

Eugenio Raúl Zaffaroni

DERECHO PENAL HUMANO
y PODER FINANCIERO

DERECHO PENAL HUMANO

DERECHO,

DERECHO,

**DERECHO PENAL
HUMANO**

y PODER FINANCIERO

Conferencias de Guatemala

Eugenio Raúl Zaffaroni

Prólogo de Matías Bailone

Vemanso

DERECHO,
DERECHO PENAL HUMANO
Y PODER FINANCIERO

Derecho,
Derecho Penal
Humano
y **Poder Financiero**
Conferencias de Guatemala

Eugenio Raúl **Zaffaroni**

Prólogo de Matías **Bailone**

Remanso



© 2017 | **Remanso Editor**
Italia 1814 | Rosario | Santa Fe | Argentina
Tel: 54 341 4829880
E-mail: remansoeditor@outlook.com.ar
 **Remanso Ed**

Queda hecho el depósito que establece la ley 11.723
Prohibida su reproducción total o parcial

www.matiabailone.com

Este libro se terminó de imprimir en agosto de 2017
en **ART** de Daniel Pesce y David Beresi SH. | San Lorenzo 3255
Tel. 0341 4391478 | 2000 Rosario | Santa Fe | Argentina



Esta obra nos fue otorgada para su publicación, por su autor en ocasión de su visita a la ciudad de Rosario, en Agosto de 2016, cuando disertó en la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario sobre el “Pensamiento Constitucional Latinoamericano”. De esta manera, queremos contribuir a difundir el claro y comprometido, pensamiento, de nuestro querido Profesor, Eugenio Raúl Zaffaroni.

Agradecemos su permanente espíritu militante, que lo lleva a colaborar de manera generosa a través de su obra con las diversas organizaciones, estudiantiles, sociales y políticas, que buscan alternativas para un mundo mejor.

JOAQUÍN CHIAVAZZA
Frente Patria
Grupo de Estudios Penales y Criminológicos
Asociación Civil 25 de febrero.



Prólogo

por MATÍAS BAILONE

*“Guatemala fue construida sobre ciudades
enterradas en el Centro de América”*

MIGUEL ÁNGEL ASTURIAS,
Leyendas de Guatemala.

I. Las cuatro decenas de doctorados honorarios que las diversas universidades latinoamericanas y europeas le han deparado, dan testimonio del magisterio de Eugenio Raúl Zaffaroni, que en más de cuarenta años se ha extendido por todo el mundo de habla hispana y por el Brasil al que tempranamente se tradujeron sus obras. La extensión de ese magisterio no es sólo obra de su incansable don de gentes, y de su calidad humana, sino de la fortaleza humanista de sus enseñanzas.

Zaffaroni es uno de los más conspicuos pensadores críticos de América Latina, y las cuarenta lecciones doctorales de la magna obra zaffaroniana, dan cuenta de unas preocupaciones diáfanas por las libertades y las democracias, por la ampliación irrestricta de derechos y por el humanismo jurídico en todas sus dimensiones.

El presente libro se compone de la *lectio doctoralis* número cuarenta de su *cursus honorum*, la que corresponde al doctorado *honoris causa* que Zaffaroni recibe el 19 de agosto de 2016 en la gloriosa y tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala. Este es un texto símbolo, es un manifiesto que compendia las ideas político criminales de Zaffaroni de sus últimas décadas.

La polisémica escritura de Zaffaroni, la intertextualidad de sus ideas centrales, que dialogan constantemente con el contexto sociológico y político, tienen en este libro un anclaje firme y un puerto seguro. Comenzó como una serie de conferencias en la Orden de Abogados de Brasilia en junio de 2016, para convertirse en un texto que comenzamos a conocer como las lecciones de Guatemala.

Y así como el Nobel Asturias asegura que Guatemala fue construida sobre ciudades enterradas en el centro de América, este libro está cimentado sobre las obras de cuatro décadas del gran humanista argentino. Y es muy noble que este texto ‘*symbolorum*’ tenga el nombre de aquel país y de aquella universidad donde Zaffaroni y sus discípulos ejercemos la docencia, aquella tricentenario universidad sancarlista que fue bastión de independentistas centroamericanos, de guerrilleros urbanos y de luchadores sociales, y que será siempre la gran universidad pública y popular del centro de América.

El *profesor* Zaffaroni antecede al *juez* Zaffaroni, de alguna manera el *rol académico* es el ‘*rol maestro*’ de sus muchas fisonomías públicas, pero esa función, con la que emergió en el México pre-tlatelolco, es también un oficio político. Un académico

que siempre abjuró de las posiciones esquivas y elitistas del mundo universitario, y que aprovechó sus funciones judiciales y sus compromisos políticos, para “tomar partido hasta mancharse”. Porque el norte de sus compromisos siempre estuvo marcado por el humanismo jurídico, el mismo que ahora postula elaborar en las páginas concentradas de este libro.

II. “La esencia de toda revolución es la reivindicación de derechos”, dijo Zaffaroni en una universidad conurbana en una de estas últimas *‘lectios doctoralis’*, y esos derechos no pretende que sean adquiridos por la fuerza. Además de magnificar el ámbito de las libertades y de los derechos, Zaffaroni –como humanista– ha planteado siempre su oposición a la violencia.

