teoría teocrática-, sino como una medida de seguridad administrativa que debe ejecutar el estado como mero administrador²⁹⁹.

Quizá allí se puede encontrar la primera referencia a la famosa frase stalinista, que pretendía que la pena de muerte no era pena, sino la

²⁹⁷ Idem, p. 13.

²⁹⁸ Cfr. Rodolfo Mondolfo, *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, 1967, pág. 112.

²⁹⁹ Johann Gottlieb Fichte, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 315-337; *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science* (1796-1797), PUF, París, 1998, págs. 269-293.

*suprema medida de defensa social*³⁰⁰, como también de las corrientes que admiten el concepto de *enemigo*, pero como parte del derecho administrativo, como sucede con algunos de los sostenedores de las tesis binarias³⁰¹.

No obstante, incluso en el caso del asesinato, Fichte atenuaba su juicio, siempre operando por tesis y antítesis, y admitía que si voluntariamente existiesen personas dispuestas a asumir el riesgo de intentar corregir al asesino, en condiciones que garantizasen seguridad para el resto de los ciudadanos, podrían encargarse de estos infractores³⁰².

En síntesis, no sólo es completamente original la confrontación de Rousseau y Fichte con Hobbes y Kant, sino que tampoco es del todo cierto que Rousseau y Fichte pretendieran excluir a todos los infractores del contrato o considerar a todos como *hostis* o *enemigos*, sino que prácticamente reducían esa categoría a los asesinos y traidores y, aún así, con matices considerables.

3. La confrontación entre Hobbes y Locke

La verdadera confrontación en el pensamiento político, tal como correcta y tradicionalmente se la ha entendido, tuvo lugar entre Hobbes y Locke.

Partiendo de que el ser humano desarrolla sus facultades por su afán de poder, Hobbes entiende que la competición, la desconfianza y el deseo

³⁰⁰ Conforme a los principios de 1924, sobre la pena de muerte en este período, Mariano Ruíz Funes, *Actualidad de la venganza*, Buenos Aires, 1944, págs. 158 y sgts.

³⁰¹ V. supra, III, 3.

³⁰² Fichte, *Fundamento*, cit, p. 330: *El único crimen contra el cual el esfuerzo por mejorar al criminal no ha lugar ya, contra el que por tanto se debe proceder sin mayor dilación a la exclusión absoluta, es el asesinato intencional y premeditado (distinto del que resultaría casualmente de otra violencia). El fundamento de ello es el siguiente: hay que cuidarse del que ha cometido un homicidio porque puede matar de nuevo. Pero el Estado no puede obligar a nadie a poner su vida en peligro. No podría, por tanto, obligar a nadie a cargar con la vigilancia de un asesino que ciertamente, para poder enmendarse, tendría que tener una cierta libertad; y todavía menos podría obligar al resto de los reclusos para enmendarse a soportar entre ellos a un asesino. A renglón seguido agrega: Yo he dicho: el Estado no tiene ningún derecho a forzar a nadie a poner su vida en peligro. Pero cada uno tiene el derecho a ponerla en peligro voluntariamente. Si entonces se encontraran sociedades y fundaciones caritativas que quisieran cargar sobre sí todos los peligros, también con el asesino, atreverse a corregirlo, habría que permitirse, con la única reserva de que las celdas de los asesinos sean preparadas de tal manera que se asegure contra su evasión.*

de guerra son las causas de las disputas, que en estado de naturaleza determinan un estado de guerra permanente³⁰³, en el que no hay derechos, pues cada uno tiene lo que puede obtener por la fuerza, y tampoco hay juicios morales. Para poner fin a este estado los humanos celebran el contrato social, por el cual entregan todo el poder al soberano, que no es parte del contrato, pues éste se celebra entre los súbditos³⁰⁴. Como esta soberanía es lo único que puede contener la guerra, no puede ser parcial: la soberanía debe ser total. Mal puede retener un derecho el súbdito, porque antes de la soberanía no hay derechos. Los seres humanos no se reúnen en sociedad, según Hobbes, por mero espíritu de amor o solidaridad, sino por miedo y para obtener honores y beneficios³⁰⁵.

Hobbes no admite la resistencia al soberano, que importaría reintroducir el *bellum omnium contra omnes* (la guerra de todos contra todos) y precisamente por eso, quien resiste el poder del soberano no es penado, sino sometido a contención forzada, porque no es un *delincuente* sino un *enemigo* que, con su resistencia reintroduce la guerra.

Por grave que sea un delito, su autor no es para Hobbes un *enemigo*, pero quien resiste al soberano es el *enemigo*, porque se vuelve *extraño* o *extranjero* al salir del contrato con su propio acto de resistencia. *No pueden ser consideradas penas -escribe Hobbes- los daños infligidos a quien es un enemigo declarado. Puesto que ese enemigo nunca estuvo sujeto a la ley, no puede transgredirla. O bien estuvo sujeto a ella y declara no estarlo más, negando en consecuencia la posibilidad de transgredirla. Por tanto, todos los daños que puedan serle causados deben entenderse como actos de hostilidad. En una situación de hostilidad declarada es legítimo infligir cualquier clase de daños. Cabe concluir, pues, que si por actos o palabras, a sabiendas y deliberadamente, un súbdito negase la autoridad del representante del Estado, sea cual fuere la penalidad prevista para la traición, el representante puede legítimamente*

³⁰³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited with an Introduction by C. B. Macpherson, Londres, 1985, Capítulo 13, págs. 183 y sgts.: *Of the natural condition of Mankind, as concerning their Felicity, and Misery* (trad. castellana, México, 1998, págs. 100 y sgts.).

³⁰⁴ Idem, cap. 18, págs. 228 y sgts.: *Of the Rights of Soveraignes by Institution* (en trad. castellana cit., págs. 142 y sgts.).

³⁰⁵ Thomas Hobbes, *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*, Madrid, 2000, capítulo primero, págs. 53 y sgts.

*hacerle sufrir lo que considere correcto. Al negar la sujeción, negó las penas previstas por la ley. Debe, en consecuencia, sufrir como enemigo del Estado, o sea, conforme a la voluntad del representante. Las penas están establecidas en la ley para los súbditos, no para los enemigos, como es el caso de quienes habiéndose tornado súbditos por sus propios actos, se rebelen y nieguen el poder del soberano por propia voluntad*³⁰⁶

El pensamiento que se opone a esta idea de estado absoluto de Hobbes³⁰⁷ es el de Locke, para quien en el estado de naturaleza existe una ley natural y, por lo tanto, existen derechos. En este sentido es claro que el estado de naturaleza no puede confundirse para Locke con el estado de guerra, *los cuales, pese a que algunos los han confundido, son tan diferentes como lo puedan ser un estado de paz, buena voluntad y asistencia y conservación mutuas, y otro que fuera de enemistad, maldad, violencia y destrucción mutuas*³⁰⁸.

La metáfora contractualista de Locke es mucho más realista que la de Hobbes, pues está implícito que la sociedad civil es anterior al estado, de lo que algunos deducen que presupone dos contratos³⁰⁹. Lo cierto es que una vez constituida la sociedad civil, la mayoría decide el contrato estatal y, por ende, no puede ceder en éste todos los derechos, sino sólo lo necesario para la conservación y perfeccionamiento de esos derechos. La resistencia legítima que derroca al soberano, para Locke no disuelve la sociedad civil, como lo pretende Hobbes. En esta confrontación vuelve un tema mucho más antiguo, pero desde la perspectiva contractualista, que es el *derecho de resistencia a la opresión*, sostenido por jusnaturalistas

³⁰⁶ *Leviathan*, cap. 28 pág. 356 (*Hurt to revolted subjects is done by right of war, not by way of punishment*) (en trad.castellana cit., pág. 256).

³⁰⁷ Hobbes concebía al estado absoluto como un organismo artificial. Su Leviatán es un constructo organicista, un cuerpo artificial. La resistencia a la autoridad es la *sedición*, que es *enfermedad* y la *guerra civil* es la *muerte* (sobre esto, ampliamente, Carlos S. Fayt, *Historia del pensamiento político*, Buenos Aires, 2004, II, págs. 122-123). No es extraño que esta visión organicista cautive a quienes se inclinan por perspectivas sistémicas de la sociedad; las analogías entre los sistémicos y los organicistas se han señalado muchas veces (cfr. Don Martindale, *The Nature and Types of Sociological Theory*, Boston, 1960, pág. 465; en la versión castellana, Madrid, 1979, pág. 544), al punto de atribuir el origen moderno del pensamiento sistémico a Augusto Comte (así, Anthony Giddens, *Sociología*, Bologna, 1994, pág. 620).

³⁰⁸ John Locke, *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*, Barcelona, 1996, Segundo Ensayo, Cap. 2, párrafo 19 (pág. 216).

³⁰⁹ Sobre ello, Frederick Copleston, *Historia de la Filosofía*, cit., V, pág. 133.

muy anteriores y rechazado por los partidarios del estado absoluto, con el argumento de la *razón de estado*³¹⁰.

Las notorias diferencias entre estas posiciones explican por sí mismas que tradicionalmente se las haya confrontado como polaridad política. *Para Locke, como crítico de la monarquía absoluta, quien realiza un acto de resistencia legítimo reclamando el respeto de derechos anteriores al contrato estatal, es un ciudadano que ejerce su derecho; para Hobbes, como defensor del estado absoluto, es un enemigo al que es menester contener con fuerza ilimitada, sin respetar siquiera los márgenes de la pena, porque ha dejado de ser un súbdito. Quien para Locke ejerce el derecho de resistencia a la opresión es para Hobbes un enemigo peor que un criminal. Para Locke el soberano que abusa del poder pierde su condición de tal y pasa a ser una persona más; para Hobbes es el súbdito que resiste el abuso de poder del soberano quien pierde su condición y pasa a ser un enemigo.*

Es suficiente con el enunciado de estas diferencias para demostrar acabadamente que la confrontación política de pensamientos tiene lugar entre estos pensadores y que la idea de *enemigo* de Hobbes está vinculada a su negación radical del derecho de resistencia a la opresión en el seno de un estado al que se debe total obediencia como único medio de contener al ser humano, siempre movido por su búsqueda de honores y beneficios.

4. La confrontación entre Kant y Feuerbach

En apoyo de la admisión del concepto jurídico de *enemigo* en el estado de derecho, como hemos dicho, se cita también a Kant, y especialmente se hace hincapié en la nota de éste a la sección segunda de su tratado *Sobre la paz perpetua* de 1795³¹¹. Kant afirma allí que puede haber pueblos o seres humanos en estado de naturaleza, cuya sola

³¹⁰ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pág. 847.

³¹¹ *Zum ewigen Frieden*, en *Werkausgabe*, herausgegeben von W. Weischedel, Frankfurt, 1977, T. XI, p. 203.

presencia anárquica representa un peligro y, en tales condiciones, existe el derecho a obligarles a entrar en el contrato³¹².

Sostiene que se puede forzar a quien se obstina en permanecer fuera del contrato a que se incorpore a él, pues es la única forma de garantizar la paz. *Comúnmente -escribe Kant- se admite que nadie puede hostilizar a otro, a no ser que éste haya agredido de obra al primero. Es muy exacto cuando ambos viven en el estado civil y legal. Pues por el sólo hecho de haber ingresado en el estado civil, cada uno da a todos los demás las necesarias garantías; y es la autoridad soberana la que, teniendo el poder sobre todos, sirve de instrumento eficaz de aquellas garantías. Pero el hombre -o el pueblo- que se halla en el estado de naturaleza, no me da esas garantías y hasta me lesiona por el mero hecho de hallarse en ese estado de naturaleza; en efecto, está junto a mí, y aunque no me hostiliza activamente, es para mí la anarquía de su estado una perpetua amenaza. Yo puedo obligarle, o bien a entrar conmigo en un estado legal común, o a apartarse de mi lado*³¹³.

Dejando de lado el considerable etnocentrismo del párrafo citado y, de paso, el argumento colonialista que de él puede derivarse, lo cierto es que en este aspecto Kant coincide con Hobbes, negando tan decididamente como éste el derecho de resistencia a la opresión, pues la resistencia al soberano implicaba la destrucción de su autoridad y la violación del contrato, lo que conllevaba la pérdida de la garantía externa del imperativo categórico y, por ende, la vuelta al estado de naturaleza y a la guerra de todos contra todos³¹⁴.

En este sentido, no es válido citar a Kant como invariable garante del derecho penal liberal, porque de hecho no lo fue. La formidable trascendencia del pensamiento de Kant no necesita ser adornada por méritos que no tuvo y, precisamente, en este aspecto no es el filósofo de

³¹² Parece tratarse de la laicización del viejo debate sobre la coerción en materia de fe, que San Agustín primero negaba y luego admitió, en base a su particular interpretación del *cogite intrare* del Evangelio de San Lucas (XIV,23). Kant entra aquí en contradicción con lo que sostiene en materia de herejía, pues construye una suerte de *herejía civil* (sobre esto, Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1971, págs. 63-64).

³¹³ Kant, *La paz perpetua, Ensayo filosófico*, trad. de Francisco Rivera Pastor, Madrid-Barcelona, 1919, nota en p.21.

³¹⁴ *Werkausgabe VIII, Die Metaphysik der Sitten*, p. 756.

Königsberg el garante del derecho penal liberal, justamente por su rechazo del derecho de resistencia a la opresión.

En el siglo XVIII alemán se reprodujo en la filosofía política la polarización Hobbes/Locke y fue Anselm von Feuerbach³¹⁵ quien en su temprana juventud retomó contra Kant la línea de Locke. En efecto: Feuerbach respondió a Kant en 1798 en su *Anti-Hobbes*³¹⁶ que, en rigor de verdad, fue un *Anti-Kant*³¹⁷.

En ese texto, Feuerbach defiende la existencia de derechos subjetivos anteriores al contrato, afirmando que en el estado natural también existen derechos, como existe ante la razón el derecho a la libertad del africano vendido como esclavo, aunque no pueda ejercerlo porque la fuerza se lo impida. Para Feuerbach el soberano es parte del contrato en función del cual éste adquiere el derecho a escoger los medios para realizar los fines sociales, consistentes básicamente en la preservación de la paz y el afianzamiento o aseguramiento de esos derechos subjetivos.

Feuerbach es terminante en cuanto a que la disidencia respecto de las decisiones políticas no puede fundar ningún derecho de resistencia, pero éste surge cuando el soberano actúa contra la sociedad civil y, por ende, viola el contrato, pues la regresa al estado de naturaleza. Por apartarse de los fines asignados por el contrato a la soberanía, entiende Feuerbach que el soberano pierde su carácter de tal y, por ende, la resistencia no es contra el soberano sino contra un particular con poder.

En definitiva, tampoco Feuerbach admite un derecho de resistencia contra el soberano, sino contra quien ha dejado de serlo por apartarse de los fines que en el contrato se le asignan al ejercicio de la soberanía. De no admitirse esta resistencia, se caería en la contradicción de sostener

³¹⁵ Sobre este autor, entre muchos, Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969; Mario A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970; Eberhard Kipper, *Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Darmstadt, 1969.

³¹⁶ *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798.

³¹⁷ Es incuestionable la referencia a Kant en el capítulo 1. También la nota en que cita expresamente a Kant criticando su posición respecto del cambio de constitución (cap. 3). Trata respetuosamente de separar a Kant de Hobbes en cuanto a la inviolabilidad del soberano en el cap. 6. Es claro que Feuerbach tenía veintitrés años cuando escribió el *Anti-Hobbes* y no podía enfrentar abiertamente el prestigio del viejo y consagrado Kant.

que el contrato impone el deber de obedecer incluso a quien pretende destruir la sociedad civil y, con ello, volver al estado de naturaleza.

Esto explica el jusnaturalismo liberal de Feuerbach: no hay únicamente una *razón práctica moral*, sino también una *razón práctica jurídica*, que indica lo que se puede hacer ejerciendo derechos anteriores al contrato estatal³¹⁸. En tanto que la primera indica el deber moral en función del imperativo categórico, la segunda señala el espacio jurídico como derecho subjetivo, con independencia de la voluntad del soberano. Mientras la razón práctica moral señala el deber moral, la razón práctica jurídica hace conocer el espacio de libertad en el que se elige actuar de modo conforme o contrario a la moral. Como puede observarse, Feuerbach separa mucho más nítidamente que Kant el campo de la moral y del derecho, del pecado y del delito, derivados en Kant del mismo imperativo categórico.

*Creemos que queda claramente demostrado que la cuestión del enemigo pasa por una contraposición entre los principios del estado absoluto y del estado liberal, entre Hobbes y Locke primero y entre Kant y Feuerbach después, cuya clave se halla en el derecho a resistir la opresión, que los partidarios del estado absoluto no sólo niegan, sino que asignan el carácter de enemigo a quien pretende ejercerlo*³¹⁹.

Se podrá objetar que en el caso del llamado *derecho penal del enemigo* no se trata de señalar como tales a quienes ejercen un derecho de resistencia, sino a ciertos criminales que no ejercen ningún *derecho natural precontractual* ni nada parecido. Esta objeción no toma en cuenta que al consagrar el concepto de *enemigo* se introduce directamente el modelo del estado absoluto, sin importar respecto de quién se lo haga, pues al quebrar el principio del estado de derecho se deja expedito el camino para que, antes o después, se extienda el concepto a cualquier resistente y, en especial, a los que el soberano tiene interés en reprimir,

³¹⁸ V. Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, 1951, p. 543; también la investigación de Mario A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, cit.

³¹⁹ En este sentido, los enemigos serían los que cometen el crimen contra el soberano, es decir, los *crímenes de lesa majestad*, *crimina lesae majestatis* (cfr. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pág. 846).

que son los que obstaculizan su arbitrariedad o los que cree conveniente neutralizar o eliminar por razones de poder.

Dos consecuencias de la negación del derecho de resistencia resultan curiosas y, por ello, es menester señalarlas.

(α) La primera es que el estado de derecho pareciera negar también el derecho de resistencia³²⁰, considerando que si éste está realizado desaparecen las injusticias que le darían razón de ser, argumento bastante recurrido para reprimir la protesta social. Lo cierto es que ninguno de los estados de derecho históricos o reales pone a disposición de sus habitantes, en igual medida, todas las vías institucionales y eficaces para lograr la efectividad de todos los derechos, por lo que, dado que los estados de derecho históricos o reales siempre son imperfectos, nunca puede descartarse totalmente el derecho a la protesta e, incluso, el eventual derecho a la resistencia.

El tercer considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos estima *esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión*. Habiendo un *régimen de Derecho*, tal como lo reclama la Declaración, no cabe la rebelión contra la tiranía y la opresión, pero ésta resurge si el régimen deja de ser de derecho o si es reemplazado por un usurpador³²¹.

Fuera de la situación de usurpación, en que desaparece el estado de derecho y surge el derecho de resistencia, tampoco puede desconocerse el derecho de protesta, que reclama frente a las imperfecciones del estado de derecho histórico y está expresamente reconocido por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (art. 19) y en la

³²⁰ En este sentido afirma con razón Ferrajoli la paradoja de que en el estado de derecho converjan tanto el derecho de resistencia como la razón de estado (*Diritto e ragione*, pág. 848).

³²¹ Está expresamente reconocido en el art. 36 de la Constitución Argentina: *Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. ... Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.*

libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20). Estos dispositivos imponen a todos los estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos y, por supuesto, no sólo a reservarlos en el fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y reclamos. Nadie puede sostener juiciosamente que la libertad de reunión sólo se reconoce para manifestar complacencia. Además, no sólo está reconocido el derecho de protesta, sino el propio derecho de reclamo de derechos ante la justicia (art. 8).

El problema más complejo se presenta cuando se reclaman derechos consagrados en el *Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales*, que como derechos llamados de *segunda generación* o propios del constitucionalismo social originado en la Constitución Mexicana de 1917³²² y en la de Weimar de 1919³²³, no consisten en omisiones por parte del estado sino en acciones positivas u obligaciones de hacer, y las vías institucionales consistentes en la manifestación pública, el reclamo por los medios masivos, la petición a las autoridades y las propias acciones judiciales, resultan ineficaces frente a la omisión reiterada y continua del estado, o sea, que no son idóneos para obtener su efectividad o, por lo menos, para obtenerla en tiempo oportuno, impidiendo efectos irreversibles o interrumpiendo su progresión. Estas son las situaciones en las que, lo que genéricamente se ha denominado *derecho de protesta* plantea cuestiones al derecho penal, debiendo valorarse cada situación conforme a los principios del estado de necesidad.

(β) La segunda es que la premisa de Hobbes, de que *auctoritas, non veritas, facit legem*, al dejar con ello al soberano fuera del contrato social, no deja espacio sino para un cambio revolucionario. Por ello, Kant negaba todo derecho de resistencia, pero admitía que si se producía la revolución y ésta triunfaba, surgía un nuevo soberano y un nuevo derecho, con lo cual abría el camino para la legitimación de la Revolución Francesa, tradicionalmente denostada por todo el pensamiento político

³²² UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Rectoría, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985; James Frank Smith, *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*, UNAM, México, 1990.

³²³ René Brunet, *La Constitution Allemande du 11 Aout 1919*, París, 1921.

reaccionario³²⁴. Pareciera optar por una vía similar un curioso intérprete del estado nazista³²⁵, que se plantea los límites del *Führerprinzip*. Afirma que el *Führer* era libre pero no irresponsable, siendo responsable en caso de que su *Führung* no fuese conforme al *derecho popular*. Pero como esa responsabilidad no podría hacerse efectiva ante ningún órgano del estado ni ante los súbditos, *únicamente otro Führer podría intervenir en nombre de la comunidad para poner en juego la responsabilidad del Führer culpable y responsable*, es decir, que lo haría uno nuevo en reemplazo del decadente³²⁶.

5. Las contradicciones de Hobbes y la coherencia de Schmitt

La tesis de Hobbes presenta dos contradicciones importantes que pueden resumirse en una, y en las que han reparado pensadores posteriores.

(α) La primera es la que acabamos de referir, señalada por la *crítica liberal*, o sea, por nuestro Anselm von Feuerbach: si es el propio soberano quien reintroduce el *bellum omnium contra omnes*, resulta absurdo que los ciudadanos deban permanecer asistiendo impasibles a la destrucción social. En este sentido su estado resulta *demasiado absoluto*.

(β) Pero en otro sentido, también el estado de Hobbes es *poco absoluto* y con ello cae en otra contradicción que le ha señalado la *crítica autoritaria*: Hobbes escribía bajo la impresión de las guerras religiosas y por ello, a diferencia del escolasticismo precedente, que basaba el estado en la ética y la religión, trataba de evitar que éste quedase librado a las opiniones y creencias encontradas y para eso fundaba la ética y la religión

³²⁴ Por todos: Wilhelm Ihde, *Wegscheide 1789. Darstellung und Deutung eines Kreuzweges der europäischen Geschichte*, Leipzig-Berlin, 1941.

³²⁵ Se trata de un autor francés que publicó su libro tardíamente, traducido en la posguerra al castellano: Roger Bonnard, *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacionalsocialista*, trad. de J. M. Pi Suñer, Barcelona, 1950.

³²⁶ Bonnard, op. cit., pág. 133.

en el propio estado³²⁷. Como consecuencia, se detenía ante el *fuero interno*, distinguía entre lo *privado* y lo *público*, y su *Leviatán* *llegaba hasta el límite de lo privado* pero no penetraba en él. Dejaba a salvo de este modo la libertad de conciencia religiosa de las personas.

Esto lo expresaba claramente al referirse a la cuestión de la fe en los milagros: *Un hombre particular (puesto que el pensamiento es libre) tiene siempre la libertad de creer o no creer íntimamente ciertos actos que han sido presentados como milagros, considerando, según su propio testimonio, qué beneficios puede derivar, de la creencia de los hombres, para aquellos que lo reconocen o lo combaten, y conjeturar a base de ello si son milagros o mentiras. Pero cuando se llega a la confesión de esta fe, la razón privada debe someterse a la pública, es decir, al representante de Dios. Quién sea este representante de Dios, y el jefe de la Iglesia, es algo que consideraremos más adelante, en lugar adecuado*³²⁸. De este modo, si bien le reconoce al soberano -como jefe de la Iglesia- el poder de decidir en qué milagros se debe creer, lo hace sólo en referencia al *culto público*, pero no al *fuero interno*. La fe es una cuestión íntima, su profesión es pública, y en la primera el *Leviatán* no entra.