Desde el prístino “*En busca de las penas perdidas*” (1989), donde esboza sus dudas y observaciones al movimiento abolicionista, Zaffaroni justifica el ámbito del derecho penal como elemento de liberación, como lugar de negación de la violencia. La violencia institucional de las agencias punitivas puestas bajo el control de un instrumento jurídico, y habilitando un saber humanista que servirá de contención, como la Cruz Roja en momentos bélicos.

Cada uno de los libros de Zaffaroni desde aquel que comenzaba emulando al personaje de un cuento de Miguel de Unamuno, San Manuel Bueno, con el “piadoso fraude” de relegitimar el poder jurídico de contención y de control, se propuso la construcción de un derecho penal humano. Muchas veces señalando –virgilianamente– el camino oscuro del derecho penal inhumano. Hasta

llegar a este texto que, como culmen y símbolo, desarrolla la construcción humanista.

En “*Muertes anunciadas*” (1993) la intencionalidad iushumanista está declamada para la investigación criminológica, para lograr un conocimiento aplicado, para detectar un fenómeno perjudicial y reducir el daño. Algo que Zaffaroni llevará a cabo en sus años en la Corte Suprema argentina, cuando diseña el Instituto de Investigaciones (CSJN) y su protocolo de relevamiento de homicidios dolosos en la ciudad de Buenos Aires, en el conurbano bonaerense y en varias provincias argentinas.

En “*El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*” (2015) se pretende una imagen de conjunto de la situación política de la región frente al fenómeno del neocolonialismo. Pero con una mirada sobre el derecho en general, no sobre la parcialidad penal o criminológica. Este texto fue –de alguna manera– su carta de presentación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dice Zaffaroni que en esta nueva etapa, ya no se vale del poder central de ejércitos de ocupación, ni de autoridades virreinales, sino de “gobernantes sumisos a los intereses del capital financiero transnacional”, o de la “opinión pública, convenientemente formateada por los medios masivos de comunicación monopolizados, que forman parte del mismo capital transnacionalizado” (...) “Es una ingenuidad política peligrosa –sigue Zaffaroni– percibir la situación actual de Latinoamérica fuera del marco del colonialismo”.

III. La busca del humanismo jurídico que Zaffaroni emprende a finales de la guerra fría necesitaba

de un bastión inexpugnable: un precursor. Así, encuentra un antecedente lejano y remoto que había señalado Antonio Beristain, por pertenecer también a la organización política religiosa de San Ignacio de Loyola, contradictora del poder secular inquisitorial de los dominicos: Friedrich Spee von Lagersfeld. En 1631 el jesuita Spee publica en forma anónima el libro que será el modelo del pensamiento crítico en criminología, la “*Cautio Criminalis*”, el tratado contra la Inquisición y la ‘quema de brujas’, cuyo análisis particular se agrega como anexo y también se explora en la introducción de este libro.

Pero es Alberto Filippi, el que antecede en casi un siglo el pensamiento crítico de Spee, al elegir como precursor a Bartolomé de las Casas, el fraile dominico que en 1552 publica la “*Brevísima relación de la destrucción de las Indias*”, y denuncia la deshumanización de la que fueron objeto los pueblos americanos por parte del poder imperial.

De las Casas, así como su inmediato antecesor, el también dominico Antonio de Montesinos, desde el temprano año de 1511 expusieron la crueldad del partido colonial esclavista, que a través de las ‘encomiendas’ y los latifundios constituyeron la “raíz de la tiranía”. Tanto ellos, como Vitoria, y la disputa de Valladolid, configuraron la primera teorización universal de los derechos –como bien dice Filippi, mucho antes que las declaraciones burguesas individualistas del siglo XVIII–, teniendo como eje geocéntrico uno de los parajes más marginales del poder planetario: el Nuevo Mundo.

Sin embargo, la defensa del imperialismo que llevó a cabo Ginés de Sepúlveda tuvo mayor triunfo

en la realidad americana, que los éxitos de la doctrina lascasiana –que logró declamaciones y normas impotentes del poder terrenal y espiritual–, porque los funcionarios virreinales estaban en connivencia con un poder más cercano y corrupto, el de los hacendados y los ‘encomenderos’, mientras que Carlos V y Paulo III estaban demasiado lejos.

La lucha contra un poder punitivo corrupto será otra de las herencias lascasianas que absorberá el jesuita que escribe la “*Cautio Criminalis*”. Corrupción de sus agentes, así como impunidad de los mismos. Tanto en el siglo lascasiano como en el siguiente, las denuncias humanistas de ambos pensadores críticos están fundadas en que el poder del discurso no tiene ninguna potestad sobre la práctica, lo que Zaffaroni desarrolla en la primera parte del presente libro. Es Joan Garcés, asesor político de Salvador Allende en el Chile de la Unidad Popular, y gestor en nuestra era del principio de jurisdicción universal, quien dijo sobre las denuncias de Fray Bartolomé de Las Casas:

“Otra habría podido ser la evolución de los pueblos americanos si crímenes de la magnitud de los denunciados por Las Casas hubieran tenido tribunales de justicia que los enjuiciaran y sancionaran de manera efectiva. Su impunidad ha facilitado la consolidación de estructuras económicas y políticas basadas en la explotación social, cultural y política de la inmensa mayoría de la población por las sucesivas oligarquías que han perpetuado su hegemonía recurriendo a crímenes de lesa humanidad cuantas veces

han considerado que aquélla era cuestionada, pues siempre quedaban impunes. Así ocurrió en Chile después de que el Parlamento aprobara en 1966 la Ley de Reforma Agraria y de que su aplicación en los cinco años siguientes pusiera fin al régimen de latifundio: éste fue uno de los motivos de la alborotada oligarquía chilena para pedir al gobierno de los EEUU de Richard Nixon amotinar contra las instituciones democráticas de la República de Chile a las tropas que, a partir del 11 de septiembre de 1973, destruyeron al grupo nacional partidario de la forma representativa de gobierno mediante torturas masivas y generalizadas (en ‘parrillas’ eléctricas, ahora), desapariciones forzadas y asesinatos.¹³

La tradición humanista inaugurada por el Obispo de Chiapas y Protector de los Indios, fue denostada por la restauración borbónica y por quienes denunciaron la ‘leyenda negra’, pero celebrada por los republicanos de la península y los independentistas de las Américas. Porque si bien el texto lascasiano fue usado veinticinco años después de su publicación en Sevilla como un producto propagandístico ‘hugonote-orangista-anglicano’, en el contexto de la guerra civil de los Países Bajos, en las traducciones al francés y al inglés, fueron los políticos de la primera república española (Emilio

1. Garcés, Joan: “Prólogo a la edición española” de Robertson, Geoffrey: “Crímenes contra la humanidad. La lucha por la justicia global”, SIGLO XXI, Madrid, 2008, p. 27.-

Castelar y Francisco Pi y Margall) quienes lo habilitaron como líder político y antecesor en la lucha contra los despotismos.

Simón Bolívar y casi toda la generación de los padres de la independencia americana también tomaron al dominico como fuente de inspiración. Así como todos los movimientos indigenistas y las teologías cristianas de la liberación del siglo pasado. Mientras que lo más fascistoide de la cultura carpetovetónica, el franquismo de la posguerra, con Ramón Menéndez Pidal a la cabeza, emprendió contra la figura de Fray Bartolomé de las Casas una de las más encarnizadas defenestraciones históricas. Las formas en que el poder terrenal libró batallas contra sus contradictores, vuelven a unir los destinos de De las Casas y Spee, y también del autor de este libro.

IV. América Latina es la efigie totémica del mestizaje y la hibridación anticolonialista, porque es el margen global en el que más tiempo y brutalidad invirtió el sometimiento colonial. Ni África ni Asia tuvieron momentos de opresión colonialista / esclavista de más de tres centurias, ni sus dominios requirieron de un genocidio planificado contra la población local, que se calcula en más de sesenta millones de personas. El colonialismo, entonces, como la “condición deshumanizante de por sí”, como la definió Aimé Césaire el poeta martiniqués maestro de Franz Fanon, generó en Nuestramérica una resistencia barroca, que podríamos llamar “el hecho maldito” de la burguesía regional.

“El triunfo de la modernidad capitalista como esquema civilizatorio universal”, decía Bolívar

Echeverría, es consecuencia directa de la tarea de los conquistadores ibéricos en “una de las más grandes transformaciones del conjunto de la historia humana”, donde se da “la universalización definitiva de la medida en que ella [la historia humana] es un acontecer compartido”². El genocidio que aniquila al sujeto colonial y que crea un concepto estandarizado de “Occidente” y también del propio proceso histórico genocida, es parte de la necesidad histórica del poder europeo de la modernidad capitalista para extender sus dominios globalmente.

A través de las enseñanzas criminológicas del autor del presente libro, y su insistencia en que la praxis y la ideología del momento inquisitorial dieron origen al poder punitivo descontrolado y emergencial de nuestra era, es que ya no podemos excluir esa instancia de control societario en el centro de Europa de la narración del poder de la modernidad³. Silvia Federici se ha dedicado a brindar detalles acerca de las metonimias entre capitalismo y punitivismo inquisitorial: “la caza de brujas fue el primer terreno de unidad en la política de las nuevas Naciones-Estado europeas, el primer ejemplo de unificación europea después del cisma de la Reforma”⁴.

2. Echeverría, Bolívar: “La modernidad de lo barroco”, Era, UNAM, México, 1998. p. 20.

3. Zaffaroni es uno de los pocos teóricos de la cuestión criminal en anteceder el origen y génesis del poder punitivo de la modernidad y sus discursos legitimantes al período de la Inquisición europea, mientras los manuales al uso lo colocan en las teorizaciones iluministas. Ver por todos Zaffaroni, E. R.: “La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar”, Ediar, Buenos Aires, 2011 y “La cuestión criminal”, Página/12 y Editorial Planeta, Buenos Aires, 2011.

4. Federici, Silvia: “Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria”. Tinta Limón, Buenos Aires, 2011, p. 260.