Carl Schmitt, que fue el más penetrante teórico reaccionario del siglo pasado, llamó la atención sobre esta limitación al poder del soberano por parte de Hobbes y advirtió en 1938 que ésta *resultó ser el germen mortal que destruyó desde adentro al poderoso Leviatán y mató al dios mortal. Ya pocos años después de la publicación* -agrega en referencia a Spinoza³²⁹- *cayó la mirada del primer judío liberal sobre la fisura apenas visible*³³⁰.

Delira luego Schmitt afirmando que prácticamente toda la distinción entre moral y derecho -la conquista más preciada de la civilización

³²⁷ Cfr. Felix Dahn, *Rechtsphilosophische Studien*, Berlin, 1883, pág. 48; sobre el estado como “máquina neutral”, Alejandro Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht*, cap. II, A, II, 6.

³²⁸ *Leviatán*, capítulo 37, pág. 369 de la trad. castellana; pág. 478 de la ed. inglesa cit.

³²⁹ Seguramente se estaba refiriendo a su texto de ética (Baruch de Espinosa, *Ética demostrada según el orden geométrico*, edición de Vidal Peña, Madrid, 1980). Sobre su influencia en la filosofía posterior: León Dojovne, *Spinoza. Su vida - Su época - Su obra - Su influencia*, T. IV, *La influencia de Baruj Spinoza*, Buenos Aires, 1945.

³³⁰ Carl Schmitt, *El Leviatán*, cit., pág. 111.

europ³³¹, desde Christian Thomasius³³² en adelante, pasando por Kant-son subterfugios judíos para *minar y socavar la potencia del estado como el mejor medio para paralizar a los pueblos extraños y para emancipar al propio pueblo judío*³³³. Pero el delirio nazista³³⁴ no debe ocultarnos la certera señalización de la insalvable contradicción de Hobbes: *si el soberano no puede entrometerse en el fuero interno, cuando lo haga no queda otra alternativa que reconocer que nace un derecho de resistencia del súbdito*. Más aún: puede pensarse que al hacerlo reintroduce la guerra religiosa y con ella el *bellum omnium contra omnes* y -por curiosa paradoja- la contradicción señalada por el absolutismo coincidiría con la del liberalismo, pues en tal caso el soberano perdería legitimidad, dejaría de ser soberano por violar su función, por más que Hobbes lo considere ajeno al contrato.

Schmitt se percata de que la tesis de Feuerbach podría ser sostenida por el mismo Hobbes, pero la minimiza, considerando a Feuerbach poco más que un joven petulante y esquivando la respuesta mediante el recurso de criticar la teoría de la coerción psicológica³³⁵, que por cierto es la menos afortunada de las tesis del genial Feuerbach, olvidando que la contradicción de un pensamiento no se responde con otra contradicción del pensamiento del crítico.

Más allá de todos los despreciables componentes de antisemitismo con que Schmitt rodea su tesis, lo cierto es que la crítica política de éste

³³¹ La Consagra la Constitución Argentina desde 1853 en su art. 19 con una fórmula admirable: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*.

³³² V. Christian Thomasius, *Fundamento de Derecho Natural y de Gentes*, trad. de S. Rus Rufino y M. A. Sánchez Manzano, Madrid, 1994; sobre la importancia de Thomasius en este aspecto, Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pág. 171; Ernst Bloch, *Christian Thomasio, un intelectual alemán sin miseria* (1953), en *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980, págs. 285 y sgts.

³³³ Carl Schmitt, op.cit., pág. 117.

³³⁴ No debe olvidarse que dos años antes de este escrito, en 1936, Schmitt había organizado y presidido el congreso antijudío en Berlín, donde sobreactuó con expresiones tan aberrantes de antisemitismo, que fueron ridiculizadas por los propios nazis, que las tomaron como prueba de su oportunismo para cortar su rutilante carrera política (sobre ello, Bernd Rüthers, *Carl Schmitt y el Tercer Reich*, trad. de L. Villar Borda, Bogotá, 2004, págs. 110 y sgts.).

³³⁵ Idem, p. 138; por otra parte, esa teoría no la desarrolla Feuerbach en su *Anti-Hobbes*, sino en su *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Neudruck der Ausgabe Erfurt 1799, Scientia Verlag, 1966.

a Hobbes, pese a haber sido un heredero de su pensamiento³³⁶ al punto de considerarlo *el representante clásico del decisionismo*³³⁷, es certera desde la perspectiva del estado absoluto y, además, es el necesario punto de partida para toda su concepción del *enemigo*, siendo el único que la desarrolló coherentemente hasta sus últimas consecuencias³³⁸.

No debe negarse la coherencia de Schmitt a causa de sus terribles consecuencias, sino todo lo contrario: creemos que, justamente, su formidable y fría coherencia demuestra que *la tesis del enemigo en el campo de la ciencia política acaba necesariamente en las conclusiones a que llega este autor*.

El enemigo hobbesiano no podía ser quien se limitase a actuar como tal, a resistir exteriormente al soberano, sino que, para ser coherente con la tesis del estado absoluto, debía ser quien con su pensamiento o su fe resistiese el modo impuesto por el soberano. Si la obediencia debía ser externa e interna, también la enemistad podía ser tanto desobediencia externa como interna.

A partir de esta premisa, la disyuntiva es clara: para el liberalismo sólo hay infractores o delincuentes (*iguales*); para el absolutismo no sólo hay infractores o delincuentes (*iguales*), sino también -y sobre todo- *enemigos en guerra (extraños)*. La función de la política liberal sería garantizar la paz entre los ciudadanos (*todos iguales*) sancionando a los

³³⁶ Sobre el hobbesianismo de Schmitt, Matthias Kaufmann, *¿Derecho sin reglas?*, Barcelona, 1989, p. 126.

³³⁷ Carl Schmitt, *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, Bs. Aires, 2005, págs. 53 y también 48 y 73; también lo considera un “decisionista” heredero de la teología de Duns Escoto y Guillermo de Occam, Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, cit., pág. 49.

³³⁸ Si bien Schmitt fue el *Kronjurist* del *Dritte Reich* (cfr. Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt teórico del Reich*, Bologna, 1989), su referencia en cuanto incumbe a la cuestión del enemigo es obligada, al punto que las tesis de Schmitt fueron retomadas por muchos críticos del estado *liberal burgués* de signo político diferente e incluso abiertamente opuestos. En este sentido puede verse la presentación de José Arico a *El concepto de lo político* que citamos; también Luciano Albanese, *Schmitt*, Editori Laterza, 1996, p. 7. Kirchheimer, que había sido su discípulo, combinó su crítica a la democracia burguesa con el socialismo austríaco de Max Adler (sobre esto, José Luis Monereo Pérez, *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, en O. Kirchheimer, *Justicia política*, Granada, 2001, págs. XXXVIII y sgts.). Contra todos estos intentos se enfrentan Atilio A. Boron y Sabrina González (*¿Al rescate del enemigo?* en A. A. Boron (comp.), “Filosofía política contemporánea”, Buenos Aires, 2002, págs. 135 y sgts.); *Un autor que cae en el estatalismo más absoluto, que carece de una teoría del estado, que degrada la democracia a niveles de un tragicómico simulacro y que ofrece una visión empobrecida de la vida política ¿puede ser efectivamente considerado como un faro esclarecedor en la actual crisis de la teoría y de la filosofía políticas* (pág. 155). Estudios recientes sobre Schmitt pueden verse en Jorge Dotti – Julio Pinto (comp.), *Carl Schmitt. Su época y su pensamiento*, Buenos Aires, 2002; Julio Pinto, *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*, La Plata, 2000.

infractores según la gravedad de la infracción; la función de la política absolutista sería también garantizar la paz entre los *ciudadanos (iguales)*, pero esto no sería suficiente, porque también sería menester neutralizar a los *enemigos (extraños)* con la guerra y la sanción a los infractores pasaría a ser una cuestión menor.

Sin la neutralización de los *enemigos (extraños)* con la guerra no podría haber paz entre los ciudadanos (*iguales*): si el estado perdiese la guerra no podría garantizar su paz interior, y el estado, en esta concepción, siempre tiene *enemigos (extraños)* que le hacen la guerra y contra los que no existe otra alternativa que responderles con la guerra.

Frente al *enemigo* en la guerra, para Schmitt no existe ningún límite impuesto por la *humanidad*, porque ésta no tiene enemigos. Schmitt sigue en este aspecto la elocuente afirmación de Joseph de Maistre -otro reaccionario coherente y precursor- cuando decía que *no hay algo como el hombre en el mundo; he visto durante mi vida franceses, italianos, rusos, etc., pero en lo que al hombre concierne, declaro que nunca en mi vida lo he encontrado y si existe, me es desconocido*³³⁹. De allí que Schmitt afirme que toda invocación de la *humanidad* sea falsa y sospechosa de manipulación, porque cualquier límite al poder del soberano frente al *enemigo* acaba con el concepto mismo de *enemigo*, debilita al estado y le impide garantizar la paz entre los ciudadanos.

Como vimos, la idea romana del *enemigo*, del *hostis*, no admite medias tintas, ni siquiera el límite del fuero interno impuesto por Hobbes, porque abre el camino de la resistencia al soberano y con ello impide el ejercicio de la soberanía en la *guerra*.

El razonamiento que admite la distinción entre *ciudadanos* y *enemigos*, debe presuponer una *guerra* (pues sin ella no hay *enemigos*) y, además, que ésta es prácticamente permanente, pues de las guerras excepcionales se ocupa el derecho militar y de guerra (y no el derecho

³³⁹ Cit. por Stepehn Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1993, p. 14. Schmitt afirma en cuanto a la humanidad que, como tal, *no puede realizar ninguna guerra, puesto que no tiene enemigos, al menos sobre este planeta. El concepto de humanidad excluye el de enemigo, puesto que también el enemigo no deja de ser humano y en esto no presenta ninguna diferencia específica* (Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Ediciones Folios, México, 1985, p. 51).

penal o el administrativo ordinario). Por mucho que se quiera disimular y ocultar el concepto de *guerra*, lo cierto es que no se concibe *enemigo sin guerra*.

Si estas premisas se dan por ciertas, debe concluirse, como lo hace Schmitt, que la esencia de lo político, o sea, la polaridad que equivalga a *bueno y malo* para señalar el campo propio de la moral, a *bello y feo* para el de la estética, a *rentable y no rentable* para el de la economía (pues de no hallarse esta esencia, lo político carecería de autonomía) consiste en la polaridad *amigo/enemigo* : *la específica distinción política a la cual es posible referir las acciones y los motivos políticos es la distinción de amigo y enemigo*³⁴⁰.

Esta conclusión es de transparente coherencia, pues si se admite la existencia de una guerra permanente, *diferente de la guerra extraordinaria o guerra propiamente dicha, pero guerra al fin*, la esencial función de la política no podría ser otra que ocuparse de ella. Más aún, en Schmitt se superponen guerra y política, porque la guerra es necesaria para crear y mantener la paz interna, porque exige que todos se unan frente al *enemigo* y no luchen entre sí. De allí que Schmitt, pese a sostener su famosa polaridad, no se ocupe del *amigo* ni de la *amistad*, sino que su teoría de la política sea prácticamente una *teoría del enemigo*³⁴¹. La *amistad* sería sólo el resultado de la unión frente al *enemigo*, algo así como la *amistad de trinchera*³⁴².

La coronación del pensamiento de Schmitt, al señalar la esencia de la política, es que *no existe política liberal, sino sólo crítica liberal de la política*. En consecuencia, en nuestro campo, el derecho penal liberal no pasaría de ser una crítica al derecho penal autoritario (del enemigo), o sea, una serie de discursos que criticaron los sucesivos discursos de

³⁴⁰ Schmitt, *El concepto de lo político*, p. 23.

³⁴¹ Cfr. Alejandro David Aponte C., op. cit. El origen de esta tesis podría remontarse al “odio con espíritu de unidad” de Esquilo y citarse un pasaje de *Las Euménides* (sobre ello, José Antonio Sanz Moreno, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, 2002, pág. 278). Es curioso que esta tesis se remonte al “padre de la tragedia”, al único que guardaba respeto por los tenebrosos dioses del pasado, Gaya y Urano, Cronos y Movira (cfr. Paul de Saint-Victor, *Las dos carátulas. Historia del teatro griego y de las grandes épocas del arte teatral*, Buenos Aires, 1952, I, pág. 173).

³⁴² Giovanni Sartori, *Elementos de teoría política*, Madrid, 1992, pág. 219.

derecho penal del *enemigo*, pero en realidad sería una *mera ilusión sin posibilidades de concretarse en una política*. Sólo cabría reconocerle el carácter de *política penal* a la erección hegemónica de los discursos inquisitivos y se le negará a las contenciones liberales que se alzan entre ellos, por mucho que sean las que permitieron construir los espacios de libertad³⁴³ en que algunos vivimos en el planeta.

Podría pensarse que lleva razón, dado que los discursos críticos liberales se instalan en los espacios de debilidad de una agencia hegemónica y mientras se prepara la siguiente. Sin embargo, el discurso crítico liberal va aprendiendo de las sucesivas experiencias y va postulando principios más precisos y críticas más profundas. Aunque su estructura no cambie, su contenido se enriquece sumando experiencia. No es idéntico el discurso crítico de Spee³⁴⁴ que el de Beccaria, ni tampoco éste es idéntico al de la escuela de Frankfurt ni el de ésta al de Ferrajoli o Baratta.

Pero cabe destacar que existe una diferencia fundamental entre los discursos críticos y los inquisitoriales, consistente en que éstos últimos cambian por completo su contenido, dado que de una emergencia a otra sólo conservan la estructura, no pudiendo hacer otra cosa debido a la enorme disparidad de enemigos en que fundan sus emergencias legitimantes, en tanto que el discurso liberal no cambia su contenido, sino que lo conserva y enriquece, lo acrecienta, porque en definitiva, *tiene un único contrincante, que es el poder punitivo absoluto y arbitrario, o sea, el estado de policía*.

Por consiguiente, tomando en cuenta los contenidos, puede invertirse la pretensión de Schmitt, pues si hay una *política penal*, ésta es precisamente la liberal crítica, formada a lo largo de una experiencia secular. *La política liberal tiene un único contrincante desde hace ocho siglos, y, por lo tanto, puede acumular experiencia; la política inquisitorial*

³⁴³ Sobre esta alternancia y su dinámica, nuestros trabajos: *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*, *Lectio Doctoralis* en la Universidad Nacional de Rosario, Buenos Aires, EDIAR, 2004; y *El derecho penal liberal y sus enemigos*, *Lectio Doctoralis* en la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, publicado también en “En torno de la cuestión penal”, Montevideo, 2005, págs. 155 y sgts.

³⁴⁴ Friedrich von Spee, *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, a cura di Ana Foa trad. di Mietta Timi, Roma, 2004.

es errática, pues para inventar un enemigo debe desmontar la legitimación del precedente.

De cualquier manera, no puede desconocerse que Schmitt tiene el mérito de desarrollar *el más formidable y coherente esfuerzo desprejuiciado para negar la dialéctica entre el estado de policía y el estado de derecho, pretendiendo reducir este último a una molesta y hueca ilusión perturbadora y dotando sólo de realidad al primero.*

Afirma Schmitt en esta línea que la distinción *amigo/enemigo* indica el extremo grado de intensidad de una unión o de una separación, de una asociación o de una disociación, sin apelar a ninguna otra distinción ni basarse en ellas. No le importa que el enemigo sea bueno o malo, bello o feo, lo que le interesa es que *el enemigo es simplemente el otro, el extranjero*³⁴⁵, al que define en la forma que señalamos antes³⁴⁶.

*¿Pero quién decide quién o quiénes son los enemigos*³⁴⁷? La respuesta de Schmitt no puede ser otra que el *político*, o sea, el *soberano*. En caso de conflicto extremo, es el soberano (político) quien *decide si la alteridad del extraño en el conflicto concretamente existente significa la negación del modo propio de existencia y si por ello es necesario defenderse y combatir, para preservar el propio, peculiar, modo de vida*³⁴⁸.

Está claro que esta decisión política, como hemos señalado³⁴⁹, nada tiene que ver con el concepto de *enemigo* del positivismo de Garófalo, que pretendía un señalamiento óntico del individuo; en Schmitt éste es clara e incuestionablemente político. *Soberano es quien decide sobre el estado de excepción*³⁵⁰ -es la premisa de su *decisionismo*- y esta decisión³⁵¹ es la

³⁴⁵ Respetamos la traducción utilizada, pero insistimos en que la palabra que usa el autor es *Fremde*, la misma que empleó Mezger en su proyecto.

³⁴⁶ Supra, I, 3; Schmitt, op. cit., p. 23.

³⁴⁷ Esta es la pregunta que formula Albin Eser, *Consideraciones finales*, en Eser-Hassemer-Burkhardt, cit., pág. 472.

³⁴⁸ Supra, I, 3.

³⁴⁹ V. supra, III, 3 y 4.

³⁵⁰ Schmitt, *Teología política*, Buenos Aires, 2005, pág. 23. Con esta frase encabeza su obra y a continuación agrega que *esta definición es la única que se ajusta al concepto de soberanía como concepto límite*.

³⁵¹ Quiso vincular su decisionismo a Kierkegaard, saltando de lo individual a lo social y de la elección existencial a la elección del enemigo (sobre ello, Alejandro David Aponte C., op.cit.).

que señala al *enemigo*³⁵². El enemigo no viene *ónticamente impuesto*, no es un dato de hecho que se impone al derecho, sino que es *políticamente señalado*. Aunque existan mitos anteriores, se reconoce que se señala al *enemigo* porque conviene hacerlo. En este sentido se ha llegado a reconocer que así se procedió en el caso de los judíos³⁵³. Se trata de una identificación vacía de contenido, que el poder puede llenar a su arbitrio, porque *siempre necesita tener un enemigo*³⁵⁴. Debido a esta característica ha sido calificada como *pragmatismo vil*³⁵⁵.

En el orden interno deducía Schmitt que en las emergencias, que son los momentos en que corresponde definir y enfrentar al enemigo, el poder de defender la Constitución corresponde al ejecutivo y no al judicial, pues consideraba a este último como un poder burocrático, útil en la normalidad pero no en la emergencia³⁵⁶. El judicial sería útil una vez definido el enemigo, pero no en el momento de la crisis que demanda la definición y la neutralización. De allí que cuando se trate de la defensa de la propia Constitución, considere que el soberano (el político) es quien está habilitado para decidir y, conforme a ello, para cancelar todos los límites y garantías hasta donde lo estime necesario, sin control alguno del judicial, lo que explica sosteniendo que la Constitución es un conjunto de leyes y que unas tienen prioridad sobre otras: considera que el principio republicano, por ejemplo, es prioritario y, por ende, para salvarlo, se pueden suspender todas las garantías y derechos³⁵⁷.

³⁵² A ese poder aspiraba también el estado fascista: *El estado fascista es el estado verdaderamente soberano, el que domina todas las fuerzas existentes en el país y somete a todas a su disciplina* (Alfredo Rocco, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma, 1927, pág. 18).

³⁵³ Un discípulo de Schmitt escribió: *La conciencia de la igualdad específica y de la pertenencia racial común se actualiza sobre todo en la capacidad de reconocer lo específicamente distinto y en diferenciar entre amigo y enemigo. Por eso se convierte al judío, sin consideración a buena o mala fe y sentimientos buenos o malos, en enemigo y como tal tiene que hacérsele inofensivo* (Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg, 1933, pág. 40, cit. por Bernd Rüthers, op. cit., pág. 77).

³⁵⁴ Sobre este nihilismo y pragmatismo Alejandro Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht*, cit., cap. 3, VI, 4 y 5.

³⁵⁵ Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicen, Madrid, 1980, pág. 155.

³⁵⁶ Esta fue la base de la polémica con Kelsen: Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1929; trad. italiana, *Il custode della Costituzione*, cit.; versión castellana, *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983; *Teología política*, Buenos Aires, 2005; Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995.

³⁵⁷ Sobre la constitución como pluralidad de leyes, Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1992, p. 37. Con este argumento legitimaba el derecho del ejecutivo alemán a suspender las garantías y a encarcelar a legisladores y opositores en la agonía de Weimar (sobre ello Bendersky, op. cit.).

Al definir a la Constitución como un conjunto de leyes y no como una ley única, permitió la jerarquización de normas constitucionales y con ello legitimó la implosión de la Constitución de Weimar. Mediante este artificio puede violarse impunemente la Constitución y argumentarse que se lo hace para mantener su vigencia; se puede usurpar el poder constitucional y sostener que se permanece dentro del derecho, es decir que se legitima cualquier golpe de estado y, en particular, el llamado *autogolpe* o asunción de poderes absolutos por el ejecutivo, cancelando al legislativo y al judicial.

Como puede observarse, el pensamiento de Schmitt es bastante circular: sostiene que no es posible eliminar la necesidad (surgida de la emergencia y del caso excepcional), pues su presencia no depende de la ley, siendo infructuosos los esfuerzos del estado de derecho por contenerla y evitarla. Por tanto, afirma que cuando se presenta la situación de necesidad, lo máximo que puede hacer la Constitución es decir quién decide en ese estado excepcional. Por ende, para Schmitt el *soberano decide si hay necesidad y también qué hacer en ese caso*, sin que esto signifique para él ningún golpe de estado, pues sostiene que esta decisión del soberano sigue dentro del orden jurídico, aún cuando implique la suspensión de la Constitución misma³⁵⁸.

Según este -al menos curioso- desarrollo, le bastaría siempre al soberano con magnificar una situación de emergencia para invocar la necesidad y establecer la dictadura y, además, ésta sería *jurídica*. Pareciera que con esto se vuelve a la pura *pleonexia* de Calicles, o sea, al gobierno del más fuerte³⁵⁹, pues *si una situación de necesidad genera anormalidad, es necesario implantar una situación normal y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal*³⁶⁰. Por descontado que *el soberano* se toma su tiempo para decidir, como Franco, Oliveira Salazar o Stalin, que murieron sin hacerlo.

³⁵⁸ El soberano -escribe- *decide si el caso propuesto es o no de necesidad y qué conviene hacer para dominar la situación. Cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida in toto* (Teología política, cit., pág. 25).

³⁵⁹ Sobre ello, Adolf Menzel, *Calicles*, trad. de Mario de la Cueva, México, 1964.

³⁶⁰ *Teología Política*, cit., pág. 31.

6. El *hostis* reclama un estado absoluto

El concepto de *enemigo* nunca es compatible con un estado de derecho ni con los principios del liberalismo político. Cuando Alberdi en el siglo XIX imputaba negación del liberalismo a sus detractores, lo hacía valiéndose del concepto de *enemigo*: *El liberalismo -escribía- como hábito de respetar el disenso de los otros ejercido en nuestra contra, es cosa que no cabe en la cabeza de un liberal argentino. El disidente es enemigo; la disidencia de opinión es guerra, hostilidad, que autoriza la represión y la muerte*³⁶¹. Las consecuencias políticas de la admisión del concepto romano del *hostis* son las señaladas por Schmitt. Puede argumentarse en contra insinuando que incluso la guerra tiene limitaciones jurídicas, lo que sin duda es cierto. Pero cuando se habla del *hostis* como *enemigo* introducido en el derecho penal o administrativo normal, o sea, fuera del contexto bélico en sentido estricto, no se hace referencia a la guerra que debe respetar los principios del derecho internacional humanitario de Ginebra. Por el contrario: con eso se está introduciendo un *concepto espurio o particular de guerra permanente e irregular*, porque se trata de un enemigo que, por actuar fuera de las normas que deben cumplirse en la guerra propiamente dicha, ingresa al derecho ordinario de un estado que no está estrictamente en guerra, lo que tampoco pasó por alto Schmitt.

Con esa idea del *hostis*, como enemigo en una guerra que para algunos no es guerra, que consiste en medidas de *excepción* y de *emergencia*, en una excepción abarcada por el derecho ordinario, en una *excepción que no es excepción*³⁶², en una *ordinarización de lo excepcional*³⁶³, o en lo que fuere dentro de un debate bastante incomprensible, lo cierto es que más allá de

³⁶¹ Juan Bautista Alberdi, *Escritos póstumos. Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas*, Buenos Aires, 1899, T. X, pág. 156.