La persecución de mujeres en el corazón de Europa llevada a cabo por las agencias punitivas de la Inquisición tenía varias finalidades que sirvieron al momento de acumulación originaria del capitalismo esclavista. Sirvió de clivaje contrarrevolucionario del campesinado europeo, que había protagonizado un verdadero *memento* revolucionario contra el feudalismo en caída, a través de la generación de una distinción sexista donde sólo había espíritu de clase: el sometimiento de la mujer al control masculino y la conversión de ella en una fuerza de trabajo esclavo y en un cuerpo domesticado. Gayatri Spivak decía que cuando el subalterno es mujer, “su destino se encuentra más profundamente a oscuras”⁵. El capitalismo esclavista, mercantilista y patriarcal, tuvo que manufacturarse un poder punitivo a su medida, que aún hoy está vigente con los mismos ropajes discursivos. La quema de brujas no es un epifenómeno que aparece *deus ex machina* en la historia de la modernidad, sino una calculada instancia de *terrorificación* de las sociedades que debían ser convertidas en proletariado sumiso.

Federici también analiza la forma en que ese control sobre los cuerpos indóciles⁶ (mujeres, esclavos africanos, indios genocidados) se extiende a las nuevas fronteras geográficas del capitalismo. En los virreinos y capitanías del poder colonial se importó el modelo inquisitorial que infundía

5. Spivak, Gayatri Chakravorty: “¿Puede hablar el subalterno?”, Cuenco de plata, Bs As, 2011, p. 51.

6. “...fue precisamente en las cámaras de tortura y en las hogueras en las que murieron las brujas donde se forjaron los ideales burgueses de feminidad y domesticidad”. Federici, Silvia, op. cit., p. 286.

terror e imponía el sistema patriarcal y esclavista en el campesinado centroeuropeo. Los juicios y ejecuciones por brujería en América intentaron identificar un tipo de “bruja” que simbolizaba la resistencia matriarcal de las culturas y religiones ancestrales así como la preponderancia femenina en las luchas y revueltas anticoloniales (movimiento Taki Ongoy). Se seguía criminalizando un tipo de disenso encarado en cuerpos indóciles y en saberes insumisos⁷.

El capitalismo en su primer momento globalizante instauro la misma forma de dominación y ya en el siglo XVI, una clase dominante europea estaba “implicada en la formación de una mano de obra a nivel mundial y que, por lo tanto, actuaba continuamente a partir del conocimiento que recogía a nivel internacional para la elaboración de sus modelos de dominación”⁸.

Las formas de resistencia al poder colonial las podemos conocer a través de sus persecuciones y demonizaciones⁹. La construcción de un “otro”, de un sujeto de castigo y explotación, ha sido la constante del poder jurídico de nuestro margen. Jurídi-

7. “La caza de brujas y la colonización tenían el objetivo de la constitución de una mano de obra explotable por el capital en su fase de constitución global. Pero la formación misma de la clase trabajadora implicó primero la desposesión de sus bienes comunales (de diversa manera en Europa y en las colonias) y un nuevo estatuto de la mujer como no trabajadora”. Gago, Verónica: “La vida de las mujeres infames”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Buenos Aires, Agosto de 2013, Año III, N°7, p. 93.

8. Federici, Silvia. Op. Cit., p. 294.

9. “¿Podrían escribirse las historias de vida de las mujeres infames? De las brujas sólo se sabe por quienes las juzgaron y condenaron, es decir, por parte de quienes levantaron testimonio de sus crímenes y judicializaron sus lenguas afiladas. Las vemos sólo iluminadas por el fuego: cuando chocan con el poder y son infamadas, medicalizadas, asesinas”. Gago, Verónica, op. cit. p. 95.

cidad puesta al servicio de la modernidad realmente existente, la del capital, que gestionó un genocidio reorganizador de la sociedad virreinal. En esa reformulación identitaria de la sociedad, bajo los disfraces de los constitucionalismos liberales decimonónicos, se le demandó a la población vernácula el requisito de “blanquitud”, al decir de Echeverría, o de las “máscaras blancas” según Fanon¹⁰.

Sin embargo, como dice el filósofo ecuatoriano, en América Latina se gestó una forma diversa de vivir la modernidad capitalista, se fraguó una resistencia. Un “ethos” particular, como intento de experimentar la subordinación y de reaccionar ante ella, como modo de vivir la neutralización de la contradicción entre la forma natural de la vida y su forma de valor capitalista¹¹. Eso se da en llamar “la modernidad barroca”, una estrategia de supervivencia que se gestó inicialmente entre las

10. “El rasgo identitario civilizatorio que queremos entender por ‘blanquitud’ se consolida, en la historia real, de manera casual o arbitraria sobre la base de la apariencia étnica de la población europea noroccidental, sobre el trasfondo de una blancura racial-cultural”. Echeverría, Bolívar: “Modernidad y blanquitud”, Era, México, 2010, p. 61. “El negro quiere ser como el blanco. Para el negro no hay sino un destino. Y es el blanco. Ya hace mucho tiempo que el negro ha admitido la superioridad indiscutible del blanco, y todos sus esfuerzos se dirigen a realizar una existencia blanca.” Fanon, Franz: “Piel negra, máscaras blancas”, Akal, Madrid, 2009, p. 188.

11. “...en la historia del occidente moderno, el ethos que ha dominado sobre los demás ha sido el más militante y fanático de todos, el ethos más productivo en términos capitalistas, es decir, el ‘ethos realista’, el que experimenta como una bendición y no como una desgracia la subordinación del valor de uso al valor económico capitalista. No ha sucedido lo mismo, sin embargo, en el caso de la América Latina. Aquí, en razón de la marginalidad de su historia moderna, la rehechura o recomposición de la cultura y prácticamente de la cultura política, se dio bajo el predominio de otro de los cuatro ethos de la modernidad capitalista, el ‘ethos barroco’.” Echeverría, Bolívar: “La clave barroca de la América Latina”, en “Ensayos políticos”, Ministerio de Coordinación de la Política, Gobierno del Ecuador, Quito, 2011, p. 145.

clases marginales de las ciudades mestizas del siglo XVII y XVIII, alrededor de la economía informal y transgresora¹².

Lo barroco referencia una estetización vacua de lo artístico, un tipo de vivencia de lo europeo que es propia de nuestra región y de los sincretismos de la descolonización. José Lezama Lima decía que el barroco fue un arte de la contraconquista, “el primer americano que va surgiendo dominador de sus caudales”, que “aparece cuando ya se han alejado del tumulto de la conquista y la parcelación del paisaje del colonizador”¹³. El poeta cubano considera al arte barroco latinoamericano como un movimiento revolucionario, silencioso y mimetizado, forjado en los intersticios de la conquista genocida, allí donde los padres de la Compañía querían meros constructores, encontraron un arte contestatario. “Son las chispas de la rebelión, que surgidas de la gran lepra creadora del barroco nuestro, está nutrida, ya en su pureza, por las bocanadas del verídico bosque americano”¹⁴.

Echeverría llama “proeza civilizatoria” al mestizaje –como recurso mayor de la historia de la cultura– que protagonizaron los subalternos de nuestro

12. Sobre la actualidad de su arista económica ver Gago, Verónica: “La razón neoliberal. Economías barrocas y pragmática popular”, Tinta Limón, Buenos Aires, 2014.

13. Lezama Lima, José: “La curiosidad barroca”, en “Ensayos barrocos. Imagen y figuras en América Latina”, Colihue, Buenos Aires, 2014, p. 228.

14. Lezama Lima lo personifica en el indio José Kondorí, en quien se condensa la rebelión incaica, que termina en “un pacto de igualdad, en que todos los elementos de su raza y de su cultura tienen que ser admitidos”. “El señor barroco americano, a quien hemos llamado auténtico primer instalado en lo nuestro, participa, vigila y cuida, las dos grandes síntesis que están en la raíz del barroco americano, la hispano incaica y la hispano negroide.” ob. cit., p. 245.-

margen, ante la “imposibilidad de reconstruir sus mundos antiguos, tan complejos y tan frágiles”¹⁵. Esta reconstrucción marca de modo fundacional la unidad latinoamericana, y es la resistencia a la modernidad capitalista, una verdadera alternativa post-capitalista y post-colonialista, una “revolución en clave barroca”, una invasión rizomática que redimensiona cualitativamente el valor de la Naturaleza y de lo humano¹⁶. Este es nuestro lugar en la historia universal de las luchas anticoloniales.

IV. Ralph Waldo Emerson dijo que “también los hombres son representativos: primero de cosas y después de ideas”. Y Zaffaroni es la heráldica del humanismo jurídico en América Latina. Su biografía se entrelaza con las peripecias históricas de la región. Se doctora en derecho penal a los veintitrés años y como becario de la OEA (Organización de Estados Americanos) comienza un periplo académico en México. Casi fue testigo de la matanza de Tlatelolco, y fue discípulo de varios penalistas exiliados de la Segunda República Española. Esas experiencias, y los tempranos viajes académicos por la región, marcaron el compromiso de su obra, que vemos más que nunca expuesto en las páginas que siguen.

De regreso a Argentina se convierte en Juez de Cámara en Villa Mercedes y luego Procurador General de la Provincia de San Luis, todo antes

15. Echeverría, Bolívar: “Vuelta de siglo”, Era, México, 2006, p. 163.

16. Más sobre el “ethos barroco” como hecho político y cultural de resistencia al colonialismo capitalista, en Echeverría, Bolívar: “Las ilusiones de la modernidad”, Tramasocial, México, 2001; “La modernidad de lo barroco”, op. cit.; “La americanización de la modernidad”, UNAM, México, 2008 y “Vuelta de siglo”, op. cit.

de sus treinta años, cuando estaba escribiendo su “Teoría del Delito”. Esta empatía que siempre tendrá con el interior de la República Argentina, y con toda la realidad latinoamericana, es uno de sus activos más valorados por el público lector y los alumnos diseminados por esos países.

Los discursos jurídicos dominantes han consolidado la modernidad realmente existente en nuestros países. El impulso del pensamiento jurídico y criminológico de Zaffaroni, como el de algunos otros condiscípulos, fue el que dio origen a un momento crítico que abreva en el sincretismo contestatario de las criminologías críticas de la posguerra. Su peculiaridad y genio radica en la apropiación ‘barroca’ de la dogmática europea para las necesidades de un contexto marginal, tanto en lo teórico como en lo legisferante (redacción de códigos penales y de proyectos de Bolivia, Ecuador, Perú y Argentina).

Su origen dogmático, sus incursiones criminológicas, sus compromisos político criminales, han sido factores determinantes, pero cuyo orden no altera el producto final. Caleidoscópicamente se han ido influyendo entre sí, y sólo la prestancia intelectual y la capacidad crítica de Zaffaroni, han podido determinar una obra académica que es ineludible para cualquier pensamiento social que quiera hablar de América Latina.