³⁶² Con razón se ha visto en la excepción la fuente, más o menos latente de legitimación externa de toda práctica judicial concientemente deforme según las reglas ordinarias (así, Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pág. 845).

³⁶³ Sobre la ordinarización de la excepción ha insistido en los últimos años Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, cit.; sobre ello, Carlos Parma, *El "enemigo" del derecho penal del enemigo*, en "Congreso", cit., Guyayaquil, 2005, pág. 253.

toda esta confusión se oculta siempre la admisión de *una guerra irregular y permanente*, porque es una contradicción en los términos hablar de *enemigo sin guerra*, real o por lo menos inminente.

Esta *guerra irregular y permanente* no puede ser disimulada con argumentos alambicados y sutiles consideraciones incomprensibles. El *estado de excepción* está incorporado a las Constituciones democráticas con bastante cuidado y tiene sus límites perfectamente establecidos y sus controles también regulados. No hay razón alguna para confundir el *estado excepcional constitucional*³⁶⁴ con una *guerra irregular o permanente* que por no ser la *guerra* en sentido estricto, acabe siendo una guerra exenta de la observación de las normas del derecho internacional humanitario³⁶⁵.

El discurso legitimante de estas atrocidades fue la llamada *doctrina de la seguridad nacional*, enunciada por los golpistas franceses de Argelia³⁶⁶ y difundida a los oficiales de las fuerzas armadas de toda América Latina desde la *Escuela de las Américas*, que los Estados Unidos sostenían en Panamá. Aunque no faltaron trabajos un poco más elaborados³⁶⁷, se exponía en manuales simplistas, que partían de una premisa común con el *trotskyismo*: la alucinación de una *guerra permanente*, librada entre la Unión Soviética y *occidente*, en que cada golpe en ajena zona de influencia sería una batalla³⁶⁸. Se la describía como una *guerra sucia*, en razón de que no se respetaban las reglas de la guerra convencional, lo que obligaría a violar tanto las reglas del derecho penal y

³⁶⁴ El art. 23 de la Constitución Nacional Argentina, por ejemplo: *En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí, ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.*

³⁶⁵ Ni siquiera en la guerra formal, usando incluso el criterio tomista del *bellum justum*, podría dejar de considerarse persona al enemigo (cfr. Hendrik Schneider, *Bellum justum gegen den Feind im inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der "Bekämpfung" der organisierten Kriminalität*, en ZStW, 113, 2001, 3, págs. 499 y sgts.).

³⁶⁶ Equipo SELADOC, *Iglesia y seguridad nacional*, Salamanca, 1980; Joseph Comblin, *Le pouvoir militaire en Amerique Latine*, París, 1977 (traducción: *Dos ensayos sobre seguridad nacional*, Sgo. de Chile, 1979).

³⁶⁷ Son clásicos: Gobero do Couto e Silva, *Planejamento estratégico*, Brasilia, 1981; Augusto Pinochet Ugarte, *Geopolítica*, Sgo. de Chile, 1984.

³⁶⁸ Era claro que esto no pasaba de un discurso: la dictadura argentina no ocultó sus vínculos comerciales con la Unión Soviética, principal comprador de granos en esos años y potencia que bloqueó las denuncias en foros internacionales.

procesal penal como las del derecho internacional humanitario³⁶⁹; esas normas sólo debían respetarse en las *guerras limpias*.

Pese a la atrocidad real, durante el ejercicio violentísimo de este poder descontrolado y omnímodo en nuestros países y la consiguiente triplicación del sistema penal, el discurso jurídico penal siguió alimentado por las teorías alemanas en boga y ni siquiera se preocuparon los doctrinarios afines a las dictaduras en teorizar un derecho penal de seguridad nacional, salvo alguna excepción aislada³⁷⁰.

Los argumentos legitimantes de los dictadores y sus secuaces provenían de las proclamas de los militares y colonos franceses en la lucha colonial de Argelia de los años cincuenta y comienzos de los sesenta³⁷¹. El discurso de Salan ante sus jueces franceses -que le encontraron atenuantes que lo libraron de la pena de muerte- es familiar a los oídos latinoamericanos: ensaya la justificación de la represión, del terrorismo de estado y del golpe de estado de la OAS en los atentados del Frente argelino³⁷².

³⁶⁹ En agudo sentido crítico se pronunciaron los obispos en el llamado “Documento de Puebla”, Buenos Aires, 1979, p. 67 (párrafo 49). Una crítica documentada en: Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago de Chile, 1979.

³⁷⁰ Hubo pocos discursos jurídicos: Mário Pessoa, *O directo da Segurança Nacional*, Rio de Janeiro, 1971; Carlos Horacio Domínguez, *La nueva guerra y el nuevo derecho, Ensayo para una estrategia jurídica antisubversiva*, Bs. As., 1980; Fernando Bayardo Bengoa, *Los Derechos del Hombre y la defensa de la Nación*, Montevideo, 1979.

³⁷¹ En el caso de la Argentina, hubo misiones militares francesas de expertos con experiencia en Indochina y Argelia en 1957, o sea, contemporáneas a esta última guerra colonialista. Estas misiones respondieron al interés de oficiales argentinos interesados en las doctrinas francesas, que las introdujeron en las academias militares (cfr. Marie-Monique Robin, *Escuadrones de la muerte, La escuela francesa*, cit.; Fabián Bosoer, *Generales y embajadores. Una historia de las diplomacias paralelas en la Argentina*, Buenos Aires, 2005, pág. 204; Diego Llumá, *La influencia francesa en los militares argentinos. Los maestros de la tortura*, en “Todo es Historia”, Bs. As., setiembre de 2002). Entre 1958 y 1962 se publicaron varios artículos en la “Revista de la Escuela Superior de Guerra” sobre los métodos franceses en Vietnam y Argelia: Jean Nougues, *Características generales de las operaciones en Argelia* (1960, 337, 4/6, págs. 174 y sgts.); del mismo, *Radioscopía subversiva de la Argentina* (1962, 344, 1/3, págs. 24 y sgts.); Patrice de Naurois, *Algunos aspectos de la estrategia y de la táctica, aplicados por el Viet-Minh durante la campaña de Indochina* (328, 1958, 1/3, págs. 97 y sgts.); del mismo, *Una teoría para la guerra subversiva* (1958, 329, 4/6, págs. 226 y sgts.); Henri Grand d’Esnon, *Guerra subversiva* (1960, 338, 7/9, págs. 339 y sgts.); Francois Pierre Badie, *La guerra psicológica* (1958, 331, 10/12, págs. 665 y sgts.); Alcides López Aufranc, *Guerra revolucionaria en Argelia* (1959, 335, 10/12, págs. 611 y sgts.). Es interesante recordar que el discurso antisubversivo de la dictadura militar argentina señalaba muchas veces como ideólogo peligroso a Jean Paul Sartre, lo que, por cierto, resulta muy curioso, pero se explica porque no era más que pura imitación del discurso de la OAS en respuesta al famoso prólogo anticolonialista al libro en que Fanon da cuenta de las atrocidades del ejército francés en Argelia: Franz Fanon, *Los condenados de la tierra*, México, 1965.

³⁷² Una síntesis del proceso a Salan conforme a la prensa favorable a éste, en: Ramón Cayuelas – Antonia Orts Montoya, *La guerre d’Algerie (1954-1962)*, San Vicente (Alicante), 2005, págs. 344 y sgts.; una curiosa evaluación que “no contiene conclusiones” se publicó en la “Revista de la Escuela Superior de Guerra” argentina en 1962: Jorge Raúl Orfila, *Del Proceso Salán ¿surgen experiencias asimilables al mando militar actual?* (nº 345-6, 4/9, 1962, págs. 174 y sgts.).

Pero la tesis de la *guerra sucia* -sin esa denominación, por cierto- fue teorizada por el propio Schmitt, con su proverbial claridad y aterradora coherencia y sinceridad, pretendiendo hallar sus primeras manifestaciones en la resistencia española a la invasión napoleónica y justificando su existencia en base a escritos de Lenin y Mao, para terminar ensayando una reivindicación del golpe de estado colonialista de Argelia del general Raoul Salan³⁷³.

Para ello, interpretó arbitrariamente la famosa tesis de Clausewitz³⁷⁴, confundiendo el momento político con el bélico, cuando si bien éste señalaba la continuidad, no los confundía. Para Clausewitz la guerra era *la continuación de la política por otros medios*, pero para Schmitt es la política misma³⁷⁵.

Schmitt confunde ambos momentos en la *guerra irregular* de su *partisano*. La continuidad es verdadera, pero no por ello dejan de ser dos momentos y, en el momento político, deja de haber *enemigos* y pasa a haber *infractores*; el *poder de guerra* (contra *enemigos*) del momento bélico pasa a ser *poder punitivo* (contra *infractores*) en el momento político. Schmitt los confunde para dejar subsistentes a los *enemigos* en el momento político, su *guerra* no cesa, es permanente. Se trata de la *guerra sucia* en la que debía actuar Salan. Cuando se oscurece el límite entre la guerra y el poder punitivo, introduciendo al *enemigo* en la *no guerra*, *guerra limitada* o *media guerra* o como se la quiera llamar o encubrir, se ampara bajo el equívoco nombre de *derecho penal* una guerra que no conoce límites jurídicos³⁷⁶.

Los límites jurídicos se pierden porque esa *guerra sucia* no permite distinguir entre *combatientes* y *población civil*, pues se argumenta que los primeros se ocultan entre la última y a veces ésta los protege, con lo cual

³⁷³ Lo hizo en dos conferencias pronunciadas en España en 1962, muchos años después de la caída del nazismo: trad. castellana en *El concepto de lo político*, México, 1985, págs. 113 y sgts.; trad. italiana: *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del político*, Milano, 2005). También afirma de paso que *España supo defenderse, con una guerra de liberación nacional, de la fagocitación del comunismo internacional* (p. 79 de la trad. italiana).

³⁷⁴ V. Raimond Aron, *Clausewitz*, Bologna, 1991.

³⁷⁵ Cfr. Atilio A. Boron – Sabrina González, en op. cit., pág. 146; sobre el desdibujamiento de los límites entre guerra y poder punitivo, Federica Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*.

³⁷⁶ Cfr. Prittwitz, op.cit., pág. 108.

se legitima la *agresión indiscriminada* contra la población civil, lo que quiebra el principio rector de todo el derecho internacional humanitario de Ginebra. Con este argumento se justificaría la masacre de las *Fosas Ardeatinas* en Roma o cualquier toma y ejecución de rehenes para contener la resistencia civil y, en general, las represalias contra cualquier población civil, que quedaría automáticamente dividida entre *amigos o colaboracionistas* y *enemigos o subversivos*, abarcando esta última categoría a todos los que pretenden ser neutrales o no participantes. Cualquier resistencia o limitación jurídica que se pretenda oponer al poder será considerada *subversiva* o *traidora* y quien la ensaye correrá serios peligros.

La pretensión de introducir al *enemigo* u *hostis* en el derecho ordinario (penal o administrativo) en forma matizada o limitada, no invalida la afirmación de que la única introducción coherente del concepto es la de Carl Schmitt, porque justamente en ello radica la contradicción que Schmitt le señalaba a Hobbes: si admitimos la existencia del *enemigo* pero ponemos límites a su señalización, no podemos negar que cuando el poder definidor exceda esos límites hará surgir un derecho de resistencia por parte del ciudadano que sea arbitrariamente señalado como *enemigo* y con ello se negaría el propio poder de señalización del estado y la esencia misma de la política. Nadie puede resistirse a la señalización como *enemigo*, cuando ésta es la esencia de la política y del poder definidor del soberano.

Por supuesto que se argumentará que en el plano real existe un estado de derecho y que éste tiene instituciones y controles que impiden la arbitraria señalización de *enemigos*. A esto cabe responder con dos observaciones invalidantes. (α) Ante todo, si bien es verdad que se lo propone en el contexto de un estado de derecho con controles y limitaciones, no es menos cierto que *al limitar las libertades de todos para poder individualizar con eficacia a los enemigos, se estrecha la posibilidad de defensa de los ciudadanos ante esos mismos organismos, pues por*

definición estamos neutralizando -o por lo menos debilitando- los controles del estado de derecho³⁷⁷.

Es bastante claro que este fenómeno se está observando en los países centrales. Una ley que permite la detención indeterminada sin proceso, violación de correspondencia y privacidad sin orden judicial, tribunales militares secretos y la expulsión del territorio, mantenimiento de presos en Guantánamo y en Abu-Ghraib³⁷⁸, va configurando un sistema penal paralelo, semejante al montado en nuestras dictaduras de seguridad nacional de los años setenta con pretexto de situaciones de emergencia que hicieron un uso continuo de las propias disposiciones de excepción de las Constituciones. La denuncia de viajes y transportes secretos de presos comienzan a configurar el sistema penal subterráneo.

Conviene recordar que el viejo racismo genocida no preocupó en el centro mientras se practicaba en la periferia del poder mundial; lo mismo parece ahora suceder con la seguridad nacional: fue una doctrina que no molestó mientras se ejerció en nuestros países, pero ahora se está estableciendo en el propio centro.

(β) En segundo término y en el plano del poder real, es dable observar que el concepto de *enemigo* u *hostis* provee al soberano y a la publicidad masiva un argumento deslegitimante de las instituciones y controles mediante su estigmatización como *obstáculos antipatrióticos, burocracias inútiles y ciegas, ideólogos encubridores de los enemigos, idiotas útiles, insensibles frente al sacrificio de los jóvenes que ofrecen su vida para salvar a la nación* y, en definitiva, *traidores o subversivos* en la guerra que busca neutralizar los peligros derivados de la emergencia apocalíptica y que exige un frente único, homogéneo y compacto; no en vano todos los estados de policía tienden a la homogenización, que es

³⁷⁷ La ley fundamental de toda emergencia es la salvación y el bien del estado, *ley suprema ante la cual se pliegan todas las otras, incluso los principios generales, cuyas alteraciones legitima* (Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pág. 845).

³⁷⁸ V. Elena La Torre con la colaboración de Dídac El Rabaque, *La cárcel de Abu-Ghraib*, en "Panóptico", Barcelona, n° 7, 2005, págs. 83 y sgts..

incompatible con la idea de una sociedad plural y con la tolerancia³⁷⁹ y que en sus extremos acaba en la limpieza étnica³⁸⁰.

Ello es así también porque hay una contradicción teórica entre admitir el concepto de *enemigo* y pretender el control de los órganos del estado. Para Hobbes el soberano no forma parte del contrato, no hay contrato entre el soberano y los ciudadanos, sino un simple contrato entre los ciudadanos que acuerdan entregarle el poder al soberano, en lo cual es seguido fielmente por Schmitt.

Desde esta perspectiva hobbesiana -inteligentemente desarrollada por Schmitt- el soberano suspende la norma a causa de la excepción y esa suspensión no sería un autogolpe de estado, sino que se hallaría dentro del orden jurídico. Si la excepción a la norma forma parte del derecho, no sería inválida o no aplicable³⁸¹, por lo cual, en el fondo, existe una contradicción teórica entre fundarse en Hobbes y pretender que el soberano sea controlado por los tribunales o jueces. Por ello, quien es coherente con Hobbes es Schmitt, para quien en los casos de excepción, quien decide es sólo el soberano.

Es incuestionable que quien pretenda acoger hoy en el estado de derecho el concepto jurídico de *enemigo* procurará poner la mayor distancia posible de Schmitt y seguramente lo hará de buena fe, sosteniendo que no se trata del concepto *schmittiano* de *enemigo*. No admitirá el conjunto de aberraciones impuestas a los *enemigos* a lo largo de la historia del poder punitivo ni tampoco que la negación de la condición de persona deje a ésta reducida a la *nuda vita* en el sentido de Agamben.

Es posible sostener que el *enemigo* debe conservar algunos derechos, pero siempre se tratará de una cuestión *cuantitativa y no cualitativa*. Es verdad que, como hemos señalado, Karl Stooss no fue Schmitt, pero siempre será una cuestión de grado, pues a la hora de determinar hasta qué punto se le puede provocar dolor y causar mal al *enemigo*, la respuesta será siempre la misma: en la estricta medida de la *necesidad*. Se

³⁷⁹ Carl Schmitt promueve la eliminación de la heterogeneidad en su particular concepto de *democracia* (*Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, publicado originariamente en Hochland, 1926, págs. 257-260).

³⁸⁰ Cfr. Atilio A. Boron – Sabrina González, op.cit., pág. 151.

³⁸¹ Cfr. Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, cit., págs. 75-77 y 87.

entenderá por tal la necesidad de neutralizar un peligro y, por ende, de proveer seguridad, pero como la seguridad absoluta no existe, el que evalúa esta medida siempre tendrá la chance de invocar la necesidad de mayor seguridad.

La cantidad de mal dependerá de las circunstancias políticas que otorguen más o menos espacio al soberano, quien siempre, cualquiera sea el mal que depare al *enemigo*, lo hará invocando la necesidad de salvar a la propia Constitución y al propio estado de derecho. Casi todos los golpes de estado latinoamericanos emitieron proclamas racionalizadoras de su delito invocando la necesidad de defender la Constitución que ellos mismos violaban o aniquilaban³⁸².

Por ello, la admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) siempre ha sido, lógica e históricamente, el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho, puesto que se trata sólo de una cuestión de cantidad de poder, no de calidad de éste. El poder del soberano queda abierto e incentivado a un creciente incremento a partir de la aceptación de la existencia de un enemigo que no es persona.

El camino hacia la reducción del ciudadano a *nuda vita* se recorrerá más rápidamente donde el contexto del estado de derecho precedente sea más débil y viceversa. Una misma ley puede representar una gravísima lesión a los derechos humanos fundamentales en un contexto institucional débil (policías corruptas, poder judicial con escasa independencia, tradición poco democrática, amplia exclusión social, distribución muy polarizada de la riqueza, racismo, xenofobia, sexismo, homofobia y otros prejuicios muy latentes, etc.) y, por el contrario, representa una lesión de escasa gravedad en el contexto opuesto. De allí la importancia de preservar el principio del estado de derecho en Latinoamérica y de extremar el cuidado para no introducir confusiones que legitimen la neutralización de su función orientadora. Justamente, *donde más defectos presentan los estados de derecho reales o históricos es donde*

³⁸² V. para los golpes de estado argentinos: Horacio Verbitsky, *Medio siglo de proclamas militares*, Buenos Aires, 1987.

más debe cuidarse la intangibilidad del modelo ideal que debe orientar su perfeccionamiento.

V. Las tácticas de contención: la propuesta *estática* y su inviabilidad

1. Un singular debate contemporáneo

Aunque existe un amplio consenso respecto de la descripción del fenómeno de represivización de la legislación penal de las últimas décadas, no hay acuerdo acerca de la respuesta que debe proporcionar el saber jurídico penal a ese fenómeno. La gran mayoría de la doctrina se muestra severamente crítica a su respecto y, por ende, aunque el objetivo estratégico que indica la conveniencia de detenerlo y revertirlo suele ser bastante común en el penalismo contemporáneo, no puede decirse lo mismo acerca de la táctica para lograrlo.

La propuesta táctica de contención que ha provocado mayor debate es la formulada por Günther Jakobs. El profesor de Bonn llamó *derecho penal del enemigo*³⁸³ al tratamiento diferenciado de algunos delincuentes - en especial de los *terroristas*-, mediante medidas de contención, como táctica destinada a detener el avance de esta tendencia que amenaza con invadir todo el campo penal³⁸⁴.

Conforme a este autor, el derecho penal debería habilitar poder punitivo de una manera para los *ciudadanos* y de otra para los *enemigos*, reservando el carácter de *persona* para los primeros y considerando *no personas* a los segundos, pero confinando esta habilitación en un

³⁸³ Cfr. Jakobs, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, trad. de Teresa Manso Porto, en “Revista Peruana de Ciencias Penales”, año VII-VIII edición especial n° 12; *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en HRRS, marzo de 2004, trad. castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003; *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, en Eser-Hassemer-Burkhardt, “La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio” (F. Muñoz Conde, coord.), Valencia, 2004, pags. 53 y sgts.; *La pena estatal: significado y finalidad*, en XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Guayaquil, 2005.

³⁸⁴ Se trataría de una “tercera velocidad” en la diferenciación propuesta por Silva Sánchez, lo que importaría una renovación de la clasificación tripartita napoleónica de infracciones penales, con diferentes penas, procesos y jurisdicciones.

compartimento estanco del derecho penal, de modo que todo lo demás siga funcionando conforme a los principios del derecho penal liberal. Se trataría de una especie de *cuarentena penal del enemigo*.

Para Jakobs, la pena cumple la función de reafirmar la vigencia de la norma³⁸⁵ y la seguiría cumpliendo en el derecho penal del *ciudadano*, en tanto que en el derecho penal del *enemigo* debería operar como un puro impedimento físico. No obstante, reconoce que ambas funciones se hallan siempre presentes en la reacción penal, pues respecto del *terrorista* también la contención serviría para reafirmar la vigencia de la norma, en tanto que en el caso del ladrón común, como esta reafirmación se traduce en una privación de libertad, importa también un impedimento para una eventual reiteración del comportamiento durante el tiempo de prisión.

Esta propuesta ha desatado un debate tan extenso como intenso y de tono muy poco usual³⁸⁶, en el que no siempre se le reconoce el carácter de *táctica de contención* del propio *derecho penal del enemigo*.

Jakobs utilizó por vez primera la expresión³⁸⁷ para criticar la represivización legislativa de las últimas décadas, pero a partir de 1999,

³⁸⁵ V. Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlin, 1983, p. 4; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en “Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados”, México, 2002, p. 3; en sentido crítico, Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal, Compilación in memoriam*, Buenos Aires, 2004, p. 73.

³⁸⁶ Entre muchas, Albin Eser, en Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (Francisco Muñoz Conde, coordinador), Valencia, 2004, p. 472; Lúcio Antônio Chamon Junior, *Do giro finalista ao funcionalismo penal, Embates de perspectivas dogmáticas decadentes*, Porto Alegre, 2004; Luis Gracia Martín, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*, en “Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, 7-2-2005; Eduardo Demetrio Crespo, op. cit. en RDPC, n° 14, 2004, págs. 87 y sgts.; José Luis Díez Ripollés, *El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana*, en RECPC, <http://criminnet.ugr.es/recpec>; Cornelius Prittwitz, *Derecho penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?*, en Santiago Mir Puig-M. Corcoy Bidasolo (Directores), Gómez Martín (coord.), “La política criminal en Europa”, Barcelona, 2004, págs. 106 y sgts.; Alejandro Freeland, *¿Derecho penal del enemigo?* en El Derecho, D. Penal, 2003, p. 907; Carlos Parma, *El “enemigo” del derecho penal del enemigo*, en Congreso cit. Guayaquil, 2005; Fernando Velásquez, *El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*, en “Rev. de Derecho Penal y Criminología”, UNED, n° 15, 2005; Bernd Schünemann, en “Goltdammers Archiv”, 2001, págs. 210 y sgts.; Alejandro David Aponte, *Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, en “Documentos ocasionales”, CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999 (este último texto toma en cuenta sólo la versión crítica de Jacobs de 1985); del mismo, *Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano*, Bogotá, 2005; del mismo, *Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Nomos Verlag, 2004; Zilio, Jacson Luíz, *O discurso contra o inimigo: o novo já nasce velho* (texto presentado al posgrado de la Univ. de Buenos Aires, 2005, inédito); Facundo J. Marín Fraga, *Derecho penal del enemigo*, en elDial.com/edición/cordoba/penal/indice/doctrina, enero de 2006; Kai Ambos, *La construcción de una parte general del derecho penal internacional*, en “Revista Penal La Ley”, Madrid, 17, enero de 2006, págs. 5 y sgts.; una amplia información bibliográfica en Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, p. 32 nota 11.

ante la comprobación de que ésta avanza de modo amenazante, sostiene la mencionada necesidad de su legitimación parcial como modo de detener el crecimiento del propio *derecho penal del enemigo*³⁸⁸. Este cambio de frente fue una de las causas de la singular acidez del debate en torno del tema³⁸⁹.

Por otra parte, lleva razón Prittwitz cuando afirma que si Jakobs hubiese utilizado los términos tradicionales para decir más o menos lo mismo, no hubiese desatado ningún impacto negativo³⁹⁰, lo que se corrobora con la visión que nos ha dado la historia del poder punitivo y de la doctrina penal. En efecto: creemos que si no hubiese hablado de *enemigo* y de *no persona*, y se hubiese limitado a repetir lo que sostenía Welzel³⁹¹ o incluso von Liszt³⁹², no hubiese despertado mucha polémica.

Pero justamente *es su vocabulario su mejor acierto*, pues con su terminología pone en aprietos a todo el penalismo, dado que al rescatar y hacer expreso el concepto de *enemigo* o de *extraño* y su inevitable carácter de *no persona*, desnudó el fenómeno y, con ello, la *mala conciencia* histórica del derecho penal (doctrina penal) frente a la teoría política, tal como lo hemos señalado. Puede afirmarse que el mayor mérito de esta propuesta es la claridad y la frontal sinceridad con que se define el problema.

Lo cierto es que Jakobs, además de no emplear la terminología corriente en el derecho penal tradicional para ocultar lo que él llama *derecho penal del enemigo*, contextualizó su propuesta en el marco de la

³⁸⁷ Señaló que era tal el adelantamiento de la punición a actos preparatorios: *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, en “Estudios de Derecho Penal”, Madrid, 1997, págs. 293 y sgts.; reproducido en “Moderna dogmática penal. Estudios compilados”, México, 2002, págs. 391 y sgts.

³⁸⁸ Sobre este cambio, Prittwitz, pág. 108, también sobre las críticas de Albin Eser e Ingeborg Pupe a su posición de 1999 en pág. 109.

³⁸⁹ Prittwitz dice que *en términos generales puede afirmarse que mientras en su ponencia de 1985 Jakobs declaró la guerra al ilegítimo “derecho penal del enemigo”, en su intervención de 1999 declaró la guerra a los enemigos de la sociedad* (op.cit., pág. 111). Señala seguidamente que una buena parte del escándalo obedece al cambio de frente del propio Jakobs, que en 1999 usó la expresión peyorativamente, para estigmatizar la tendencia antiliberal y bélica que, por el contrario, la legitima en 1999 (idem. pág. 112). En rigor, sería injusto reprocharle a Jakobs que asuma con entusiasmo la legislación represiva; lo que puede reprochársele es su resignada aceptación y la infundada pretensión de aspirar a contenerla al legitimarla parcialmente.

³⁹⁰ Idem, pág. 113.

³⁹¹ V Infra, III, 3.

³⁹² V Infra, idem.

explosiva situación internacional creada por la intervención unilateral de los Estados Unidos en Irak, lo que el fino profesor de Bonn presenta como una alternativa mucho más violenta que su propuesta³⁹³. Pocas dudas caben acerca de que en estas circunstancias, proponer la admisión de un trato penal diferenciado bajo el título de *derecho penal del enemigo*, aun cuando fuese parcialmente y para lograr su propia contención y, además, hacerlo en un lenguaje claro y preciso, extraño a nuestros días, deja de ser la *conducta banal* de los penalistas que casi siempre lo postularon con otro nombre, para recuperar su verdadera naturaleza política, en la cual, dado que propone una combinación de aceptación de la realidad y retiro táctico, su lectura es fácilmente entendible como *una suerte de resignada deserción en medio de la disputa política mundial*.

Cabe aclarar que la propuesta de Jakobs -al igual que muchas de las anteriores³⁹⁴- es de la más absoluta buena fe en cuanto al futuro del estado constitucional de derecho, pues, como hemos señalado, cuando propone habilitar poder punitivo en la forma de mera contención para *no personas* (entes peligrosos), lo hace imaginando que de ese modo se impediría que todo el derecho penal se contamine y se vuelva *del enemigo* y, por ende, que todo el poder punitivo se ejerza sin limitaciones y, a la vez, permitiría que ambos funcionen en el marco del estado de derecho, con lo que no alteraría una tradición pacífica en la doctrina penal, que siempre lo admitió sin reparar en la contradicción que conlleva.

Jakobs renueva acertadamente el lenguaje para describir el fenómeno, pero a la hora de proponer su táctica de contención, parece dejar las cosas como estaban, pues pretende darle un espacio al *enemigo* en el derecho del estado de derecho, lo cual es *lo que ha hecho casi todo el penalismo y buena parte de la teoría política, que desde la modernidad ha considerado -y sigue considerando- compatible un incomprensible concepto no bélico de enemigo con el estado constitucional de derecho, sin*

³⁹³ Jakobs, en *Congreso*, Guayaquil, cit., pág. 65.

³⁹⁴ Jakobs no es el primer penalista -ni mucho menos- que propone establecer diferencias impresionado por delitos como el *terrorismo*. Cabe recordar, por ejemplo, a penalistas de incuestionable cuño liberal en campo penal, como Bettiol, que apelaba al derecho penal de disposición interna bajo análogas impresiones (*Stato di diritto e "Gesinnungsstrafrecht"*, en *Scritti Giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, págs. 129 y sgts.), aunque su propuesta parecía mucho más moderada.

advertir que ese pretendido concepto, fuera de una real hipótesis de guerra, corresponde al estado absoluto, que por su esencia no tolera límite ni parcialización alguna, o sea, que inevitablemente importa el abandono del principio del estado de derecho.

La propuesta de Jakobs no está emparentada con Schmitt³⁹⁵, como tampoco lo estuvieron todas las anteriores que postularon el trato penal diferencial del *enemigo* con otro nombre, pues *ni siquiera la legislación penal nacionalsocialista partía de Schmitt, sino que se afiliaba a la tradición garofaliana*³⁹⁶. Pero su táctica de contención, al aceptar la incorporación del *hostis* al estado de derecho para salvarlo de su naufragio autoritario, al igual que sus predecesoras pretendidamente liberales con terminología menos irritativa, no cae en la cuenta de que, precisamente, Schmitt tenía razón: *el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto.*

En síntesis, no es correcto afirmar que la táctica de contención de Jakobs se nutra con las ideas de Schmitt. No obstante, cabe observarle que incurre en la contradicción de teoría política que Schmitt había señalado muchos años antes a Hobbes, al pretender la compatibilidad del concepto de *hostis* con el estado de derecho.

A Schmitt se le debe responder su opción reaccionaria por el estado absoluto, en tanto que a Jakobs se le debe criticar su introducción de elementos propios del estado absoluto dentro del estado de derecho sin advertir que lo implosiona. Schmitt es coherente en su opción decisionista por el estado absoluto, en tanto que Jakobs no lo es al mantener su opción por el estado constitucional de derecho. Es incorrecto rechazar la legitimación parcial del nuevo autoritarismo "cool"³⁹⁷ que ensaya Jakobs porque su base sea schmittiana, puesto que no es verdad, sino que corresponde criticarla porque irremediablemente conduce y acaba en el estado absoluto de Carl Schmitt, dado que su táctica de contención no

³⁹⁵ En respuesta a Peter-Alexis Albrecht, Jakobs afirma que existe una similitud de terminología y planteamientos con Schmitt, pero que ambos deben situarse en su correspondiente contexto histórico (citado por Eduardo Demetrio Crespo, *El "derecho penal del enemigo" darf nicht sein*, en iustel.com, RGDP, n° 4, noviembre de 2005, nota 41).

³⁹⁶ V. supra, III, 4.

³⁹⁷ V. supra, II, 6 y 7.

sólo es ineficaz sino que produciría efectos paradójales, pues el concepto de enemigo no admite limitaciones (nada, fuera del poder mismo, puede impedir que al enemigo se lo reduzca a nuda vita) y el estado a cuyo derecho se incorpora ese concepto tampoco (no hay nada capaz de impedir que el estado en el que se introduce el concepto de enemigo acabe en estado absoluto).

2. No existen conceptos *limitados de enemigo*

Contra las anteriores observaciones podría argumentarse en defensa de la propuesta de contención de Jakobs, observando que al *hostis* de nuestros días se lo sometería a contención como individuo peligroso en razón de la falta de confianza en su comportamiento futuro, dado que carece de apoyo cognitivo su hipotética conducta venidera conforme a derecho (o sea, porque es peligroso), y que ello sólo se postula en la estricta medida de la necesidad, o sea, que se le priva de su condición de persona sólo en esa extensión³⁹⁸. De este modo, se pretenderá que el concepto de enemigo que se postula no es el mismo que el de Schmitt -o sea, el *hostis* romano- sino otro más *limitado*.

En este sentido Jakobs argumenta que *si bien el trato con el enemigo es guerra, se trata de una guerra estrechamente delimitada*³⁹⁹, en que sólo se priva al enemigo de lo estrictamente necesario para neutralizar su *peligro*, pero se deja abierta la puerta para su retorno o incorporación, manteniendo todos sus otros derechos. Podría decirse que así como propone encerrar en un compartimento estanco el derecho penal del *enemigo* para salvar al resto del derecho penal (del *ciudadano*), aspira a limitar también el carácter de *no persona* del *enemigo* en cuanto a *intensidad de la despersonalización*.

³⁹⁸ Esta despersonalización se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad. Por lo demás, la personalidad jurídica queda incólume; en un ejemplo, el delincuente a asegurar mantiene su derecho a su integridad corporal, a su propiedad, y debe pagar impuestos (Jakobs, en Congreso, Guayaquil, 2005, p. 64).

³⁹⁹ Idem, pág. 65.

Todo esto se plantea como una limitación a los principios del estado de derecho impuesta por la *necesidad* y en su estricta medida. Sin embargo, esta táctica de contención está destinada al fracaso, porque no reconoce que para los teóricos -y sobre todo para los prácticos- de la excepción, ésta siempre invoca una *necesidad que no conoce ley ni límites*.

Como nadie puede prever exactamente lo que hará ninguno de nosotros en el futuro -ni siquiera nosotros mismos-, la incerteza del futuro mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quien decide deje de considerarlo *enemigo*, con lo cual el *grado de peligrosidad del enemigo* dependerá siempre, en la medida en que poder real se lo permita, del juicio subjetivo del individualizador⁴⁰⁰. El propio Jakobs advierte inmeditamente después de demandar la estricta limitación de la *despersonalización del enemigo*, que *si el enemigo incrementa su peligrosidad, sin embargo, también aumentará su despersonalización; los prisioneros de Guantánamo son un ejemplo de la pérdida de límites de esta guerra*⁴⁰¹.

Por mucho que maticemos la idea, cuando distinguimos entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no personas), nos estamos refiriendo a humanos que son privados de ciertos derechos fundamentales en razón de que se dejó de considerarlos personas. *Esta distinción no es un gratuito invento de Jakobs ni de ningún otro doctrinario moderno, sino que es una consecuencia necesaria de la admisión de las medidas de seguridad*.

Si bien las más fuertes críticas que ha suscitado esta propuesta de contención se debe a que, partiendo del normativismo, afirma que el enemigo no debe ser considerado como *persona*, en rigor de verdad, es aquí también clarísima, pues, como hemos visto, todo el derecho penal del siglo XX se teorizó admitiendo que algunos seres humanos son *peligrosos* y que sólo por eso deben ser segregados o eliminados, se los *cosificó* sin decirlo, se los dejó de considerar *personas* ocultando casi siempre esto con racionalizaciones. En este sentido, no debe causar tanto escándalo la propuesta de Jakobs, sino toda la tradición doctrinaria penal que legitima

⁴⁰⁰ En este sentido, Carl Schmitt, cfr. supra, IV, 5.

⁴⁰¹ Ibídem.

la exclusión de los *extraños* de la pena y su eliminación o neutralización por *peligrosos*.

Nada diferente de este trato constata Jakobs en su propuesta y con ello no hace más que describir una realidad, asumiendo la consecuencia que no es admitida por otros autores que pretendieron que este trato diferencial puede serle aplicado a un ser humano conservando y sin lesionar su carácter de *persona*, cuando esa condición es absolutamente incompatible con las puras contenciones, que sólo son admisibles cuando son pasajeras y frente a conductas lesivas en curso o inminentes, que sea necesario detener, esto es, en el momento de la agresión o inmediatamente antes, a título de coerción directa. Cuando la coerción directa se extiende a otras situaciones se está *administrativizando* a todo el derecho penal y con ello se vuelve a la inquisición.

No es correcto defender la posición de Jakobs, minimizando su afirmación y sosteniendo que éste sólo postula que los enemigos tengan menos derechos individuales que los ciudadanos, puesto que su negación del carácter de persona en los enemigos es perfectamente coherente e inevitable⁴⁰²; más bien corresponde señalar la contradicción de quienes desde la modernidad hasta hoy han postulado o legitimado lo mismo sin advertir esa consecuencia ineludible.

3. La inevitable quiebra del estado de derecho

La propuesta de Jakobs, si bien -insistimos- no parte ni se apoya en Schmitt, insensiblemente cae en su lógica. Cuando se afirma⁴⁰³ que se trata de casos excepcionales en que el estado de derecho debe cumplir su función de protección y que está legitimado para ello en razón de la *necesidad*, o sea, que no pueden oponerse a ésta obstáculos derivados de un concepto abstracto del estado de derecho (*abstrakten Begriff des*

⁴⁰² Tampoco a este respecto tiene mayor sentido práctico la discusión acerca del carácter *natural* o *atributivo* de la condición de persona, o sea, si ésta es inherente al ser humano y las leyes sólo la reconocen o si, por el contrario, son éstas las que la otorgan (sobre esta discusión Luis Gracia Martín, *Consideraciones críticas*, cit), pues se trata hoy de derecho positivo.

⁴⁰³ *Terroristen als Personen im Recht?* en ZStW, 2005, también en *Congreso*, Guayaquil, cit.

Rechtsstaates), se está presuponiendo que *alguien debe juzgar acerca de la necesidad y que éste no puede ser otro que el soberano*, en análogo sentido al de Schmitt. El estado de derecho *concreto* de Jakobs, de este modo, resulta inviable, porque su soberano, invocando la necesidad y la emergencia, lo puede suspender y señalar como *enemigo* a quien considere oportuno, en la extensión que en cada caso le permita el espacio de poder de que disponga.

El estado de derecho *concreto* que invoca el profesor de Bonn, es decir, el que queda en los hechos librado al juicio acerca de la necesidad que haga el soberano y al espacio de poder real de que éste disponga, anula al estado de derecho *abstracto* o sea, que cancela el principio mismo del estado de derecho, quedando el límite al poder en manos de un soberano contra el que no puede ofrecerse resistencia y que individualiza *enemigos* por decisión política. La prevalencia de una pretendida razón instrumental -por otra parte, con base empírica falsa- lleva a la *razón de estado* y a la consiguiente negación del estado de derecho⁴⁰⁴.

No obstante, cabe preguntarse cuál es la preocupación que puede generar esta consecuencia, cuando el estado de derecho está violado en los hechos y en el derecho. Así, puede observarse en América Latina que las medidas de contención postuladas por Jakobs sólo para los enemigos⁴⁰⁵, son aplicadas -ciertamente que sin más discriminación que la selectividad criminalizante- a todos los sospechosos de infractores, o sea, que se trata a todos como *enemigos*. *Esas medidas de contención se aplican automáticamente a todos los que son sospechosos de ser infractores y sólo se les hace cumplir un resto de pena formal en los pocos casos en que una sentencia firme pronunciada después de años verifica que efectivamente se trata de un infractor y que, además, la pena que merece excede el tiempo que ha durado la medida*⁴⁰⁶. Desde esta perspectiva debe admitirse que Jakobs propone algo mucho más limitado que lo que se practica y legitima en la región latinoamericana.

⁴⁰⁴ Cfr. Federica Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo* (inédito).

⁴⁰⁵ Jakobs sostiene acertadamente que la prisión provisional es una medida de contención (cfr. *La pena estatal*, en *Congreso*, Guayaquil, 2005, pág. 61).

⁴⁰⁶ Cfr. *Supra*, II.

Además de que el derecho penal legitima las *medidas de pura contención para peligrosos* en todos los códigos que admiten el sistema binario, en América Latina también lo hace el derecho procesal penal con el encierro cautelar, o sea, que casi para las tres cuartas partes de los presos de la región rigen condiciones análogas a las de Guantánamo. El hecho de que estén sometidos a proceso no es una diferencia sustancial, porque cuando los procesos y el encierro cautelar se prolongan indefinidamente, la situación del preso procesado se vuelve idéntica a la del no procesado.

Por consiguiente, no parecería justificado el escándalo desatado por esta propuesta, dado que no sólo no es muy diferente de lo que siempre se ha hecho y se legitimó y de lo que los tribunales de nuestros países aceptan cotidianamente, sino que aún es mucho más limitada, todo ello sin contar con que no lo propone para fomentarlo, sino como táctica destinada a contenerlo en un círculo de autores y evitar que abarque a todos los criminalizados. Además, la anterior verificación es prueba suficiente de que el estado de derecho invocado como crítica a su propuesta, estaría quebrado con la simple presencia real y jurídica del *enemigo*, incluso en mayor medida que la que el mismo autor estaría dispuesto a tolerar.

Considerando que *no se propone introducir y ampliar el uso del concepto de enemigo en el derecho penal*, sino admitirlo en un compartimento estanco perfectamente delimitado, para que no se extienda y contamine todo el derecho penal, cabría pensar que ese precio no es tan caro, teniendo en cuenta que en la práctica opera en una medida más extensa, lo que importaría en muchos casos hasta una reducción de su ámbito.

El principio del estado de derecho, permanentemente invocado para rechazar el trato diferencial, se hallaría de hecho y de derecho quebrado en función de lo que se hace y se legitima hasta el presente. Si no se trata a los criminalizados (ni siquiera a los puros procesados) como personas, no habría razón para objetar que ello se proponga sólo para un grupo de penados y no para el resto. Si el poder punitivo se desplaza a otras personas que no son los *terroristas*, sería posible sostener que tiene

muchas más oportunidades de desplazamiento cuando se ejerce tratando a todos los infractores y sospechosos como *enemigos* que cuando se lo hace sólo respecto de un grupo determinado.

4. La mala evaluación de la eficacia contentora

Hemos visto que Jakobs *en realidad se proclama enemigo del derecho penal del enemigo, pero cree ahora que es imposible eliminarlo y, por lo tanto, propone contenerlo*. (α) Cabe coincidir con este autor en la necesidad de contener el avance autoritario en el derecho penal, o sea, que compartimos el objetivo estratégico. (β) Además, nos parece que ha tenido el acierto de utilizar el vocablo *enemigo*, con lo cual puso en descubierto la verdadera naturaleza de ese avance, que es claramente *belicista*. (γ) También es cierto que inevitablemente priva a la persona de su condición de tal al tratarla como un puro ente peligroso (*no persona*). (δ) Por último, es válido observar que la legislación y la práctica imponen un poder punitivo que acepta la discriminación penal al enemigo y sus consecuencias (*pura contención*) en medida mucho más amplia que la propuesta por Jakobs, lo que implica que el principio del estado de derecho ya está violado. Esto parece llevar a la conclusión de que es válida la propuesta de Jakobs en el sentido de admitirlo en medida muy limitada para evitar que siga extendiéndose sin límites.

El planteamiento parece coherente y, en realidad lo es, pero desde una visión totalmente *estática* de la realidad y, sobre todo, del *poder*. *Entre Parménides y Heráclito, Jakobs elige decididamente a Parménides*, pero no se percata de que *la realidad es dinámica* y de que en el poder *todo fluye* ⁴⁰⁷. Cuando se refiere a un *estado de derecho concreto* está reconociendo que algo falla en los estados de derecho históricos o reales, que no son el ideal del estado de derecho (que él llama *abstracto*). Esto es cierto, porque ningún estado de derecho histórico es idéntico al modelo ideal, y por ello propone prácticamente el abandono del modelo ideal. Pero

⁴⁰⁷ Sobre Heráclito, Rodolfo Mondolfo, *El pensamiento antiguo. Historia de la filosofía greco-romana*, Buenos Aires, 1974, I, págs. 47 y sgts.

no indaga más, se queda en una simple fotografía de esta situación y, por cierto que si en vez de una cámara fotográfica tuviese en sus manos una filmadora, vería que su imagen es exacta, pero que se mueve permanentemente, que es dinámica, que nunca se detiene. En rigor, no se está manejando con una imagen falsa, sino que otorga a la mera captación de un momento el valor de captación total de la realidad. Una imagen fotográfica no es falsa, sólo que no refleja la dinámica de la realidad; simplemente capta la imagen instantánea de esa realidad. Cuando vemos una fotografía del emperador Guillermo II, estamos ante la imagen de un instante de la realidad, pero hoy el emperador está muerto.

Desde una visión estática del poder -o sea, desde la fotografía- es posible pensar que si se concede al derecho penal del enemigo un espacio limitado, o sea, si se entrega un grupo de personas al poder conforme al modelo del estado de policía y en forma limitada, las pulsiones de este modelo cesarán. Pero esto no es lo que sucede en la realidad dinámica del poder, donde todo espacio que se concede al estado de policía es usado por éste para extenderse hasta llegar al estado absoluto.

Desde la perspectiva *parmenídica* es verdad que no tiene utilidad alguna ni merece ser invocado un modelo ideal que nunca se da en la realidad y, por ende, poco importan las contradicciones de este modelo ideal con la admisión de un limitado espacio a su modelo contrario, pero desde la perspectiva dinámica o *heraclitiana*, en la cual siempre y en todo momento es necesario el modelo ideal para orientar toda acción jurídica de contención del avance del estado de policía, la renuncia a este modelo importa dejar al poder jurídico de contención sin su principal elemento orientador y, por ende, desarmar el estado de derecho concreto y real, desbaratando por desconcierto todos los esfuerzos jurídicos en el sentido de su sostenimiento y reforzamiento. *La táctica de contención propuesta por Jakobs, inobjetable desde la perspectiva de la visión estática, se traduce en una desaparición del estado de derecho real y concreto en la realidad dinámica del poder.*

Cuando nos quedamos sólo con la imagen instantánea de un *ente defectuoso* como es el estado de derecho real o histórico, que es

defectuoso precisamente porque en él pugnan elementos del estado absoluto, y *verificamos su defecto por comparación con el modelo ideal del estado de derecho*, podemos pensar en detener esa pugna legitimando un espacio para los elementos absolutos, pero con ello no podemos menos que ceder al soberano del estado real o histórico el poder de medir la necesidad y, por tanto, la extensión de los elementos absolutistas y, como hemos archivado el modelo ideal por inútil, el discurso jurídico ya no podrá diagnosticar la defectuosidad del *ente* real. Estaremos ante un puro ente, *ser*, sin posibilidad alguna de señalar su *deber ser*, fuera del que indique la voluntad y el espacio de poder real del soberano.

En este sentido, la táctica de contención propuesta por Jakobs no sólo resulta inviable, sino que tiene inevitables efectos paradójales: es la medicina que mata al paciente.

VI. Las tácticas de contención: la propuesta dinámica

1. La dialéctica del estado de derecho y el poder punitivo

Los estados de derecho no son otra cosa que la contención de los estados de policía, trabajosamente conseguida como resultado de la experiencia acumulada a lo largo de luchas contra el poder absoluto. Los estados de derecho parlamentarios surgieron como resultado de las luchas contra el poder absoluto del soberano hasta llegar a monarquías parlamentarias; algunas suprimieron la figura del monarca y pasaron a ser repúblicas parlamentarias. En los sistemas presidencialistas no se consuma la transferencia del poder al parlamento, sino que un presidente reemplaza al monarca y conserva en buena medida sus funciones, aunque limitadas por la Constitución y controladas por el legislativo. Pero estas corazas (o *corsés*) de contención que se han ido construyendo a través del tiempo, *no han eliminado al estado de policía, sino que sólo lo encapsulan*. En el seno de todo estado de derecho histórico, quien detenta el poder ejecutivo o sus agencias, con demasiada frecuencia empuja por

desprenderse de todos los controles y limitaciones y, dependiendo de la fortaleza de la contención, lo logra en mayor o menor medida.