V. En Zaffaroni nunca están ausentes los contextos, por eso la primera parte de su texto redundará en el marco de poder actual y en las configuraciones del poder financiero. Se pretende brindar un panorama realista del marco mundial y regional en

el que el penalista debe elaborar su doctrina, donde el poder mediático y corporativo condicionan posibilidades de autonomía y soberanía. Ahí es donde se pone en jaque el primer derecho humano, el derecho al desarrollo, que como Zaffaroni explica, es muy importante para entender las razones del subdesarrollo regional y la violencia del sistema penal.

Del contexto se pasará al texto penal. Y así podremos ir visualizando el derecho penal humano, que será dinámico, partisano y de lucha. Donde no habrá espacio para la neutralidad política, y donde se hará una apropiación barroca de la dogmática europea para las necesidades del contexto marginal.

El texto de Zaffaroni no tiene citas, porque se trata de una conferencia magistral, y porque el autor no quiso enredarse en el vano deporte académico de las auto-citas. Pero como hay temas que requieren o incitan a la profundización, y como hay textos que se mencionan al pasar, los mismos están reseñados hacia el final del texto.

Tantas cosas puedo decir de mi Maestro, que sólo elegiré una semblanza de otro ilustre jurista del progresismo y garantismo, el Prof. Luigi Ferrajoli:

“Siempre he admirado las enseñanzas de Raúl Zaffaroni, quien es seguramente a nivel internacional uno de los juristas más ilustres de nuestro tiempo. Ha restituido a las disciplinas penalistas la dimensión civil y democrática que tuvieron en sus orígenes con la Ilustración, dando vida –y no casualmente en Argentina, donde los horrores del arbitrio policial y de la represión política han sido

más dolorosos y terribles— a un movimiento democrático y garantista de penalistas y criminólogos, que combina rigor científico y militancia cultural, reflexión teórica y pasión democrática”.

MATÍAS BAILONE
Profesor adjunto de Derecho Penal y Criminología
Universidad de Buenos Aires
matiasbailone@derecho.uba.ar
www.matiasbailone.com
Buenos Aires, enero de 2017



Derecho, derecho penal humano y poder financiero

*Conferencias de Guatemala*¹⁷

1. **Derecho penal.** La expresión *derecho penal* es equívoca, puesto que a veces se refiere a lo que los penalistas escriben en sus libros o enseñan desde sus cátedras (cuando se dice *el derecho penal no estudió este problema*), pero otras veces quiere denotar al *poder punitivo* ejercido por las agencias ejecutivas (policías) (cuando se afirma *el derecho penal no puede resolver este problema*) y, como si esta confusión no fuese suficiente, también se lo usa para señalar la *ley penal* (cuando se constata *el derecho penal no prohíbe esa conducta*).

Aquí llamamos *derecho penal* a la *doctrina jurídico-penal*, es decir, a la labor de los penalistas, que nada tiene que ver con el material de que los proveen

17. El presente texto se basa en las notas de la conferencia pronunciada en la Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Distrito Federal, Brasília, el 6 de junio de 2016, y que en versión más reducida se destina al libro-homenaje al Dr. Mario Houed, en San José de Costa Rica. La presente versión se preparó para ser expuesta en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en ocasión de recibir el grado de Doctor *honoris causa*, en agosto de 2016.

los políticos (legisladores) ni con el ejercicio coactivo (poder punitivo) que ejercen las policías en sentido amplio.

Los penalistas hacen y escriben discursos interpretativos del material legislativo (de la obra de los políticos, llamadas *fuentes*) con un objetivo sumamente práctico: los destinan a los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) con la aspiración de que éstos los acojan y los jueces los conviertan en jurisprudencia.

Dado este objetivo, es claro que el derecho penal (la doctrina de los penalistas) es siempre un programa técnico pero *político*, doble carácter que es inevitable, puesto que *toda política se debe proyectar y realizar mediante una técnica*. Por ende, la circunstancia de ser un discurso *técnico*, en nada afecta su esencial carácter *político*, sino que es su indispensable complemento.

Como veremos, hay quienes pretenden reducirlo a *técnica*, negando su esencia, para lo cual deben forzar la *naturaleza de las cosas*, porque un proyecto que pretende convertirse en sentencias no puede ignorar que cada una de ellas es un acto de un poder del gobierno de un estado (el judicial) y, por ende, un acto de gobierno de la *polis*.

2. Los discursos de la reducción *tecnocrática*.

Hay dos órdenes de argumentaciones –no incompatibles– para vaciar de contenido político al saber jurídico-penal.

(a) Una de ellas se basa en la pretensión de considerar al Judicial como el *Poder apolítico del estado*. Es una vieja idea bastante absurda, que se remonta a la jurisprudencia norteamericana del siglo XIX,

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

Cabe observar que las supervivencias de esa insólita idea impidieron a los Estados Unidos, hasta entrado el siglo pasado, una tributación progresiva sobre la renta, sosteniendo que si los ricos debían pagar un porcentaje mayor que los pobres, se trataba de una confiscación en favor de los pobres, que afectaba a las clases más dinámicas y creativas de la población, es decir, que favoreció la concentración de riqueza y los monopolios, contra lo que habría de chocar la política de Roosevelt en los años treinta del siglo pasado.