Por ello, el *estado de derecho histórico*, es decir, el estado de derecho real y concreto realizado en el mundo, no puede ser nunca igual al ideal, porque conserva en su seno, encerrado o encapsulado, al estado de policía, tal como lo señaló con gran acierto Merkl hace muchos años, cuando recomendaba que no le destinasen notas necrológicas al estado de policía, porque estaba bien vivo en el interior de todo estado de derecho⁴⁰⁸. A ello se debe que el modelo ideal del estado de derecho, en el que *todos están sometidos por igual ante la ley*, aunque resulte indispensable como faro del poder jurídico, no sea otra cosa que un elemento orientador para el perfeccionamiento de los estados de derecho históricos o reales, pero nunca se realice plenamente en el mundo, sabiendo que también siempre impedirán la realización de ese ideal las pulsiones para *que todos estemos simplemente sometidos a la voluntad arbitraria del que manda*, que es la regla del estado de policía, permanentemente tentado de llegar al estado absoluto, o sea, a su máxima realización.

Debido a esto, *existe una continua dialéctica en el estado de derecho real, concreto o histórico, entre éste y el estado de policía. El estado de policía que lleva en su interior nunca cesa de pulsionar por perforar y estallar las vallas que le coloca el estado de derecho*⁴⁰⁹. Cuanto mayor sea la contención del estado de derecho, más cerca se hallará del modelo ideal, y viceversa, pero nunca llegará al modelo ideal porque para eso debería ahogar definitivamente al estado de policía y ello importaría un reducción radical -o una abolición- del propio poder punitivo.

La extrema selectividad del poder punitivo es una característica estructural, o sea, que se puede atenuar pero no suprimir. Por ello, la cuestión penal es el campo preferido de las pulsiones del estado de policía, pues es la pared más débil de todo estado de derecho. Cuantas más

⁴⁰⁸ Cfr. Merkl, A., *Teoría general del derecho administrativo*, México, 1980, págs. 325 y sgts.

⁴⁰⁹ El estado de policía siempre está inventando nuevos enemigos. En este sentido es certera la observación de Otto Kirchheimer: *Todo régimen político tiene sus enemigos o llega a crearlos con el tiempo* (*Justicia Política*, Granada, 2001, pág. 3).

habilitaciones de poder punitivo haya en las legislaciones, mayor será el campo de arbitrio selectivo de las agencias de criminalización secundaria y menores podrán ser los controles y contenciones del poder jurídico a su respecto.

2. La función esencial del derecho penal del estado de derecho

El derecho penal, o sea, la programación doctrinaria de la jurisprudencia y el entrenamiento de los juristas para esta tarea de contención y reducción del poder punitivo, no puede pretender que el poder jurídico impida el paso de éste en su totalidad (o en su mayor parte), porque el poder jurídico siempre es limitado y, por ende, carece en absoluto de cualquier posibilidad de producir una mudanza total de la sociedad y de la cultura del formidable tamaño y profundidad que eso implicaría⁴¹⁰.

Un cambio o reducción radical del poder punitivo es extremadamente problemático y en modo alguno puede ser tarea del derecho penal, dada la limitación del poder jurídico de contención que éste programa y, por lo tanto, no puede hacer otra cosa que proponer la administración optimizada del reducido poder de contención *en forma que permita sólo el paso del poder punitivo menos irracional, erigiéndose en barrera para el de mayor irracionalidad*.

En varias ocasiones hemos afirmado que el derecho penal se comporta como el derecho internacional humanitario del tiempo de la política, y los jueces equivalen a la *Cruz Roja* de ese momento⁴¹¹, pero esta afirmación, que por cierto no es meramente metafórica, demanda una nítida distinción entre esos momentos, el de la política y el de la guerra. Por ello, cualquier introducción del *enemigo* en el momento de la política importa la confusión de ambos (pues *no hay enemigo sin guerra*), o sea, que confunde o identifica la guerra con la política -al estilo de Schmitt- con lo

⁴¹⁰ Téngase en cuenta lo aformado supra, II, 2.

⁴¹¹ *La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria*, en Leticia Gianformaggio (Org.), "Le ragioni del garantismo, Discutendo con Luigi Ferrajoli", Torino, 1993.

cual se llega al estado absoluto, porque se suprimen los límites jurídicos al poder, que sólo se reconocen cuando permanecen separados.

En toda superposición o confusión de ambos, no hay argumentos para imponer el respeto a los límites penales del estado de derecho porque hay guerra, y tampoco a los límites del derecho internacional humanitario, porque no es la guerra clásica o formal, dado que el *enemigo* no es un combatiente regular y, por tanto, se confunde con la población civil.

La introducción del *enemigo* en el derecho ordinario (no propiamente bélico o de guerra) de un estado de derecho, lo destruye, porque *borra los límites del derecho penal invocando la guerra, y los del derecho humanitario invocando la criminalidad*. Aunque se lo haga o quiera hacer prudentemente, más tarde o más temprano, dependiendo de circunstancias políticas que le concedan más poder efectivo al soberano, desemboca en el estado de policía y se desplaza al estado absoluto. Debe tenerse en cuenta que el espacio de poder efectivo del soberano suele verse limitado por la lucha entre agencias o corporaciones, pero siempre tiende a concentrarse y verticalizarse.

La función del derecho penal de todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico) debe ser la *reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles*. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función, lamentablemente habrá fracasado y con él habrá caído el estado de derecho. En tal sentido el derecho penal es un apéndice indispensable del derecho constitucional del estado de derecho, que siempre se halla en tensión dialéctica con el estado de policía. El estado de derecho ideal es el instrumento que orienta al derecho penal en todo estado de derecho, marcando los defectos que siempre presenta la realidad y que *se establecen por comparación del estado de derecho histórico con el ideal*.

El derecho penal debe empujar siempre hacia el ideal del estado de derecho; en cuanto deja de hacerlo avanza el estado de policía⁴¹². Se trata

⁴¹² De allí que no quepa hablar de un derecho penal *de tercera velocidad*, sino de un *retroceso del derecho penal* (cfr. Julio Lascano (h), en “Pensamiento Penal del Sur”, Buenos Aires, 1, 2004, págs. 179 y sgts.). Se podría agregar que en

de una dialéctica que nunca se detiene, de un movimiento constante, con avances y retrocesos. En la medida en que el derecho penal (la doctrina), como programador del poder jurídico de contención del estado de policía, deje de cumplir esa función, o sea, en la medida en que legitime el trato como *enemigos* de algunas personas, renuncia al principio del estado de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al estado de policía, o sea, cede terreno en su función de contención o dique en permanente resistencia.

Dada esta función política del derecho penal, éste nunca puede ser *neutro*, sino que siempre debe ser *parcial*, en el sentido de que en cualquier circunstancia debe fortalecer la contención de las pulsiones absolutistas, o sea, debe estar siempre del lado del estado de derecho⁴¹³. Como *teoría jurídica no puede separarse de la práctica sin grave riesgo de desequilibrio*⁴¹⁴, porque siempre está destinada a hacerse *práctica*, a orientar a la jurisprudencia; le está prohibido -so pena de perder su esencia- renunciar a su responsabilidad política en la dialéctica permanente de todo estado de derecho histórico.

Referirse a un *derecho penal garantista* en un estado de derecho es una *grosera redundancia*, porque en él no puede haber otro derecho penal que el *de garantías*, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que es *partidario de las garantías*, esto es, *garantista*.

El derecho penal de garantías es *inherente al estado de derecho* porque las garantías procesales penales y penales no son más que el resultado de la experiencia de contención acumulada secularmente y que hacen a la esencia de la cápsula que encierra al estado de policía, o sea, que *son el estado de derecho mismo*. El derecho penal de un estado de derecho, por ende, no puede dejar de esforzarse por mantener y perfeccionar las garantías de los ciudadanos como límites reductores de las pulsiones del estado de policía, so pena de perder su esencia y

una visión dinámica como la señalada, el derecho penal no tiene *velocidades*, sino que tiene *caja automática*, o sea, una palanca que indica sólo avance y retroceso.

⁴¹³ V. la crítica al derecho penal instrumental, al servicio de cualquier política, en Thomas Vormbaum, “*Politisches*” *Strafrecht*, en ZStW, 107 (1995), págs. 734 y sgts.

⁴¹⁴ Cfr. M. F. C. de Saviny, *Sistema del Derecho Romano actual*, Madrid, 1878, I, pág. 6.

contenido, pues de otro modo pasaría a liberar poder punitivo irresponsablemente y contribuiría a aniquilar al estado de derecho⁴¹⁵, o sea que se erigiría en *rama cancerosa del derecho del estado de derecho*.

En una perspectiva dinámica, el derecho penal del estado de derecho no puede cometer la ingenuidad de cederle un espacio y menos aún su instrumento orientador al estado de policía, confiando en que éste se mantendrá en ese ámbito acordado y compartimentalizado. El estado de policía lo aceptaría complacido, haría todo lo posible por dar a entender que se trata de una tregua o incluso de un armisticio y hasta juraría con solemnidad que se mantendría dentro de esos límites bien acotados, pero lo haría sabiendo que la dinámica dialéctica es imparable y que, en la medida en que ningún imponderable se lo impida y el espacio concreto de poder se lo permita, seguirá avanzando hasta llegar a una intensidad de despersonalización que sólo deje a las personas que le molestan (o crea conveniente aniquilar) reducidas a su *nuda vita*.

La filosofía sabe desde los griegos que los *entes ideales* existen, sólo que de un modo diferente al de los *entes reales*. Estos últimos son materiales, como un perro, un caballo o una casa; los entes ideales no, pero nadie puede decir que no exista el número cuatro, por ejemplo. Pues bien, el estado de derecho ideal no existe en la realidad, porque no es un ente real, pero es un *ente ideal y existe como ente ideal y como tal es el instrumento orientador indispensable en nuestra resistencia al estado de policía que está encerrado dentro del estado de derecho histórico o concreto*, del mismo modo que los números son necesarios para saber cuántos perros, caballos o casas tenemos o vemos.

Es en ese sentido que admitir sin resistencia, aunque sea parcialmente, el concepto de *enemigo* dentro del estado de derecho importa neutralizar la brújula y perder el rumbo de la resistencia jurídica. Semejante legitimación implica *inutilizar el principal ente ideal en manos*

⁴¹⁵ *Garantismo* es una expresión a veces dotada de pretendido carácter peyorativo por la propaganda vindicativa populachera del autoritarismo *cool* de nuestros días, pero no es un modelo de política criminal (no es correcto identificarlo con el *minimalismo*), sino una redundancia inventada por los que pugnan del lado del estado de policía y, a veces, directamente del estado absoluto (sobre esto, también José Luis Díez Ripollés, *El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana*, en RECPC, <http://criminol.ugr.es/recpc>).

del derecho que le es indispensable para contener al estado de policía, que es el principio mismo del estado de derecho. Entregar el instrumento con el que el derecho penal debe diagnosticar los defectos del estado de derecho histórico como ente real y orientar su resistencia al estado de policía es como entregar las armas creyendo que se llega a un armisticio, cuando en realidad se trataría de una rendición en las peores condiciones.

El error táctico de la propuesta estática de contención finca en que su consabida predilección por lo *sistémico* la lleva a percibir como inmóviles, petrificadas, sacralizadas, estructuras que son siempre cambiantes. Es sabido que las perspectivas *sistémicas* de la sociedad y del estado (del poder) no logran explicar bien el cambio, en tanto que las *conflictivistas* no logran explicar del todo los elementos de permanencia. Es posible que desde la última posición se corra el riesgo de caer en la segunda dificultad, pero estamos seguros de que la propuesta estática incurre en una deformación que proviene de su visión *parmenídica*, sin advertir que, como señalamos, en el poder *todo fluye*.

Desde el carro de Heráclito se ve claramente que el estado de policía no concede ni nunca concedió treguas, que su esfuerzo por perforar, debilitar y explotar la coraza del estado de derecho es continuo y que, por ende, éste no puede ceder ningún espacio⁴¹⁶.

3. "Éxitos" y "fracasos"

El verdadero enemigo del derecho penal es el estado de policía, que por su esencia no puede dejar de procurar el absolutismo. En esta pugna de pulsiones y contrapulsiones no es posible ceder terreno alguno, y menos imaginar con ingenuidad que el *enemigo* se conformará con un hipotético espacio compartimentado, porque éste no existe, dado que los límites son porosos, se alteran en forma permanente y no son controlables y, además, toda debilidad es una concesión en el curso de una pugna circular.

⁴¹⁶ En definitiva, en ámbitos mayores de la política se incurrió con demasiada frecuencia en análogos errores de percepción de la realidad: Hitler y Mussolini fueron apoyados por las futuras potencias enemigas para contener el avance del comunismo, en la certeza de que su poder podía ser acotado y serían más fácilmente controlables. La política exterior de los Estados Unidos insiste permanentemente en los mismos errores.

Es verdad que en ocasiones el poder jurídico de contención se halla muy reducido y que su ejercicio parece casi imposible, pues el estado de policía avanza con fuerza incontenible; la historia muestra múltiples ejemplos desgraciados en este sentido. Pero desde la perspectiva de la dinámica histórica, es decir, aparte de lamentar las innumerables víctimas y el dolor que todo avance autoritario implica, resulta relativa la importancia de que este esfuerzo jurídico dentro de la dialéctica entre el estado de derecho y el de policía tenga o no éxito inmediato, porque siempre ha habido -y seguirá habiendo al menos por largo tiempo, imponderable desde la perspectiva actual- avances y retrocesos. Cuanto más decidida sea la resistencia que como poder jurídico oponamos al estado de policía (y a su inseparable concepto de *enemigo*), más *pírricas* serán sus victorias, o sea, nuestras derrotas⁴¹⁷.

Sería absurdo negar que en este momento existe un avance autoritario mundial en materia penal, que pone en crisis a los estados de derecho, pero caer por ello en el pesimismo⁴¹⁸, dejándose llevar por el *espíritu del tiempo* (el *Zeitgeist*) y aceptarlo, es permitir que el derecho penal se deteriore degradándose a discurso legitimante y reduzca su contenido pensante.

Los tiempos de autoritarismo no son de resignación ni de pesimismo, sino *de prueba* para el derecho penal. No olvidemos que nuestros *próceres* no tuvieron vidas tranquilas y, justamente por eso, Spee corrió el riesgo de acabar en la hoguera⁴¹⁹, Beccaria publicó anónimo su libro⁴²⁰, Pagano fue fusilado⁴²¹, Marat murió apuñalado en la bañera⁴²², Rossi acuchillado⁴²³, circuló la leyenda de que Feuerbach fue muerto por

⁴¹⁷ La idea de *derrota pírrica* en Carlos Fuentes, *Los 68. París-Praga-México*, México, 2005, págs. 11 y sgts.

⁴¹⁸ Sobre el pesimismo de Jakobs y el reproche de su *bendición* al *populismo* (*populacherismo* diríamos nosotros) *penal* de Bush y Blair, Cornelius Prittwitz, op. cit., pág. 118.

⁴¹⁹ Cfr. Ronald Modras, *A Jesuit in the Crucible. Friedrich Spee and the Witchcraft Hysteria in Seventeenth-Century Germany*, en "Studies in Spirituality of Jesuits", 35/4, septiembre de 2003; Battafarano, Italo Michele (herausg.), *Friedrich von Spee, Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, Trento, 1988.

⁴²⁰ Cfr. Renzo Zorzi, *Beccaria. Il dramma della giustizia*, Milano, 1996.

⁴²¹ Cfr. Introducción de Sergio Moccia a: Francisco Mario Pagano, *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, 2002.

⁴²² Cfr. Olivier Coquard, *Marat, O amigo do povo*, Sao Paulo, 1996.

⁴²³ Cfr. Jean Graven, *Pellegrino Rossi, Grand européen, Hommage pour le centième anniversaire de sa mort, 1848-1948*, Geneve, 1949.

envenenamiento⁴²⁴ lo que no parece ser verdad), Romagnosi fue procesado⁴²⁵, Carmignani condenado a relegación⁴²⁶, Mello Freire denunciado a la inquisición⁴²⁷, Lardizábal defenestrado e ignorado⁴²⁸, y nada de esto fue gratuito, sino que obedeció a que ninguno de ellos se plegó al *Zeitgeist*. La academia glorifica hoy la memoria de muchos de ellos, aunque a otros los olvida injustamente, pero no conocemos ninguna universidad, departamento o instituto que lleve el nombre de Torquemada.

Si el estado de policía lograra derribar una barrera, debe construirse otra más fuerte, y si derribase muchas o incluso todas y con ello provocase el derrumbe del estado de derecho, ni siquiera en tan desgraciada circunstancia le sería lícito al derecho penal abandonar su esencia de discurso de resistencia, pues antes o después el estado de derecho renacerá.

Es verdad que esto puede suceder después de cataclismos y el derecho penal no puede -por sí solo- evitarlos, pero incluso en las condiciones más negativas debe conservar su esencia programática de poder jurídico de contención, so pena de degradarse a siervo y cómplice de su enemigo, y si aspira a servir de guía para el -hasta hoy por suerte inevitable- proceso de reconstrucción posterior a la catástrofe. No debe olvidarse que el *espíritu de la época* -el *Zeitgeist*- siempre es argumento que se ensaya *a posteriori*, como disculpa de los errores cometidos en los momentos de decadencia⁴²⁹. Si cada ser humano se limitase a responder al *espíritu de la época*, la sociedad perdería su característica humana y se convertiría en un hormiguero o en un panal.

⁴²⁴ Cfr. Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969.

⁴²⁵ Cfr. *Notizie intorno alla vita ed alle opere principali di G.D. Romagnosi*, en G. D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, nuova edizione, Milano, 1857; Alessandro De Giorgi, *Cenni sulla vita di G. D. Romagnosi*, en *Opere edite ed inedite di G. D. Romagnosi sul diritto penale*, Milano, 1841.

⁴²⁶ Filippo Ambrosoli, *Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani*, en Carmignani, *Elementi di Diritto Criminale*, Milano, 1865.

⁴²⁷ Joel Serrao, *Dicionário de História de Portugal*, Lisboa, s.d., pág. 269.

⁴²⁸ Cfr. Francisco Blasco y Fernández de Moreda, *El primer penalista de América Española*, México, 1957; Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Lardizabal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964; Manuel de Rivacoba y Rivacoba (con la colaboración de José Luis Guzmán Dalbora), *Manuel de Lardizabal o el pensamiento ilustrado en derecho penal, Estudio preliminar a Lardizabal, Discurso sobre las penas*, Vitoria, 2001.

⁴²⁹ Cfr. Bernd Rüthers, op. cit., pág. 57.

El argumento de que ya se está tratando a muchas personas como enemigos y que eso es verificable, no puede llevarnos a aceptarlo resignadamente y menos aún a legitimarlo aunque sea parcialmente, porque al hacerlo no nos limitamos simplemente a constatar una realidad⁴³⁰, sino que confundimos el *ser* con el *deber ser*, el *ente real* con el *ideal*, saltamos de la descripción a la valoración positiva, de la constatación a la legitimación⁴³¹, y con eso *cedemos el arma o instrumento orientador que es el principio del estado de derecho*.

Verificar que los estados de derecho no son ideales es positivo, porque es realista y, además, permite diagnosticar sus defectos y constatar cuál es el grado de realización del estado de derecho ideal en el histórico para saber cómo a partir de ese *ser* real y concreto se puede marchar en la dirección del *deber ser*. Pero si se pretende que de esa constatación se deduce la necesidad de legitimar sus defectos, se cae en la impotencia frente a esa comprobación, cuando, en realidad, lo que el derecho penal debe hacer, después de constatar los defectos, es ejercer al máximo -optimizar- el ejercicio del poder jurídico de contención para reducirlos y eliminarlos⁴³². La resistencia jurídico penal a la admisión del concepto de *enemigo* en el estado de derecho debe ser frontal⁴³³, aunque las limitaciones del poder jurídico en ese momento no permitan eliminarlo.

4. Dos palabras sobre el derecho internacional penal

Creemos que, pese a no formar parte del núcleo del tema planteado, no podemos pasar por alto la afirmación de que *el derecho internacional penal es derecho penal del enemigo y no del ciudadano*.

⁴³⁰ Es como describir cómo funciona una silla eléctrica, pero sin pronunciarse a favor ni en contra de la pena de muerte (F. Muñoz Conde, *De nuevo...*, pág. 70); en sentido crítico a la mera verificación, Daniel Pastor, *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional* (inédito).

⁴³¹ El pretendido carácter descriptivo no está, ni puede estar, exento de elementos legitimantes (cfr. Eduardo Demetrio Crespo, *El "derecho penal del enemigo" darf nicht sein*, cit.; también Cornelius Prittwitz, op.cit.

⁴³² Se constata para resistir. No se trata de omitir la constatación y ocultar el derecho penal del enemigo dentro del derecho penal del ciudadano, pues coincidimos con Jakobs en que esto sería deshonesto (V. Jakobs, *Congreso*, Guayaquil, 2005, pág. 68).

⁴³³ Sobre la necesidad de sostener el discurso de resistencia, José Luis Díez Ripollés, en *El nuevo modelo de seguridad ciudadana*, cit.

Según Jakobs, como no se ha establecido la vigencia universal de los Derechos Humanos, en caso de violación masiva se *procede prejurídicamente*, o sea, que primero se hace la guerra y luego se detiene al infractor y se le asigna el carácter de ciudadano para someterlo a juicio, cuando el autor no es ciudadano de la sociedad que lo juzga⁴³⁴. En tal sentido insiste en que Milosevic no era un ciudadano de la sociedad que pretendía juzgarlo, del mismo modo que no lo era Luis Capeto⁴³⁵.

Dado que donde los Derechos Humanos son masivamente violados, Jakobs sostiene que éstos no tienen vigencia y, por ende, con la pena no se pretende el mantenimiento de un estado *comunitario-legal*, sino su *establecimiento*. Afirma en este sentido que debe separarse la coacción que se ejerce para la *creación* de un orden del derecho de la que se ejerce para *mantener* ese orden. No se opone a la punición, pero afirma que no se trata de una pena, sino de una acción *contra enemigos peligrosos y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo*⁴³⁶.

Desde la perspectiva internacionalista del *doble derecho*, Jakobs está parcialmente en lo cierto: si el derecho internacional obliga a los estados pero no es derecho interno (*doble derecho*), es cierto que los Derechos Humanos no tienen vigencia en los territorios donde se violan masivamente y lo que se haga contra los autores de crímenes de lesa humanidad tiende a establecerlos en ese territorio. Pero no tiene razón en cuanto a la naturaleza jurídica de esa coacción, pues desde la perspectiva del *doble derecho* no se trataría de *derecho penal del enemigo* en el sentido de Jakobs, sino directamente en sentido más estricto, como resultado de una guerra real y formal, o sea, sería *derecho de guerra* directamente, es decir, de una guerra llevada a cabo contra un estado que viola masivamente los Derechos Humanos y que, una vez derrotado, el enemigo triunfante, conforme a la costumbre internacional ahora convertida en ley internacional en función de tratados, juzga al vencido.

⁴³⁴ Así Jakobs, en *Congreso*, Guayaquil, 2005, págs. 69-70.

⁴³⁵ Ibidem. Reitera lo expresado en Jakobs/Cancio Meliá, op. cit.

⁴³⁶ Jakobs, en Jakobs/Cancio Meliá, pág. 55.

Cuando hay guerra propiamente dicha, desde la perspectiva internacional funciona el derecho de la guerra, y para nada el *derecho penal del enemigo* que opera en el interior del estado, para una *guerra que no es guerra*. De allí que una crítica liberal severa del *derecho penal del enemigo* desde la perspectiva del doble derecho, no importe la cancelación del derecho internacional penal⁴³⁷, sino su consideración como *derecho de la guerra*.

Pero lo cierto es que la perspectiva del *doble derecho* no es sostenible en la actual doctrina del derecho internacional público y mucho menos en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Su sostenimiento en este campo, en los tiempos de la segunda posguerra, respondió a fines colonialistas, cuando los británicos se negaban a aplicar a sus territorios coloniales la Convención Europea de Derechos Humanos de Roma de 1950.

Jakobs incurre en una contradicción al no oponerse a la punición de los agentes de crímenes de lesa humanidad, por un lado, y en sostener el doble derecho por el otro, porque esta última posición, en la actualidad, es sostenida por los defensores de la impunidad, que remiten a viejos argumentos del siempre coherente Schmitt, que condenaba cualquier tentativa de incipiente *ciudadanía universal*, porque en su particular concepto de lo político importaría una renuncia al señalamiento del *enemigo* y, por ende, una renuncia a la soberanía -a la política-, indicadora de la debilidad del pueblo⁴³⁸. *Porque un pueblo haya perdido la fuerza y la voluntad de sostenerse en la fuerza de lo político*⁴³⁹ -dice-, *no va a desaparecer lo político del mundo. Lo único que desaparecerá en ese caso es un pueblo débil*⁴⁴⁰.

Además del descrédito generalizado de la tesis del doble derecho en el campo jushumanista internacional, es claro que ella incurría en un contrasentido: los jueces de ese estado siempre decidirían

⁴³⁷ Así, Daniel R. Pastor, *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*. en Cancio Meliá, Manuel/Gómez-Jara Díez, Carlos (eds.), "El derecho Penal del enemigo", Madrid 2006 (en prensa).

⁴³⁸ Cfr. Alejandro David Aoponte C., op. cit.

⁴³⁹ Es decir, haya dejado de identificar enemigos o haya cedido en todo o en parte ese poder.

⁴⁴⁰ *El concepto de lo político*, trad. de Rafael Agapito, Madrid, 2005, pág. 82.

antijurídicamente, porque si lo hiciesen conforme al derecho internacional estarían violando el derecho nacional y viceversa.

Conforme a la dominante tesis del *derecho único*, no es cierto que los Derechos Humanos no tengan vigencia en el mundo. En un sentido, los Derechos Humanos son un programa abierto, inconcluso, de realización progresiva en gran medida, un *unfinished*, como no lo es menos el principio del estado de derecho, pues ningún estado del planeta puede demostrar que sea un estado de derecho perfecto, sino que se aproxima o se aleja de un modelo ideal. Pero es claro que hay graves violaciones a los Derechos Humanos que son antijurídicas para el derecho internacional y que se juzgan y condenan nacional e internacionalmente, como también hay otras que quedan impunes, tal como sucede con el ejercicio del poder punitivo en los niveles internos. Si la selectividad fuese un argumento deslegitimante del derecho internacional penal y la consecuencia fuese que éste debiera desaparecer, también debiera desaparecer el derecho penal interno de la faz de la tierra, pues la selectividad es una característica estructural del poder punitivo.

El criterio de Jakobs a este respecto es también *hobbesiano*⁴⁴¹, pues parte de la premisa de que sin estado que monopolice el poder (sin *Leviathan*) no hay pena, sino ejercicio de poder. Niega tácitamente la existencia de un incipiente poder planetario, pero lo cierto es que éste existe, dificultosamente armado, por defectuoso que sea y pese a las crisis que soporta. Además, es muy etnocentrista negar el carácter de pena a las sanciones impuestas en las sociedades preestatales que, por cierto, nunca estuvieron en el estado de *bellum* que alucinaba Hobbes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Naciones Unidas (de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) son hechos jurídicos indiscutibles y reales, por mucho que se los viole en muchos parajes del mundo. *Si la impunidad fuese suficiente para descartar la vigencia de una ley penal, no habría ley penal vigente en el planeta, dado que la inmensa mayoría de los delitos quedan impunes en todo el mundo.*

⁴⁴¹ Cfr. Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Montevideo, 2005, pág. 59.

Las penas por los delitos de los funcionarios del estado que comete esas violaciones masivas de Derechos Humanos se imponen en razón de tipos establecidos en las legislaciones nacionales, pero los autores de esos crímenes son precisamente los que tienen el deber de imponer esas penas, o sea, que son *los zorros que cuidan el gallinero*. Si no hubiese una legislación internacional que forzase a la imposición de esas penas y a la reparación y que, en última instancia y supletoriamente, tomase a su cargo la imposición de las penas y de la reparación, la ley internacional sería una mera declaración de buenos propósitos, una pura invitación a no cometer crímenes masivos desde el poder.

Esta tarea supletoria la ha asumido cualquier estado por vía del *principio universal*, que tiene más de dos siglos de vigencia en la costumbre internacional y que está reconocido expresamente en algunas constituciones de venerable antigüedad⁴⁴². Cierta número de estados, bastante significativo, han decidido someter esta competencia supletoria o complementaria a un tribunal internacional, lo que tiene la ventaja de disminuir la anarquía que podía generar un uso indiscriminado y masivo del *principio universal*.

La imprescriptibilidad de estos crímenes masivos o de lesa humanidad nació con la costumbre internacional, que es fuente del derecho internacional para toda la doctrina de la materia⁴⁴³, pero luego ha sido ratificada legislativamente, o sea, en tratado. Por otra parte, no puede ser de otra manera, desde que siempre se trata de delitos cometidos desde el poder y sus autores se encubren con el mismo poder que usan criminalmente. El poder punitivo sólo puede ejercerse sobre ellos cuando han perdido ese poder, lo que puede suceder después de largo tiempo.

Desde la perspectiva del derecho único, que es la netamente dominante en la actualidad, Milosevic no era el ciudadano Capeto, pues era

⁴⁴² Por ejemplo, en el artículo 118 de la Constitución de la Nación Argentina, que establece desde 1853 que cuando el delito se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

⁴⁴³ Desde la perspectiva internacionalista no puede negarse la importancia de la costumbre como fuente de derecho y el papel que ésta ha desempeñado en la dificultosa evolución del derecho penal internacional (Gerhard Serle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005, págs. 41 y 104).

un *ciudadano del mundo* en el mismo sentido que todos nosotros, que estamos vinculados jurídicamente a una legislación positiva internacional que también es ley interna en cada uno de nuestros estados, cuyas leyes no pueden violarla en materia de Derechos Humanos y, en caso de violación, los tratados (leyes internacionales) le imponen el deber de sancionar a los responsables, so pena de abrir la competencia universal o, entre los países suscriptores, la del tribunal de Roma.

Existe, pues, una incipiente *ciudadanía del mundo*⁴⁴⁴, y si la pena sirve o no para mantenerla es una cuestión que no se diferencia mucho de la que se plantea respecto de la pena en todo derecho interno: la afirmación de que en el derecho interno sirve para mantener un orden jurídico, también es dogmática cuando se la generaliza.

No es posible pretender que primero se organice el *estado mundial* y luego se establezca la jurisdicción, en el orden en que pensamos nuestras teorías del estado desde la perspectiva interna y desde la modernidad. Tampoco los estados nacionales se formaron de ese modo, como lo enseña la historia. La jurisdicción tiene origen preestatal, salvo que se niegue ese carácter en todas las sociedades no estatales, lo cual -como hemos dicho- no pasa de ser una manifestación de etnocentrismo.

El derecho internacional penal se va configurando para reducir un ámbito de poder sin control, que por momentos parece muy cercano al *bellum* de Hobbes. Es contradictorio pretender que, justamente cuando el derecho penal comienza a realizar un esfuerzo de contención de la violencia en este campo, su resultado no sean penas sino pura coacción contra *enemigos*.

La idea de que todo debe aparecer arreglado conforme a un cierto orden de precedencia y, por ende, debe existir primero un *estado mundial* para que luego surja la jurisdicción, no pasa de ser la aspiración de orden geométrico de todo jurista, pero no se compadece con la realidad histórica, porque *la precedencia lógica no impone la prioridad cronológica*. La jurisdicción internacional penal surgió porque la opción férrea en el ámbito internacional se halla siempre entre Nürnberg y Dongo: o se hace

⁴⁴⁴ Cfr. Kai Ambos, op. cit., pág. 62.

un proceso o se cae en el linchamiento. En Dongo se hizo lo último con Mussolini y sus acompañantes, en una acción que dio lugar a un proceso que, muchos años más tarde, debió archivarse con la simple declaración de que se trataba de un *acto de guerra*⁴⁴⁵; en Nürnberg se hizo un proceso⁴⁴⁶.

Por cierto que ese proceso no satisfacía los principios de la pena legal ni del tribunal competente anteriores al hecho, pero en Nürnberg, a diferencia de Dongo, no se ejecutaron a las amantes ni a los cuñados ni tampoco se condenó a todos los acusados ni se impuso pena de muerte a todos los condenados. El camino recorrido desde Nürnberg hasta el presente resuelve jurídicamente algunos de estos aspectos del proceso de la temprana posguerra, y no queda otro recurso que seguir avanzando en esa dirección, pues lo contrario sería regresar a Dongo.

Excursus: ¿Qué hacer con el *terrorismo*?

No podemos cerrar este ensayo sin dejar de responder una pregunta que surgirá siempre en el debate, especialmente cuando se agotan los argumentos racionales y se pasa a argumentos que pretenden ser *pragmáticos*, pero que más bien son *efectistas* y esgrimidos por quienes ya no tienen más argumentos: ¿Qué hacemos con los *terroristas*?

Podríamos responder con la llamada *lógica del verdulero*, que no sólo es altamente respetable sino también impecable, y de la que tenemos mucho que aprender los penalistas. En efecto: si una persona acude a la verdulería y pide un antibiótico, el verdulero le indicará que vaya a la farmacia, porque él sólo vende verduras. Esta sana respuesta debemos proporcionarla los penalistas cada vez que nos preguntan qué hacer con un conflicto que nadie sabe cómo resolver y al que, como falsa solución, se le asigna naturaleza penal.

⁴⁴⁵ Gianfranco Bianchi, *Per quali ragioni fu soppresso Benito Mussolini*, en Gianfranco Bianchi (coordinatore), "Convegno su La Seconda Guerra Mondiale nella prospettiva storica a trent'anni dall'epilogo", Como, 1977, págs. 447 y sgts.

⁴⁴⁶ Quede claro que el proceso de Nürnberg no puede compararse con el de Irak, en que lo lleva a cabo un tribunal establecido unilateralmente, sin las debidas garantías de defensa, por un gobierno impuesto por una fuerza de ocupación, en una invasión decidida unilateralmente y con pretextos falsos.

Por lo general nos consideramos obligados a opinar sobre cómo resolverlo, cuando en realidad no lo sabemos y, lo correcto, sería que procediésemos como el sabio verdulero: nosotros sólo sabemos decidir cuándo se habilita o no poder punitivo, y también sabemos que en el caso esto no sirve o no alcanza para resolver el conflicto.

En rigor, sabemos muy pocas cosas y, entre las que ignoramos se halla la respuesta a la pregunta sobre la solución del problema del terrorismo en el mundo. Al respecto, sólo sabemos lo que puede hacer el derecho penal y, por supuesto, también que eso no es suficiente y ni siquiera podemos afirmar que tenga alguna eficacia. Por consiguiente, la pregunta correcta -porque es la única que podemos responder- es *¿qué puede hacer el derecho penal con los terroristas?*

La respuesta es bastante obvia: si no hacen nada, el derecho penal nada puede hacer; si cometen delitos corresponde individualizarlos, detenerlos, procesarlos, juzgarlos, condenarlos y hacerles cumplir la pena. Eso es lo que puede hacer el derecho penal. Si los delitos tuviesen la gravedad y las características de crímenes de lesa humanidad, corresponde el tratamiento reservado para esos delitos⁴⁴⁷ y, si no la tuviesen, deberán ser penados conforme a los tipos que conminan la tenencia de explosivos, el homicidio por medio capaz de provocar grandes estragos, los estragos seguidos de muerte, el robo a mano armada, el secuestro, la falsificación y el uso de documentos falsos, el encubrimiento calificado, la asociación ilícita, etc., todos amplificados en su caso conforme a las reglas de la participación y de la tentativa y si corresponde según los principios que regulan el concurso real o ideal.

Las penas para estos ilícitos no son benignas en ningún código penal del mundo, por lo cual, se supone que en caso de condena ésta lo será a penas bastante prolongadas.

Es regla que junto con cada emergencia surja una burocracia nacional e internacional que procura demostrar eficacia para justificar su propia existencia y, como es natural, uno de los objetivos primeros -por ser el más sencillo, mostrable y mediático- es promover reformas legislativas

⁴⁴⁷ Sobre esto Gerhard Serle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, cit., pág. 78.

penales de corte inquisitorial⁴⁴⁸. Por supuesto que estas reformas son absolutamente ineficaces para proveer alguna seguridad frente al *enemigo* de turno, pero son inmediatamente aprovechadas por las agencias ejecutivas de cada país para sus propios objetivos sectoriales (desde eliminar molestos y controlar a la masa de excluidos⁴⁴⁹ hasta crear nuevas cajas de recaudación o cobrar protección).

Por desgracia, la intervención de estas burocracias y las reformas penales por ellas impulsadas, además de provocar un avance del estado de policía o autoritario -con el consiguiente debilitamiento del estado de derecho-, suelen tener efectos paradójales, porque crear tipos penales de *terrorismo* puede ser fuente de impunidad. Ante todo, porque es común que lesionen el principio de estricta legalidad, lo que puede provocar su declaración de inconstitucionalidad. En segundo lugar, porque todos pretenden incorporar elementos subjetivos.

Parece que nadie es capaz de preguntarse para qué efecto práctico pueden servir esos tipos con elementos subjetivos, cuando en el tipo tradicional del homicidio calificado, sin requisito subjetivo alguno, se prevé la pena máxima del código, y ello sin necesidad de agotar el resultado del estrago, sino bastando con causar la muerte de una sola persona. Y la misma pena se le impone al que lo financia, porque coopera en la preparación en forma necesaria (con dominio del hecho) y, por consiguiente, es partícipe necesario, o porque decide al ejecutor y en tal caso es instigador.

En definitiva, si en cualquier caso se impone la pena máxima prevista en la ley ¿a quién le importa si quien hace estallar un avión en vuelo lo hace para aterrorizar, para imponer sus ideas políticas o idolátricas, para eliminar del mercado a la empresa competidora o para cobrar un seguro? Si la ley es tan clara y lo ha sido siempre, *no se comprende qué efecto práctico se puede buscar con tipos especiales que no cubren ningún vacío*

⁴⁴⁸ Es necesario señalar que siempre el sistema inquisitorial se funda en su mayor eficacia represiva: en el siglo XIII Alberto Gandino lo recomendaba cuando esta eficacia era necesaria (Massimo Vallerani, op. cit., pág. 212).

⁴⁴⁹ Cfr. Guillermo Portilla Contreras, en op. cit., en Fernando Pérez Álvarez (org.), “Serta, In memoriam Alexandri Baratta”, Salamanca, 2004, págs. 1401 y sgts.

de tipicidad y que, por el contrario, pueden confundirlo todo y provocar impunidades.

La mejor garantía de eficacia del derecho penal -hasta donde puede exigírsele ésta- es el respeto de los derechos fundamentales⁴⁵⁰. Su violación enturbia cualquier intervención penal, la desacredita, porque genera dudas sobre su corrección con el agravante de que fácilmente pueden derivar en impunidad por vía de inconstitucionalidades, nulidades, revisiones extraordinarias, etc.

Es un grosero error creer que el llamado discurso de las garantías es un lujo al que se puede renunciar en los tiempos de crisis, y menos una tesis conservadora⁴⁵¹; por el contrario, por un lado debemos prevenirnos contra las reformas promovidas por las burocracias que se alimentan de la emergencia de turno presentándolas como *posmodernas* y, por otro, debemos cuidar ese discurso porque en los tiempos de crisis es la única garantía posible de la eficacia que puede pedírsele al derecho penal y al poder punitivo.

En ocasión de discutir el máximo tribunal británico la constitucionalidad de la ley de 2001 que admitía la detención indefinida sin proceso de extranjeros sospechados de mantener vinculaciones con el terrorismo, Lord Hoffman puntualizó en su voto: *Naturalmente, el gobierno tiene el deber de proteger la vida y los bienes de sus ciudadanos. Pero este es un deber que le incumbe en todos los momentos y que está obligado a cumplir sin destruir nuestras libertades constitucionales.* Y más adelante agregó: *La real amenaza para la vida de la Nación, en el sentido de un pueblo viviendo conforme a sus leyes y valores tradicionales, no proviene del terrorismo, sino de leyes como estas. Esta es la verdadera medida en que el terrorismo puede llevarse a cabo. El Parlamento debe decidir si le otorga al terrorismo semejante victoria*⁴⁵².

⁴⁵⁰ Cfr. Alejandro David Aponte C., op. cit.

⁴⁵¹ Cfr. Eduardo Demetrio Crespo, op. cit. en iustel.com, RGDP, n° 4, noviembre de 2005.

⁴⁵² *Opinions of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, párrafos 95 y 97, en "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet.

VII. Algunas reflexiones conclusivas

Hemos sobrevolado la historia del poder punitivo y del derecho penal y terminamos en la cuestión de teoría política de fondo⁴⁵³. Podemos formular algunas reflexiones pero pocas conclusiones, porque concluir implica cerrar el tema y, en realidad, el tema de fondo no tiene conclusión, no puede *cerrarse*, dado que excede en mucho la crítica de una propuesta aislada y remite a un *formidable problema político* que acompaña a todo el derecho penal de los últimos siglos, o sea, desde que éste se convierte decididamente (o debiera convertirse) en el derecho penal del estado constitucional de derecho.

A lo largo de estos siglos el poder punitivo y la doctrina dejaron sobrevivir al viejo *hostis* romano. No se trata de un puro dato de hecho, sino también de derecho: el derecho penal siempre justificó y legitimó el trato de algunas personas como *enemigos*, con mayor o menor amplitud y prudencia (o imprudencia). El recorrido por la historia lo muestra claramente: el positivismo propuso el trato como *enemigos* de todos, salvo los *amigos* que eran tratados como *ocasionales*; las medidas de seguridad del sistema combinatorio o binario -que reemplazaron a la vieja relegación que, a su vez, había reemplazado a las *galeras*- están destinadas a un trato para *enemigos*. La criminología tradicional o etiológica, por su parte, legitimó ampliamente el trato diferencial del *enemigo* o *extraño* (patibularios, molestos y disidentes) en todos los momentos. En América Latina todo *sospechoso* es tratado como *enemigo*, aunque lo legitime el derecho procesal penal. Por lo general, no se introduce expresamente o se elude toda referencia clara a la categoría del *enemigo* en el derecho ordinario, porque por lo menos se intuye su incompatibilidad con el principio del estado de derecho, pero con mala conciencia se legitima o ignora el trato que como tal se depara a un número enorme de personas.

Ante la anterior verificación, la discusión actual en torno del derecho penal del *enemigo* no puede limitarse a rechazar una propuesta de legitimación parcial ni a demostrar que se trata de un errado camino de

⁴⁵³ Supra, II, III y IV, respectivamente.

contención de éste. En la medida en que la doctrina penal legitime o ignore, con el nombre que sea, el trato diferencial de los *enemigos* o *extraños*, está lesionando al estado de derecho concreto, real o histórico y, al mismo tiempo, está invalidando el principio rector del estado de derecho, porque toda racionalización doctrinaria en ese sentido importa una quiebra del instrumento orientador de la función política del derecho penal. No puede llamar la atención, por ende, de que éste haya perdido tantas veces su rumbo.

La *propuesta estática de contención* ha tenido el mérito de poner de relieve, en unas pocas páginas y nunca como antes, la verdadera naturaleza de cualquier incorporación del *hostis* al derecho del estado de derecho y, al obligar a su discusión, hizo evidente de manera imposible de disimular la contradicción permanente de la doctrina penal con el estado de derecho.

Cualquier legitimación del derecho penal del *enemigo* tiene el mismo efecto, con la diferencia de que el ámbito de legitimación que ha abarcado la doctrina jurídico penal es en ocasiones mucho mayor que el propuesto desde la visión estática. Este es el verdadero escándalo: la enorme medida en que, por acción u omisión, el derecho penal admite y legitima *el trato de una persona como no persona*, o sea, considerada como un puro *ente* o *cosa peligrosa*, sin importar *conceptualmente* (por supuesto que importa en cuanto a consecuencias personales) la extensión de los derechos de los que se priva a la persona por este título.

Por ende, es menester subrayar que *el escándalo lo constituye la contradicción casi constante entre la doctrina jurídico penal y el principio del estado de derecho*.

El principio del estado de derecho -como principio ideal- no admite la legitimación de ninguna excepción, pues ésta importa su neutralización como instrumento orientador de la función del derecho penal en la dialéctica que opera en el interior de todo estado de derecho real o histórico con el estado de policía.

Los defectos de los estados de derecho reales o históricos surgen por comparación con el principio o ideal y el derecho penal debe tender a su superación aproximándose a este modelo. La presencia del *hostis* nunca

puede legitimarse sin entregar el principio del estado de derecho, es decir, que si se pretende mantener ese principio necesariamente debe rechazarse esta presencia. El estado de policía, por su parte, no ahorrará esfuerzo alguno para establecerla o restablecerla; el derecho penal del estado de derecho no puede hacer otra cosa que pugnar por suprimirla.

El derecho penal ha permitido la introducción del *enemigo* -con cualquier nombre- y, con ello, ha confundido el momento de la guerra con el de la política, a lo largo de casi toda su historia. Pocos han sido los casos análogos a Feuerbach, que se percataron del error y, sobre todo, fueron los padres fundadores del derecho penal liberal, a veces más intuitiva que racionalmente.

El derecho penal ha cultivado las semillas del estado absoluto; casi siempre los que quisieron contener el poder punitivo lo habilitaron parcialmente, también como derecho penal del enemigo. En el debate actual no es posible escapar de la contradicción que esto plantea: o se legitima al *hostis* en el derecho ordinario del estado de derecho y con ello se renuncia al modelo rector de éste y se abandona el estado de derecho, o bien se lo rechaza y se mantiene al estado de derecho ideal como principio rector, optimizando los esfuerzos del poder jurídico en la programación de la doctrina para eliminar la presencia del *hostis*, en cualquiera de sus manifestaciones.

El más elemental sentido común indica que *no puede ser eficaz la limitación de los derechos de todos los ciudadanos para contener el poder punitivo que se ejerce sobre estos mismos ciudadanos*. La admisión resignada de un trato penal diferencial para un grupo de autores o criminales graves no puede ser eficaz para contener el avance del actual autoritarismo *cool* en el mundo, entre otras razones porque no será posible reducir el trato diferencial a un grupo de personas, sino que se reducirán las garantías de todos los ciudadanos ante el poder punitivo, dado que no sabemos *ab initio* quiénes son esas personas. El poder selectivo está siempre en manos de agencias que lo emplean según intereses coyunturales y lo usan también para otros objetivos.

En consecuencia, lo que verdaderamente se está discutiendo es si se pueden disminuir los derechos de los *ciudadanos* para individualizar a los *enemigos*, o sea, que se pasa a discutir algo diferente de la eficacia misma de la propuesta de contención. Esta sería la forma concreta y real de formular la pregunta, teniendo en cuenta el desplazamiento que inevitablemente se opera en el poder punitivo cada vez que se lo habilita. Si se legitima esa lesión a los derechos de todos los ciudadanos, se concede al poder la facultad de establecer hasta qué medida será necesario limitar los derechos para ejercer un poder que está en sus propias manos. De ese modo, el estado de derecho habrá sido abolido.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Pena y Estado*, nº 1, Barcelona, 1991.
- AA. VV., *Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina, celebradas entre el 5 y el 7 de agosto de 1974*, Caracas.
- AA. VV., *The death penalty in America, Current controversies*, edited by Hugo Adam Bedau, New York, 1997.
- AA. VV., *Friedrich von Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, herausgegeben von Italo Michele Battafarano, Trento, 1988.
- AA. VV., *La derecha argentina. Nacionalistas, neoliberales, militares y clericales*, Buenos Aires, Javier Vergara, 2001.
- ABBAGNANO, Niccola, *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1973.
- ABBIATI-AGNOLETTI-LAZZATI, *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*, Milano, 2003.
- Academia Lenin, *Informe del Académico T. D. Lisenko acerca de la situación de las ciencias biológicas*, en "La situación en las ciencias biológicas. Actas taquigráficas de la Sesión de la Academia Lenin de Ciencias Agrícolas de la URSS, 31 de julio-7 de agosto de 1948", Buenos Aires, 1949
- AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2004.
- *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.
- ALBANESE, Luciano, *Schmitt*, Editori Laterza, 1996.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Escritos póstumos. Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas*, Buenos Aires, 1899.
- ALESSI, Giorgia, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2005.
- ALLEGRA, Giuliano, *Dell' habitualita criminosa*, Milano, 1928.