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

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

3. El marco de poder mundial. Dada la *naturaleza política* del derecho penal (de la doctrina jurídico-penal), su proyecto siempre opera en un

marco de poder mundial y regional (latinoamericano). Se impone, pues, sintetizar sus características para intentar una aproximación a lo que en esta circunstancia es posible requerir del derecho penal.

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

Es evidente que el racismo sigue vivo en la realidad del poder y también en múltiples racionalizaciones de quienes llevan la mejor parte, aunque no siempre lo expresen abiertamente.

De pretender elevar el nivel de consumo de los desfavorecidos hasta el del tercio beneficiado, se agotarían las condiciones de vida humana en el planeta, puesto que las fantasiosas soluciones *tecnológicas y extraterrestres* son la publicidad sedativa, que niega descaradamente los cambios climáticos o la responsabilidad humana en ellos.

Esos dos tercios de la humanidad son *descartables*, pues el poder dominante no los necesita para reproducirse y, además, se vuelven molestas porque invaden el territorio de los beneficiados, no sólo con sus presencias físicas que contrastan con la estética televisiva, sino que también algunos exaltados fanáticos cometen crímenes gravísimos en ese territorio.

En el último tiempo, estos crímenes los cometen sujetos alterados psíquicamente, nacidos en las propias sociedades privilegiadas, cuyo racismo les impidió incorporarlos.

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

Siempre que un grupo humano sin posibilidad de incorporación al sistema se tornó molesto, se lo desplazó a otra región. Tratándose ahora de todo el planeta, la opción se daría entre agotar su habitabilidad humana o una *necropolítica genocida* que elimine a buena parte de los dos tercios sobrantes, aunque estas no son las únicas perspectivas tenebrosas. También cuenta la analizada por Jared Diamond en base al colapso de Pascua: la explotación desmedida del medio ambiente para la producción suntuaria agotó los recursos y los hambrientos desbarataron la organización social. Por cierto, la satisfacción de necesidades suntuarias está desertificando grandes zonas del planeta, con desplazamientos poblacionales conflictivos —a veces genocidas—, como el de Sudán.

La destrucción de estructuras estatales precarias con intervenciones militares (Irak, Afganistán, Libia, Malí), al igual que la funcionalidad del narcotráfico en el debilitamiento de los estados latinoamericanos, adelanta esta posibilidad, que parece funcional a las corporaciones transnacionales y al aparato militar-industrial denunciado por Eisenhower.

Si bien la tecnología aún está bastante lejos de permitirlo, tampoco cabe descartar que algún

psicópata sueña con condicionar genéticamente un humano *superior*, que reproduzca la extinción de los *Neanderthal* por los *Cro-Magnon*. No hay obstáculo tecnológico insuperable en el tiempo, aunque hoy parezca *fantaciencia*, como lo fue en su época la de Julio Verne.

Estas tenebrosas perspectivas indican que es urgente buscar una solución planetaria para detener el curso de la presente *globalización*, tal como lo reclama con más que justificada alarma la *Laudato si*.

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

Este fenómeno se debe a la enorme concentración financiera en corporaciones transnacionales, cuyo volumen supera el de los estados pequeños y medianos y, aliadas cuando conviene, ponen sitio a los mismos estados antes todopoderosos.

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

El dominio financiero de la política se traduce en el control de la política de los estados históricamente más poderosos, en la atrofia de otros

periféricos (que pierden control territorial) o en su directa destrucción.

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

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

En pos del óptimo acatamiento de su mandato, esos empleados van abatiendo todo límite ético y legal, amparados por el servicio de un aparato transnacional de encubrimiento y reciclaje de beneficios ilícitos, que superpone el macrodelito económico con la actividad lícita.

5. Marco de poder regional. Los europeos se apoderaron del mundo a partir del siglo XV. Las pestes les habían provisto de anticuerpos de los que carecían nuestros originarios y sus microbios infectaron y mataron a la mayor parte de la población local que –a diferencia de los africanos.–, también carecía de microbios capaces de infectar a los colonizadores. Por eso los europeos no ocuparon África interior hasta el *neocolonialismo*. Fue sólo a partir

del congreso de Berlín de 1885 (convocado por Bismarck), que las potencias neocoloniales se la repartieron arbitrariamente, ocupándola en forma parecida al colonialismo originario de nuestra región, aunque sin traslados masivos de población blanca, salvo en Sudáfrica.

En Latinoamérica el neocolonialismo (de Gran Bretaña y más al norte de Estados Unidos) se ahorró el esfuerzo de la ocupación territorial directa, optando por ejercer su dominio mediante oligarquías locales, pero los movimientos políticos populares –o *populismos*– confrontaron con estas oligarquías y a mediados del siglo pasado las habían desarticulado bastante.

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

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

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

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

Esto es funcional también en otro sentido: la alta violencia entre los propios excluidos y la impotencia –y corrupción– policial, condicionan el caos de la llamada *inseguridad*, que debilita a nuestros estados mediante la pérdida de control territorial.

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

El caos de bandas, *maras*, *cárteles*, corrupción policial, homicidios, victimización de los sectores más vulnerables, superposición de crimen y poder punitivo y demás, cumple otras funciones: por un lado priva a los estados del poder de control territorial y, por otro, fragmenta conflictivamente a sus pueblos, dificultando su coalición políticamente coherente.