- ALVAREZ, Marcos César, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas. Saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*, Sao Paulo, 2003.
- AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Montevideo, 2005.
- *La construcción de una parte general del derecho penal internacional*, en "Revista Penal La Ley", Madrid, 17, enero de 2006, págs. 5 y sgts.
- AMBROSOLI, Filippo, *Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani*, en Carmignani, *Elementi di Diritto Criminale*, Milano, 1865.
- AMOROSO, Bruno, *L'apartheid globale. Globalizzazione. Marginalizzazione economica. Destabilizzazione politica*, Roma, 1999.
- ANDRADE, Benito Mario, *Estudio de antropología criminal espiritualista*, Madrid, 1899.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo*, en "Rev. del Colegio de Abogados Penalistas del Valle", Cali, 1985.
- APDH, *La desaparición, Crimen contra la humanidad*, Bs. As., 1987.
- APONTE, Alejandro David, *Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, en "Documentos ocasionales", CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.
- *Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Nomos Verlag, 2004.
 - *Derecho penal del enemigo Vs. Derecho penal del ciudadano*, Bogotá, 2005.
- APPLETON'S, *New English-Spanish Dictionary*, N. York, 1916.
- ARENAL, Concepción, *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1877.
- ARENDT, Hannah, *O sistema totalitário*, Lisboa, 1978.
- ARGUEDAS, Alcides, *Pueblo enfermo* (1909; reed. La Paz, 1936).
- ARON, Raimond, *Clausewitz*, Bologna, 1991.

- ASSEUER, Thomas - SAKOWICZ, Hans, *Rechtsradikale in Deutschland. Die alte und die neue Rechte*, München, 1992.
- AYARRAGARAY, Lucas, *La mestización de las razas en América y sus consecuencias degenerativas*, en *Revista de Filosofía*, Buenos Aires, s/d.
- BADIE, Francois Pierre, *La guerra psicológica*, en "Revista de la Escuela Superior de Guerra", 1958, 331, 10/12, págs. 665 y sgts.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal, Compilación in memoriam*, Buenos Aires, 2004.
- BARBAROUX, C. O., *De la transportation*, París, 1857.
- BARBERO SANTOS, Marino, *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, 1985.
- BARIDON, Laurent-GUÉDRON, Martial, *Corps et art, Physionomies et physiologies dans les arts visuels*, París, 1999.
- BARTOLOMEI, Maria Luisa, *Gross and Messive Violations of Human Rights in Argentina 1976-1983*, Lund, 1994.
- BASSIOUNI M. Cherif - VETERE, Eduardo, *Organizad Crime. A Compilation of U.N. Documents 1975-1998*, N. York, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt, *Globalizaçao: as conseqüências humanas*, Rio de Janeiro, 1999.
- *En busca de la política*, México, 1999
- BAYARDO BENGEOA, Fernando, *Los Derechos del Hombre y la defensa de la Nación*, Montevideo, 1979.
- BECK, Ulrich, *Che cosa è la globalizzazione, Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999.
- BELING, Ernst von, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1941.
- BEMBO, Max, *La mala vida en Barcelona*, Barcelona, 1912.
- BENDERSKY, Joseph W., *Carl Schmitt teórico del Reich*, Bologna, 1989.
- BERDIAEV, Nikolay, *Autobiografía espiritual*, Barcelona, 1957.
- BERGALLI, Roberto - RIVEIRA BEIRAS, Yanqui (comp.), *Política Criminal de la guerra*, Barcelona, 2005
- BERISTAIN, Antonio, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994.

- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *La mala vida en Madrid. Estudio psicosociológico con dibujos y fotografías al natural*, Madrid, 1901 (reed. Madrid, 1998).
- BERSTOW, Anne Lewellyn, *La caza de brujas en Europa*, Tikal Ediciones, Girona, s.d.(2003?).
- BETTELHEIM-PROHINIG-STREIBEL (Hg.), *Antisemitismus in Osteuropa. Aspekte einer historischen Kontinuität*, Viena, 1992.
- BETTIOL, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, Padova 1966.
Scritti Giuridici 1966-1980, Padova, 1980.
- BIANCHI, Gianfranco, *Per quali ragioni fu soppresso Benito Mussolini*, en Bianchi, Gianfranco (coord.), "Convengo su La seconda Guerra Mondiale nella prospettiva storica a trent' anni dall' epilogo", Como, 1977.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995.
- BINDING, K.- HOCHÉ, A., *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.
- BINSWANGER, Ludwig, *Tres formas de la existencia frustrada*, Buenos Aires, 1972.
- BIRRIEL, Bibiana - SUEIRO, Carlos Christian, *El terrorismo y sus dos discursos: del derecho penal del enemigo al autor por convicción*, en XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Guayaquil, 2005.
- BISHOP, Norman Bishop, *Non-custodial alternatives in Europe*, Helsinki, 1988.
- BLACKSTONE, W., *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. de N.M. Chompré, París, 1823.
- BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, *El primer penalista de América Española*, México, 1957.
- BLOCH, Ernst, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicen, Madrid, 1980.
- BOAS, Franz, *Cuestiones fundamentales de antropología cultural*, Buenos Aires, 1965.

- BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995.
- BODIN, J., *De la demonomanie des sorciers, De l'inquisition des sorciers*, París, chez Jacques du Puys, Libraire Juré, 1587.
- BODINO, Juan, *Los seis libros de la República, traducidos de lengua francesa y enmendados católicamente por Gaspar de Añastro Isunza*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- BONNARD, Roger, *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacionalsocialista*, trad. de J. M. Pi Suñer, Barcelona, 1950.
- BORON, Atilio A. y GONZÁLEZ Sabrina, *¿Al rescate del enemigo?* en A. A. Boron (comp.), "Filosofía política contemporánea", Buenos Aires, 2002.
- BORRILLO, Daniel, *L'homophobie*, París, 2000.
- BOSOERT, Fabián, *Generales y embajadores. Una historia de las diplomacias paralelas en la Argentina*, Buenos Aires, 2005.
- BOURDET-PLÉVILLE, Michel, *Galeotes, forzados y penados*, Barcelona, 1963.
- BOURGIN, Georges, *La comuna*, Buenos Aires, 1962.
- BRÉHIER, Émile, *Historia de la filosofía*, Bs. As., 1956.
- BROWN, Norman O., *La vita contro la morte, Il significato psicoanalitico della storia*, Bompiani, 1986.
- BRUNDAGE, James A., *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa Medieval*, México, 2000.
- BRUNET, René, *La Constitution Allemande du 11 aout 1919*, parís, 1921.
- BUENO ARÚS, Francisco, *La XI reunión plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, en "Documentación Jurídica", 14, abril-junio de 1977.
- BUNGE, Carlos Octavio, *Nuestra América. Ensayo de psicología social*, Bs. As., 1903.
- BURGIO, Alberto, *La guerra delle razze*, Roma, 2001.
- BURLEIGH, Michael / WIPPERMANN, Wolfgang, *Lo Stato razziale, Germania 1933-1945*, Rizzoli, 1992.
- BYINGTON, Carlos Amadeu B., prefacio a la ed. brasileña del *Malleus Maleficarum*, Ed. Rosa dos Tempos, Rio de Janeiro, 1991.

- CAMARGO, Pedro Pablo, *Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, 1995.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)*, en "Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005.
- CANCLINI, Arnoldo, *Ushuaia 1884-/1984. Cien años de una ciudad argentina*, editado por la Municipalidad de Ushuaia, 1984.
- CARDINI, Franco (comm.), a Bernard Gui, *Manuale dell'inquisitore*, Milano, 1998.
- *Magia, brujería y superstición en el Occidente medieval*, Barcelona, 1999.
- CARLYLE, Thomas, *On heroes, hero-worship and the heroic in history*, N. York, 1931; trad. francesa: *Les héros le culte des héros et l'héroïque dans l'histoire*, París, 1914; castellana, Madrid, 1985.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Valparaíso, 1979.
- CARO BAROJA, Julio, *Las brujas y su mundo*, Madrid, 1995.
- *Vidas mágicas e inquisición*, Madrid, 1992.
- CARRANZA/MORA/HOUED/ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, 1983.
- CARRANZA, Arturo B., *Digesto Constitucional Americano*, Bs. As., 1910.
- CASADEVALL, Domingo C., *El tema de la mala vida en el teatro nacional*, Buenos Aires, 1957.
- CATTANEO, Mario A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.
- CAVALLERO, Ricardo Juan, *Justicia inquisitorial. El sistema de justicia criminal de la Inquisición Española*, Buenos Aires, 2003.
- CAYUELAS, Ramón - ORTS MONTOYA, Antonia, *La guerre d'Algerie (1954-1962)*, San Vicente (Alicante), 2005.
- CELS, *El Estado frente a la protesta social 1996-2002*, Buenos Aires, 2003.
- CESANO, José Daniel, *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, Córdoba, 2004.

- CHAMBERLAIN, Houston Stewart, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, München, 1906.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio, *Do giro finalista ao funcionalismo penal, Embates de perspectivas dogmáticas decadentes*, Porto Alegre, 2004.
- CHRISTIE, Nils, *Crime control as industry, Towards Gulags, western style*, Londrés, 1993,
- CICR, *Seminario Internacional La Habana, Derecho Internacional Humanitario*, Guatemala, 1998.
- *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Madrid, 1970.
 - *Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales*, Ginebra, 1983.
- COHN, Norman, *Los demonios familiares de Europa*, Madrid, 1980.
- *El mito de la conspiración judía mundial, Los Protocolos de los Sabios de Sión*, Madrid, 1983.
- COLE, G.D.H. Cole, *Introducción a la historia económica*, México, 1963.
- COMBLIN, Joseph, *Le pourvoir militaire en Amerique Latine*, París, 1977 (traducción: *Dos ensayos sobre seguridad nacional*, Sgo. De Chile, 1979).
- CONDARCO MORALES, Ramiro, *Zárate, el temible Willka, Historia de la rebelión indígena de 1899*, La Paz, 1965.
- COPLESTON, Frederick, *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1983.
- COQUARD, Oliver, *Marat, O amigo do povo*, Sao Paulo, 1996.
- COROMINAS, J., *Diccionario crítico etimológico*, Madrid, 1976.
- CORTESE, Antonio, *Historia económica social y general*, Buenos Aires, 1966.
- CORRE, A., *Le crime en pays créoles (Esquisse d'ethnographie criminelle)*, París, 1889.
- COUSTÉ, Alberto, *Biografia do diabo, O diabo como a sombra de Deus na história*, Rio de Janeiro, 1997.
- DAHN, Felix, *Rechtsphilosophische Studien*, Berlín, 1883.

- DALCKE, *Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen*, Berlin, 1938.
- DARESTE, F. R., *Les constitutions modernes*, París, 1891.
- DAVIS, David Brion, *O problema de escravidao na cultura ocidental*, Rio de Janeiro, 2001.
- DE CAUZONS, Th., *La magie et la sorcellerie en France*, París, s.d.
- DE GIORGI, Alessandro, *Cenni sulla vita di G. D. Romagnosi*, en *Opere edite ed inedite di G. D. Romagnosi sul diritto penale*, Milano, 1841.
- DELLA PORTA, Giovanni Battista, *Della fisionomia dell'uomo. Con illustrazioni dell'edizione del 1610*, Parma, 1988.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*, en RDCP, n° 14, 2004.
- El "derecho penal del enemigo" darf nicht sein, *Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad*, en iustel.com, RGDP, n° 4, noviembre de 2005.
- D'ESNON, Henri Grand, *Guerra subversiva*, en la "Revista de la Escuela Superior de Guerra", 1960, 338, 7/9, págs. 339 y sgts.
- DIC, Daniel, *Volti della degenerazione, una sindrome europea 1848-1918*, Firenze, 1999.
- DIETERICH, Heinz, *Identidad nacional y globalización*, México D.F., 2000.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El nuevo modelo de seguridad ciudadana*, en RECPC, <http://criminel.ugr.es/recpc>.
- DO COUTO E SILVA, Gobery, *Planejamento estratégico*, Brasilia, 1981.
- DOMÍNGUEZ, Carlos Horacio, *La nueva guerra y el nuevo derecho, Ensayo para una estrategia jurídica antisubversiva*, Bs. As, 1980.
- DONNEDIEU DE VABRES, H., *A Justiça penal hoje*, Sao Paulo, 1938.
- DOTTI, Jorge - PINTO, Julio (comps.), *Carl Schmitt. Su época y su pensamiento*, Buenos Aires, 2002.
- DU BOYS, Albert, *Histoire du Droit Criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du christianisme*, París, 1845.
- *Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens*, París, 1845.

- DUJOVNE, León, *Spinoza. Su vida - Su época - Su obra - Su influencia*, T. IV, *La influencia de Baruj Spinoza*, Buenos Aires, 1945.
- DURÁ, Francisco, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Buenos Aires, 1911.
- DURKHEIM, Emile, *Le suicide*, París, 1897.
- DUVIOLS, Pierre, *La destrucción de las religiones antiguas durante la conquista y la colonia*, México, 1977.
- ECO, Umberto, *Apocalittici e integrati, Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Bompiani, 1995.
- ELLMANN, Richard, *Oscar Wilde*, New York, 1987.
- ESER Albin, en ESER/HASSEMER/BURKHART, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (Francisco Muñoz Conde, coordinador), Valencia, 2004.
- ESPINOSA, Baruch de, *Ética demostrada según el orden geométrico*, edición de Vidal Peña, Madrid, 1980.
- EVOLA, Julius, *Il mito del sangue*, Pavova, reed. 1978.
- *Sintesi della dottrina della razza*, Padova, reed. 1978.
- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Instituto de Derecho Penal, *El Código Penal Tipo para Latinoamérica, Actas de la 1ª y 2ª reuniones plenarias, ponencias y diversos artículos aprobados*, Rosario, 1969.
- FAYT, Carlos S., *Historia del pensamiento político*, Buenos Aires, 2004.
- FALK, Richard, *La globalización depredadora, Una crítica*, Madrid, 2002.
- FANON, Franz, *Los condenados de la tierra*, México, 1965.
- FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994.
- FERNÁNDEZ, Ramón, *Barrés*, París, 1943.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Buenos Aires, 2003.
- FERRERO, Ernesto, *Storie nere di fine secolo. La mala Italia*, Milano, 1973.
- FERRO, Marc (dir.) *El libro negro del colonialismo, Siglos XVI a XXI: del exterminio al arrepentimiento*, Madrid, 2005.

- *La colonización. Una historia global*, México, 2000.
- FEST, Joachim C., *Hitler, Il Führer e il nazismo*, Rizzoli, 1991.
- FEUERBACH, Johann Paul Anselm, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798.
- FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science (1796-1797)*, PUF, París, 1998.
- FISKE, John, *Ideas políticas americanas consideradas del punto de vista de la historia universal, Tres conferencias dadas en la Institución Real de la Gran Bretaña*, trad. de Julio Carrié, Buenos Aires, 1902.
- FLETCHER, George P., *¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo*, en "Revista Penal", La Ley, nº 16, Madrid, julio de 2005.
- FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hamburg, 1933.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.
- FRANCO, José Luciano, *Comercio clandestino de esclavos*, La Habana, 1985.
- FREELAND, Alejandro, *¿Derecho penal del enemigo?* en *El Derecho*, D. Penal, 2003.
- FRÉGIER, H. A., *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*, Bruxelles, 1840.
- FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996.
- FUENTES, Carlos, *Los 68. Paris-Praga-México*, México, 2005.
- FURTADO, Celso, *O capitalismo global*, Rio de Janeiro, 1998.
- GARGARELLA, Roberto, *El derecho de protesta, El primer derecho*, Buenos Aires, 2005.
- GARIBAY K, Angel M../ PORTILLA, Miguel León, *La visión de los vencidos*, México, 1961.

- GAROFALO, R., *Criminología*, 2ª ed. italiana, Torino, 1891 (*La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s.f.).
- GENTILE, Emilio, *Le origine dell'ideologia fascista (1918-1925)*, Bologna, 1996.
- GEORGIA, Furman v., en AA.VV., *The death penalty in America, Current controversies*, edited by Hugo Adam Bedau, New York, 1997.
- GERBI, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo, Historia de una polémica, 1750-1900*, México, 1982.
- *La naturaleza de las Indias Nuevas. De Cristóbal Colón a Gonzalo Fernández de Oviedo*, México, 1978.
- GINNEKEN, Jaap van, *Folla, psicologia e politica*, Roma 1989.
- GINZBERG, Eli y EICHNER, Alfred S., *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1968.
- GIRARDIN, Émile de, *Du droit de punir*, París, 1871.
- GLUCKSMANN, André, *Los maestros pensadores*, Barcelona, 1978.
- *La estupidez: ideologías del postmodernismo*, Barcelona, 1994.
- GOBINEAU, Arthur de, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, París, 1967; trad. it.: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*, Rizzoli, 1997.
- GÓMEZ, Eusebio, *La mala vida en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1908 (con prólogo de José Ingenieros).
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (coord.), *América Latina, Historia de medio siglo*, México, 1986.
- GONZALEZ VIDAURRI, Alicia - GORENC, Klaus Dieter - SANCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Control social en México D.F.*, México, 1998.
- GORLIER, C., *Historia de los negros en los Estados Unidos*, Madrid, 1968.
- GORRITI ELLENBOGEN, Gustavo, *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú*, Lima, 1991.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo"*, en "Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología", <http://criminnet.ugr.es/redpc> 7-2-2005.

- Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "derecho penal del enemigo"*, en <http://criminet.ugr.es/redpc> 2005.
- GRAHAM, Richard, *Escravidao, reforma e imperialismo*, S. Paulo, 1970.
- GRAVEN, Jean, *Pellegrino Rossi, Grand européen, Hommage pour le centieme anniversaire de sa mort, 1848-1948*, Geneve, 1949.
- GRISOLIA, Francisco (Director), *Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte General*, Sgo. de Chile, 1973.
- GRISPIGNI, Filippo - MEZGER, Edmondo, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1942.
- GUIDDENS, Anthony, *Sociología*, Bologna, 1994.
- GUY PETIT-, Jacques, *Ces peines obscures, La prison pénale en France 1780-1875*, París, 1990.
- HAFFKE, Bernhard, *Drogenstrafrecht*, en ZStW, 107, 1995.
- HARRINGTON, Christian, *Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos*, en BERGALLI, Roberto - RIVEIRA BEIRAS, Iñaki "Política Criminal de la guerra", Barcelona, 2005.
- HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2002.
- HAUSER, Arnold, *Historia social de la literatura y el arte*, Madrid, 1971.
- HEGEL, G. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980.
- Filosofía del derecho*, México, 1985.
- HEIDEGGER, Martín, *Ormai solo un Dio ci può salvare, Intervista con lo Spiegel*, Parma, 1987.
- HEINZ- SCHILLING, Dieter von (herausg.), *Schwule und Fascismus*, Berlin, 1983.
- HERREN, Rudiger, *Freud und die Kriminologie, Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973.
- HERRERA, Julio, *Anarquismo y defensa social*, Buenos Aires, 1917.
- HERRMANN, Joachim - MARTY, Dick, *Vers l'abolition de la peine de mort aux États-Unis?*, en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", Bruselas, 1973.

- HIRSCH, Hans Joachim, *Tatstrafrecht: ein hindreichend beachtetes Grundprinzip*, en "Fest. F. Lüderssen", Baden-Baden, 2002.
- HIRST, John, *The Australian Experience: The Convict Colony*, en Norval Morris and David J. Rothman (ed.), "The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society", Oxford, 1995.
- HITLER, Adolf, *Mi lucha*, Sgo. De Chile, 1939.
- HOBBS, Thomas, *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*, Madrid, 2000.
- Leviathan*, edited with an Introduction by C. B. Macpherson, Londres, 1985 (trad. Castellana, México, 1998).
- HOBBSBAWM, Eric J., *Intervista sul nuovo secolo a cura di Antonio Polito*, Laterza, 2000.
- HOEGEL, Hugo, *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung einer Erleuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen*, Viena, 1904.
- HOLMES, Stepehn, *The Anatomy of Antiliberalism*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1993.
- HOLLOWAY, Thomas H., *Policía no Rio de janeiro, Repressao e resistencia em uma cidade do seculo XIX*, Rio de Janeiro, 1997.
- HUGHES, Robert, *La costa fatídica*, Barcelona, 1989.
- HURTADO POZO, José, *La ley "importada". Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima 1979.
- IANNI, Octavio, *A era do globalismo*, Rio de Janeiro, 1997.
- IHDE, Wilhelm, *Wegscheide 1789. Darstellung und Deutung eines Kreuzweges der europäischen Geschichte*, Leipzig-Berlin, 1941.
- IHERING von, Rudolph, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, París, 1877.
- INIKORI, Joseph E., *La trata negrera del siglo XV al XIX*, Barcelona, 1981.
- International Commission of Jurists, *States of Emergency, Their Impact on Human Rights*, 1983.

ISRAEL, Giorgio / NASTASI, Pietro, *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Il Mulino, 1998.

JAKOBS, Günter, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, en "Estudios de Derecho Penal", Madrid, 1997, reproducido en "Moderna dogmática penal. Estudios compilados", México, 2002.

- *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en HRRS, marzo de 2004, trad. castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

- *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, en Eser-Hassemer-Burkhardt, "La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio" (F. Muñoz Conde, coord.), Valencia, 2004.

- *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, trad. de Teresa Manso Porto, en "Revista Peruana de Ciencias Penales", año VII-VIII edición especial nº 12.

- *Terroristen als Personen im Recht?* en ZStW, 2005.

- *La pena estatal: significado y finalidad*, en XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Guayaquil, 2005.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en "Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados", México, 2002.

- *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlin, 1983.

JAULIN, Robert, *El etnocidio a través de las Américas*, México, 1976.

KALMTHOUT, Anton M. van / TAK Peter J. P., *Sanctions-Systems in the member-States of the Council of Europe*, 1988.

KAMEN, Henry, *La inquisición española. Una revisión histórica*, Barcelona, 1999.

KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, en *Werkausgabe*, herausgegeben von W. Weischedel, T. XI, Frankfurt, 1977.

- *La paz perpetua, Ensayo filosófico*, Trad. de Francisco Rivera Pastor Madrid-Barcelona, 1919.

- KAUFMANN Matthias, *¿Derecho sin reglas?*, Barcelona, 1989
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995.
- KENNEDY, Stetson, *Introduction a l'Amerique raciste*, París, 1955.
- KERSHAW, Ian, *Hitler 1889-1936*, Madrid, 2000.
- KIPPER, Eberhard, *Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Darmstadt, 1969.
- KIRCHHEIMER, Otto, *Justicia política*, Granada, 2001.
- KLEE, Karl, *Das Problem der Sicherungsstrafe*, en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 27, 1934-1935.
- KNIGHT, Alan, *La Revolución Mexicana*, México, 1996.
- KOHLRAUSCH, Ed., *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, en ZStW, 44 (1924).
- KOSOVSKI, Ester (Org.), *Vitimologia, Enfoque interdisciplinar*, Rio de Janeiro, 1994.
- KOSOVSKI, Ester - PIEDADE JÚNIOR, Heitor - MAYR, Eduardo, *Vitimologia em debate*, Rio de Janeiro, 1990.
- KOVALEVSKY, Paul, *La Psychologie criminelle*, París, 1903.
- KRÄMER, H. / SPRENGER, J., *Il martello delle streghe.*, Marsilio Ed., Venecia, 1995 (*El martillo de las brujas para golpear a las brujas con poderosa masa*, traducción de Miguel Jiménez Monteserín, Valladolid, 2004).
- KROPOTKINE, Pedro, *Las prisiones*, trad. de La Juventud Literaria, Bs. As., s.d. (1900 circa).
- LAFERRIÈRE, M. E., *Les Constitutions d'Europe et d'Amerique*, París, 1869.
- LA TORRE, Elena (con la colaboración de Dídac El Rabaque), *La cárcel de Abu-Ghraib*, en "Panóptico", Barcelona, n° 7, 2005.
- LAQUEUR, Walter, *La Repubblica di Weimar, 1918-1933: I mali oscuri della democrazia europea*, Milano, 1996.
- LASCANO, Carlos Julio, *La insostenible "modernización del derecho penal" basada en un "derecho penal para enemigos" (como manifestación de*

- un nuevo derecho penal autoritario*), en "Pensamiento Penal del Sur", Buenos Aires, 1, 2004.
- LAVATER, Johann Caspar/ LICHTENBERG, Georg Christoph, *Lo specchio dell'anima. Pro e contro la fisiognomica. Un dibattito settecentesco*, a cura di Giovanni Gurisatti, Padova, 1991.
- LAZARE, Bernard, *El antisemitismo. Su historia y sus causas*, Buenos Aires, 1974.
- LE BON, Gustavo, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912.
-*Psicología das multidoes*, Rio de Janeiro, 1954.
- LE BRAS-CHOPARD, Armelle, *El zoo de los filósofos. De la bestialización a la exclusión*, Taurus, Madrid, 2003.
- LECHAMPS, Hubert, *Storia della tratta dei negri*, Arnoldo Mondadori, 1971.
- LEVACK, Brian P., *La caccia alle streghe in Europa agli inizi dell'età moderna*, Roma, 1999.
- LINK, Arthur S., *Woodrow Wilson*, S. Paulo, 1963.
- LISZT, Franz von, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, Valparaíso, 1984 (existe otra traducción, de Carlos Pérez Del Valle, Granada, 1995).
- LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*, Barcelona, 1996.
- LOMBROSO Cesare, *Gli anarchici*, Torino, 1894.
- *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Torino, 1894.
- *L'uomo delinquente in rapporto all' antropología, giurisprudenza e alle discipline carcerarie. Delinquente nato e pazzo morale*, 3ra. Ed., Torino, 1884.
- LOMBROSO, Cesare- FERRERO, Guglielmo, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino, 1915.
- LOMBROSO/LASCHI, *Le crime politique et les révolutions*, París, 1892.
- LOPEZ AUFRANC, Alcides, *Guerra revolucionaria en Argelia*, en "Revista del la Escuela Superior de Guerra", 1959, 335, 10/12, págs. 611 y sgts.
- LÓPEZ PRESA, José Octavio (Coord.), *Corrupción y cambio*, México, 1998.

- LLORENTE, Juan Antonio, *Memoria histórica sobre qual ha sido la opinión nacional acerca del Tribunal de la Inquisición, leida en la Real Academia de la Historia*, Madrid, Imprenta Real, 1812 (ed. Facs. Valladolid, 2002)
- LLUMÁ, Diego, *La influencia francesa en los militares argentinos. Los maestros de la tortura*, en "Todo es historia", Buenos Aires, setiembre de 2002.
- LUKACS, Georg, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México, 1983.
- MALAGUTI BATISTA, Vera, *O medo na cidade do Rio de Janeiro, Dois tempos de uma história*, Rio de Janeiro, 2004.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1951.
- MARÍN FRAGA, Facundo J., *Derecho penal del enemigo*, en eldial.com/edición/cordoba/penal/indice/doctrina, enero 2006.
- MARTIN, Hans-Peter/ SCHUMANN, Harald, *A armadilha da globalização, O assalto à democracia e ao bem-estar social*, Sao Paulo, 1998.
- MARTINDALE, Don, *The Nature and Types of Sociological Theory*, Boston, 1960 (versión castellana, Madrid, 1979).
- MATTEUZZI, August, *Les facteurs de l' évolution des peuples ou l' influence du milieu physique et tellurique et de l' hérité des caracteres acquis dans l' evolution et la dissolution des peuples*, Bruselas-Paris, 1900.
- MAYER Otto, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1950.
- MCCEARNEY, James, *Maurras et son temps*, París, 1977.
- MCGEE DEUTSCH, Sandra, *Las derechas. La extrema derecha en la Argentina, el Brasil y Chile, 1890-1939*, Universidad Nacional de Quilmes, 2005.
- MCNEILL, J.R. y MCNEILL, William H., *Las redes humanas. Una historia global del mundo*, Barcelona, 2004.
- MEDEIROS DE MENEZES, Lená, *Os indesejáveis: desclassificados da Modernidade. Protesto, crime e expulsao na Capital Federal (1890-1930)*, Rio de Janeiro, 1996.

- MELCHIONDA, U., *Differenziazione progresiva dei conflitti etnici tra lavoratori immigrati e società di accoglienza: verso un modello integrato*; en "Dei delitti e delle pene", 1/93.
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo, *Carcere e fabbrica. Alle origine del sistema penitenziario*, Bologna, 1979.
- MELOTTI, U., *Immigrazione e politiche sociali: sfide e confronti in Europa*, en "Dei delitti e delle pene", 1/93.
- MENZEL, Adolf, *Calicles*, trad. Mario de la Cueva, México, 1964.
- MERKL, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo*, México, 1980.
- MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, México, 1984.
- MESSUTI, Ana, *El tiempo como pena*, Bs. As., 2001.
- MESTRE, Jesús, *Cathari. Problema religioso, pretexto político*, Barcelona, 2005.
- MEZGER, E., *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en "Probleme der Strafrechtserneuerung, Fest. f. Kohlrausch", Berlin, 1944.
- MILLAR Adam, *Professors of Hate*, en "The Bell Curve Debate", edited by Russell Jacoby and Noemí Glauberman, Times Books, 1995.
- MIRANDA, Marisa - VALLEJO, Gustavo (compiladores), *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*, Buenos Aires, 2005.
- MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza*, Napoli, 2000.
- MODRAS, Ronald, *A Jesuit in the Crucible. Friedrich Spee and the Witchcraft Hysteria in Seventeenth-Century Germany*, en "Studies in Spirituality of Jesuist", 35/4, St. Louis, Missouri, septiembre de 2003.
- MOLINARI, Diego Luis, *La trata de negros. Datos para su estudio en el Rio de la Plata*, Buenos Aires, 1944.
- MOMMSEN, Theodor, *Compendio de Derecho Público Romano*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s.d.
- *Historia de Roma, I. De la fundación a la República*, Madrid, 1962.
 - *Römisches Strafrecht*, Berlin, 1899 (trad. castellana de Pedro Dorado, Madrid, s.d.).
- MONDOLFO, Rodolfo, *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, 1967.

- *El pensamiento antiguo. Historia de la filosofía greco-romana*, Buenos Aires, 1974.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, en O. Kirchheimer, *Justicia política*, Granada, 2001.
- MONTEALEGRE, Hernán, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago de Chile, 1979.
- MOSSE, George L., *Sessualità e nazionalismo. Mentalità borghese e rispettabilità*, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F., *Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "derecho penal del enemigo"*, en RDP, Buenos Aires, 2004.
- *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Buenos Aires, 2005.
- *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia, 2003.
- MURATGIA, Director, *Presidio y cárcel de reincidentes. Tierra del Fuego. Antecedentes*, Bs. As., s.d., (1910 circa).
- MURY S.J., Paul, *Les Jesuites a Cayenne. Histoire d'une mission de vingt-deux ans dans les penitenciers de la Guyane*, Strasbourg-Paris, 1895.
- MUSCO, Enzo, *La misura di sicurezza detentiva, Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978.
- NAGLER, Michael N., *Per un futuro non violento*, Milano, 2005.
- NATHAN BRAVO, Elia, *Territorios del mal. Un estudio sobre la persecución europea de brujas*, México, 1997.
- NAUROIS, Patrice de, *Algunos aspectos de la estrategia y de la táctica, aplicados por el Viet-Minh durante la campaña de Indochina*, en la "Revista de la Escuela Superior de Guerra", 328, 1958, 1/3, págs. 97 y sgts.
- *Una teoría para la guerra subversiva*, 1958, 329, 4/6, págs. 226 y sgts.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" con derecho penal del "enemigo"*, en iustel.com, RGDP, nº 2, noviembre de 2004.

- NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, 1994.
- NICÉFORO, Alfredo - SIGHELE, Scipio, *La mala vida en Roma*, Madrid, 1901.
- NICKERSON, Hoffman, *La Inquisición y el genocidio del pueblo cátaró*, Barcelona, 2005.
- NICOLAI, Helmut, *Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge e. nationalsozialist. Rechtsphilosophie*, München, 1932.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Also sprach Zarathustra, II, Von der Erlösung*, en "Werke in vier Bänden", Karl Müller Verlag, Erlangen, s.d.
- NINA RODRIGUES, Raimundo, *Os africanos no Brasil, Revisao e prefácio de Homero Pires*, Sao Paulo, 1932.
- NIVEAU, Maurice, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Barcelona, 1977.
- NOCIFORA, E., *Il mercato del lavoro degli extra-comunitari nell' Italia degli anni novanta*, "dei delitti e delle pene", 1/93.
- NORDAU, Max, *Degeneración*, Madrid, 1902.
- NOUGUES, Jean, *Características generales de las operaciones en Argelia* en "Revista de la Escuela Superior de Guerra, 1960, 337, 4/6, págs. 174 y sgts.
- *Radioscopía subversiva de la Argentina*, 1962, 344, 1/3, págs. 24 y sgts.
- OLMOS, Fray Andrés de, *Tratado de hechicerías y sortilegios, 1553*, Edición de Georges Baudot, UNAM, México, 1990.
- ORANO, Paolo, *Inchiesta sulla razza*, Roma, 1939.
- ORFILA, Jorge Raúl, *Del Proceso Salán ¿surgen experiencias asimilables al mando militar actual?* , en "Revista de la Escuela Superior de Guerra", n° 345-6, 4/9, 1962, págs. 174 y sgts.
- PAGANO, Francisco Mario, *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, 2002
- PARMA, Carlos, *El "enemigo" del derecho penal del enemigo*, en XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología Guayaquil, 2005.

- PASTOR, Daniel R., *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, en Cancio Meliá, Manuel/Gómez-Jara Díez, Carlos (eds.), "El derecho Penal del enemigo", Madrid 2006 (en prensa).
- PAVÓN, Cirilo, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Buenos Aires, 1913.
- PÉREZ del VALLE, Carlos, *Sobre los orígenes del "Derecho Penal del enemigo", Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau*, en ED, Derecho Penal, julio de 1003.
- PEREZ TORO, William Fredy - VANEGAS YEPES, Alba lucia - ALVAREZ MARTINEZ, Carlos Mario, *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, 1997.
- PESSOA, Mário, *O directo da Segurança Nacional*, Rio de Janeiro, 1971.
- PINOCHET UGARTE, Augusto, *Geopolítica*, Sgo. de Chile, 1984.
- PINTO, Julio, *Carl Schmitt y la reivindicación de la política*, La Plata, 2000.
- PLATÓN, *Obras Completas*, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1967.
- POLIAKOV, León, *Breviario del odio (Los judíos y el Tercer Reich)*, Buenos Aires, 1954.
- *Historia del antisemitismo*, Buenos Aires, 1988
 - *Il mito ariano. Saggio sulle origine del nazismo e dei nazionalismi*, Roma, 1999.
- POLLARD, Charles, *Tolerancia cero ¿Y mañana qué?*, en "Milenio", Univ. de Gral. San Martín, año 2, n° 3, 1999.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La configuración del "Homo sacer" como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial*, en Fernando Pérez Álvarez (Org.), "Serta. In memoriam Alessandri Baratta", Salamanca, 2004.
- PRICE, Richard (Comp.), *Sociedades cimarronas, Comunidades esclavas rebeldes en las Américas*, México, 1981.
- PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?*, en Santiago Mir Puig-M. Corcoy

- Bidasolo (Directores), V. Gómez Martín (coord.), "La política criminal en Europa", Barcelona, 2004.
- RADBRUCH, Gustav, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969.
- RAMOS MEJÍA, J.M., *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912.
- RAMOS OLIVEIRA, Antonio, *Historia social y política de Alemania 1800-1950*, México, 1952.
- REDIFELD, Robert, *Yucatán. Una cultura en transición*, México, 1944.
- República dos Estados Unidos do Brasil, *Código Penal, Decreto-lei n. 2.848 - 1-12-40*, Imprensa Naciona, Rio de Janeiro, 1941.
- RESTA, Federica, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo* (inédito).
- RHODES, Anthony, *Propaganda. The Art of Persuasion: World War II*, Pennsylvania, 1993.
- RIBEIRO, Darcy, *O processo civilizatório, Estudos de antropologia da civilização*, Petrópolis, 1987.
- RICCIARDI von PLATEN, Alice, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, 2000.
- RICHARD, Pierre-Jean Richard, *Los robots*, Buenos Aires, 1985.
- RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de (con la colaboración de José Luis Guzmán Dalbora), *Manuel de Lardizabal o el pensamiento ilustrado en derecho penal, Estudio preliminar a Lardizabal, Discurso sobre las penas*, Vitoria, 2001.
- *Lardizabal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964.
- ROBBINS, Rossell Hope, *Enciclopedia de la brujería y demonología*, Madrid, 1988.
- ROBERTS, Edward A.- PASTOR, Bárbara, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madrid, 1996.
- ROBIN, Marie-Monique, *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*, Buenos Aires, 2005.
- ROCCO, Alfredo, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma, 1927.
- RODLER, Lucia, *Il corpo specchio dell'anima. Teoria e storia della fisiognomica*, Bruno Mondadori, 2000.

- RODNEY, Walter, *De cómo Europa subdesarrolló a África*, México, 1982.
- RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO, Marta, *Sociedade de risco e direito penal*, S. Paulo, 2005.
- ROJAS, Ricardo, *Archipiélago (Tierra del Fuego)*, Buenos Aires, 1942.
- ROMAGNOSI, G. D., *Genesi del diritto penale*, nuova edizione, Milano, 1857;
- ROMANO, Sergio, *Giovanni Gentile. La filosofia al potere*, Milano, 1990.
- ROMERO, José Luis, *La crisis de la República Romana*, Buenos Aires, 1942.
- ROMERO CARRANZA, Ambrosio, *El terrorismo en la historia universal y en la Argentina*, Buenos Aires, 1980.
- ROSENBERG, Alfred, *El mito del siglo XX. Una valoración de las luchas anímico-espirituales de las formas de nuestro tiempo*, Buenos Aires, 1976.
- ROSTAND, Jean, *La herencia humana*, Bs. As., 1961.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Consuelo Berges, Madrid, 1973.
- RUÍZ FUNES, Mariano, *Actualidad de la venganza*, Buenos Aires, 1944.
-*Evolución del delito político*, México, 1944.
- RÜPING, H., *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München, 1991.
- RÜTHERS, Bernd, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, 2004.
- SÁEZ CAPEL, José, *Pena de muerte, Cuando el Estado asesina*, Buenos Aires, 1999.
- SAINT-VICTOR, Paul de, *Las dos carátulas. Historia del teatro griego y de las grandes épocas del arte teatral*, Buenos Aires, 1952.
- SALILLAS, Rafael, *El delincuente español. Hampa (Antropología picaresca)*, Madrid, 1898
- *La vida penal en España*, Madrid, 1888.
- SANZ MORENO, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, 2002.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, 1992.
- SAVIGNY, M. F. C. de, *Sistema del Derecho Romano actual*, Madrid, 1878.

- SCHAMA, Simon, *Auge y caída del Imperio Británico 1776-2000*, Madrid, 2004.
- SCHILLING, Heinz-Dieter (herausg.). *Schwule und Faschismus*, Berlin, 1983.
- SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951.
- SCHMITT Carl, *Der Begriff des Politischen*, 1932; *El concepto de lo político*, Ediciones Folios, México, 1985 (también, versión de Rafael Agapito, Madrid, 2005).
- *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, publicado originariamente en Hochland, 1926.
 - *Der Hüter der Verfassung*, 1929; trad. italiana, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981; *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983.
 - *Politische Theologie*, Berlin, 1922; *Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, Buenos Aires, 2005.
 - *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1933.
 - *Die Diktatur*, 1931; *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, 2003.
 - *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1992.
 - *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*; trad. castellana en *El concepto de lo político*, México, 1985; trad. italiana: *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del político*, Milano, 2005.
 - *Der Leviatán in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1938; *El Leviatán en la teoría de Thomas Hobbes*, México, 1997.
- SCHNEIDER, Hendrik, *Bellum justum gegen den Feind im inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der "Bekämpfung" der organisierten Kriminalität*, en ZStW, 113, 2001.

- SCHOETENSACK, August/CHRISTIANS, Rudolf/EICHLER, Hans, *Grundzüge eines Deutschen Strafvolstreckungsrechts*, Berlin, 1934.
- SCHULZ, Lorenz, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende" - Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum "Feindstrafrecht", en ZStW, 112, 2000.
- SCHÜNEMANN, Bernd, en "Goltdammers Archiv", 2001.
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard, *O Estado espetáculo*, Rio de Janeiro, 1978.
- SCIACCA, M. Federico, *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1966.
- SEDGWICK, John, *Inside the Pioneer Fund*, en "The Bell Curve Debate", edited by Russell Jacoby and Noemí Glauberman, Times Books, 1995.
- SELADOC, *Iglesia y seguridad nacional*, Salamanca, 1980.
- SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Emergencia y crisis del estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, 1988.
- SERRAO, Joel, *Dicionário de História de Portugal*, Lisboa, s.d
- SEVERN, Hill, *The End of the Roaring Twenties, Prohibition and Repeal*, N. York, 1969
- SEVILLA Y SOLANAS, Félix, *Historia Penitenciaria Española (La galera)*, *Apuntes de archivo*, Segovia, 1917
- SIEGEL, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin, 1886
- SIGHELE, Scipio, *I delitti della folla*, Torino, 1910
- SILVA HERZOG, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*, México, 1960.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2001.
- SKROTZKY, Nicolas, *Guerres: crimes écologiques*, París, 1991.
- SMITH, James Frank, *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*, UNAM, México, 1990.
- SOTELO INCLÁN, Jesús, *Raíz y razón de Zapata*, México, 1970.
- SPEE, Friedrich von, *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, a cura di Ana Foa trad. di Mietta Timi, Roma, 2004.

- SPIRITO, Ugo, *Giovanni Gentile*, Firenze, 1999.
- STIGLITZ, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Madrid, 2002
- STOOSS, Carl, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien u. Leipzig, 1913.
- *Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil, Im Auftrages des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss. Avant-Projet de Code Pénal Suisse, Partie Générale, Traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier*, Basel und Genf, Verlag von Georg & Co., 1893.
- STORY, José, *El Poder Judicial de los Estados Unidos. Su organización y atribuciones*, Buenos Aires, 1863.
- TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, *El fenómeno humano*, Madrid, 1965.
- TEISSEIRE, Édouard, *La transportation pénale et la relegation d'après les Lois de 30. Mai 1854 et 27. Mai 1885*, París, 1893.
- The United Kingdom Parliament, *Judgements - A (FC) and others (FC)(Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Opinions of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, en "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet.
- *Opinions of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, párrafos 95 y 97, en "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet.
- THOMAS, Hugh, *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*, Barcelona, 1998.
- THOMASIIUS, Christian, *Fundamento de Derecho Natural y de Gentes*, trad. de S. Rus Rufino y M. A. Sánchez manzano, Madrid, 1994.
- TÖNNIES, Ferdinand, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, 1947.
- *Principios de Sociología*, México, 1946.
- TURNER, John Kenneth, *México bárbaro*, Madrid, 1985.
- UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Rectoría, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985.
- VALADÉS, José C., *El Porfirismo, Historia de un régimen*, UNAM, México, 1987.

- VALCÁRCEL, Daniel, *La rebelión de Túpac Amaru*, México, 1965.
- VALLERANI, Massimo, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005.
- VANDERWOOD, Paul J., *Desorden y Progreso. Bandidos, policías y desarrollo mexicano*, México 1986.
- VASSALLI, Giuliano, *L'expérience des mesures de sûreté en Italie*, en "Scritti Giuridici", Milano, 1997.
- VEDEL, Valdemar, *Ideales culturales de la Edad Media. Vida de los héroes*, Madrid, 1925.
- VEGA TORAL, Tomás, *Ensayo sintético de biología democrática ecuatoriana*, Cuenca, 1930.
- VELÁSQUEZ, Fernando, *El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*, en "Rev. de Derecho Penal y Criminología", UNED, n° 15, 2005.
- VERBITSKY, Horacio, *Medio siglo de proclamas militares*, Buenos Aires, 1987.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental, Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, México, 1962.
- VIÑAS, David, *Indios, ejército y frontera*, México, 1982.
- VIRGOLINI, Julio, *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004.
- La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Bs. As., 2005.
- VORMBAUM, Thomas, "Politisches" Strafrecht, en ZStW, 107 (1995).
- VOUGLANS, Muyard de, *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du Royaume*, París, 1762.
- WALKER, Joseph M., *Historia de la inquisición española*, Madrid, 2001.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Utopística o las opciones históricas del siglo XXI*, México, 1998.
- Webster's, *Enciclopedia Unabridged Dictionary of the English Language*, N. York, 1989.
- WELZEL Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1971.

- *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969 (*Derecho Penal Alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Perez, Sgo. de Chile, 1970).
- WERLE, M, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005.
- WIEVIORKA, Michel, *El espacio del racismo*, Barcelona, 1992.
- WILSON, Woodrow, *El gobierno del Congreso, Estudio sobre la organización política americana*, trad. de Julio Carrié, Buenos Aires, 1902.
- WINDELBAND, Wilhelm, *Historia de la filosofía, La filosofía del iluminismo*, México, 1948.
- WISKEMANN, Elizabeth, *La Europa de los dictadores 1919-1945*, Madrid, 1983.
- WOLF, Erik, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, 1951.
- ZAFFARONI, E. R., *Introducción a la codificación penal latinoamericana*, en Universidad de Salamanca, "Los Códigos Penales Iberoamericanos", Bogotá, 1994.
- *Política y dogmática jurídico penal*, en "Directo e democracia", Universidade Luterana do Brasil, Canoas (RS), vol. 3 n° 2, 2002.
- *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., 1987.
- *Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool*, en homenaje al Profesor Dr. Giorgio Marinucci; *¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?*, en homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo.
- *El Leviathán y el derecho penal*, en homenaje al Prof. Dr. Ramón C. Leguizamón.
- *La legitimación del control penal de los "extraños"*, in memoriam del Profesor Dr. Alfonso Reyes Echandía.
- *Derecho Penal y protesta social*, en Libro-homenaje al Prof. Juan Bustos Ramírez (en curso de publicación).
- *El crimen organizado, Una categoría frustrada*, en Hom. A Ricardo C. Núñez, Córdoba, 1995.
- *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, en "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, reproducido en "Direito e

- Cidadania", Praia, República de Cabo Verde, año 3, n° 8, noviembre de 1999 febrero de 2000.
- *La legislación antidroga latinoamericana: Sus componentes de derecho penal autoritario*, en "Derecho Penal, Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera", Lima, 1991.
 - *La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria*, en Leticia Gianformaggio (Org.), "Le ragioni del garantismo, Discutendo con Luigi Ferrajoli", Torino, 1993.
 - *Política Criminal Latinoamericana, Perspectivas/Disyuntivas*, Buenos Aires, 1982.
 - *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 1989.
 - *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal, Lectio Doctoralis en la Universidad Nacional de Rosario*, Buenos Aires, EDIAR, 2004.
 - *El derecho penal liberal y sus enemigos, Lectio Doctoralis en la Universidad de Castilla -La Mancha*, 2004, publicado en "En torno de la cuestión penal", Montevideo, 2005.
- ZAFFARONI, E.R. - ALAGIA, A.J. - SLOKAR, A.W., *Derecho Penal. Parte general*. 1ra. Ed., Buenos Aires, 2000, México, 2001 y 2ed., Buenos Aires, 2002.
- ZAFFARONI, E.R. - BATISTA, NILO - ALAGIA, A. - SLOKAR, A., *Direito Penal Brasileiro I*, Rio de Janeiro, 2003.
- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2005.
- ZASLAVSKY, Victor, *La memoria storica nella Russia postsovietica: il bisogno di dimenticare e lo sforzo di ricordare*, en AA.VV., "Storia, verità e giustizia, I crimini del XX secolo", a cura di Marcello Flores, Bruno Mondadori, Milano, 2001.
- ZEI, Leopoldo, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1984.
- ZILIO, Jacson Luíz, *O discurso contra o inimigo: o novo já nasce velho* (texto presentado al posgrado de la Univ. de Bs. As., inédito, 2005).
- ZORZI, Renzo, *Beccaria. Il dramma della giustizia*, Milano, 1996.