Algún antropólogo del futuro estudiará esta etapa de la humanidad regional, destacando la función de la cocaína, cuya prohibición eleva alquímicamente el precio de su distribución, lo que se introduce como factor caótico, al tiempo que permite que el aparato de reciclaje del monopolio bancario colonizador se quede con la mayor parte de la renta del tráfico, masa dineraria que, sin duda, cumple una función macroeconómica global.

A su vez, en la propia Latinoamérica adopta *subtácticas*. En los países del extremo sur, en que la violencia homicida es relativamente baja (entre otras razones porque está al margen del circuito de la cocaína), crea mediáticamente una realidad violenta y de descontrol territorial que no existe en el grado que se pretende, lo que impulsa a las clases medias a exigir una represión sin límites, incentivando el factor caótico.

En la parte de la región en que la violencia es alta, como resulta funcional con la eliminación que se produce entre los propios excluidos y el descontrol territorial anejo, no necesita crearla mediáticamente puesto que existe, limitándose los medios monopólicos a normalizarla con argumentos racistas (*nos matamos porque somos violentos*).

6. Medios y muerte. La realidad creada por los medios monopólicos explota y profundiza los peores prejuicios, es decir que apela a la conocida técnica política *völkisch*. Reafirma estereotipos racistas, sexistas, étnicos, clasistas, etc., lo que debilita el sentimiento de comunidad mediante una suerte de *fascismo mediático* (al decir de Souza Santos).

Entre otras artimañas, manipula a algunas víctimas para desviar su pulsión de venganza contra una clase, estereotipo o grupo, cuyos integrantes nada les han hecho. Este recurso se asemeja a la criminodinámica del *delito de odio*, pues desvía la pulsión vindicativa de las víctimas contra el agresor, hacia un grupo que nada les ha hecho, promoviendo un ejercicio letal de *poder punitivo* sobre éste: las usan para promover el punitivismo contra los adolescentes de barrios precarios.

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

No obstante, lo cierto es que el estado no es la mayor fuente directa de muertes violentas en la región, pese a que se ejerce alta violencia institucional y hasta racista en algunos países. La gran mayoría de las muertes se producen como consecuencia de una política que incentiva, permite o no interviene, en los conflictos entre los propios excluidos o las capas más bajas de incluidos precarios. En la medida en que se agreden violentamente entre ellos, se les impide el diálogo y la consiguiente coalición y protagonismo político coherente, en forme altamente funcional al modelo excluyente, sin necesidad de cargar con la autoría directa de esas victimizaciones.

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

Los jueces penales, por su parte, son frecuentes víctimas de *linchamientos mediáticos*, al que adhieren políticos inescrupulosos para obtener publicidad gratuita. En razón de este *terrorismo penal*, los jueces no excarcelan, lo que provoca el hacinamiento carcelario, los *motines* y las consiguientes muertes.

Los niños y adolescentes de las clases subalternas están amenazados tanto por ejecuciones sin proceso como por las permanentes campañas que postulan su punición como adultos, inventando una falsa masiva intervención en la criminalidad grave.

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

En efecto: la manipulación mediática racista que lleva a las clases medias regionales a atribuir todos sus males a las subalternas de sus propios pueblos, obedece a que su pertenencia de clase es

mucho más precaria que la de las clases medias centrales –dada la inestabilidad económica y laboral de la región–, pues en muchos sectores ni siquiera es del todo una realidad, sino que responde más a un afán por diferenciarse de los excluidos.

Este es el marco mundial y regional, en que a los penalistas latinoamericanos les cabe en suerte elaborar doctrina jurídico-penal, desde la posición *tardocolonizada* en que se halla la región.

7. Errores posibles. Gravísimo error sería teorizar en materia penal sin tomar en cuenta el marco de poder y los datos de la realidad social en que la doctrina proyecta decisiones jurisprudenciales, limitándose a reproducir la proveniente de otros contextos o incluso de otros tiempos.

Pero otro error –no menos grave– sería creer que desde el derecho penal se cambiará el marco de poder regional y mundial. Si bien el derecho penal debe contribuir al cambio y a paliar los efectos del marco actual, no puede obviarse que *todo cambio profundo de poder sólo puede ser político, cultural y civilizatorio*.

Como ciudadano y como ser humano, incumben al penalista deberes éticos de actuar en todos los ámbitos, pero cuando lo hace desde el derecho penal debe comenzar –ante todo– por ser consciente del limitado poder de que dispone. Esta es una condición básica de eficacia para un derecho penal que haya superado su omnipotencia adolescente.

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

elemental de cualquier programación racional de su ejercicio.

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

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

¿Qué puede hacer el penalismo con sus discursos? Ante todo –para no caer en la megalomanía–, tomar conciencia de su poder y, para eso, desbaratar la arraigada convicción de que su discurso regula el ejercicio del *poder punitivo*, cuando en realidad se dirige exclusivamente a quienes ejercen el *poder jurídico*, pero no el *poder punitivo*.

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

Embargar y ejecutar a un deudor no es *poder punitivo*, sino reparador, propio del derecho privado, civil, mercantil, etc.; desarmar a quien amenaza

con un arma a otro, tampoco es *poder punitivo*, sino coerción directa administrativa, al igual que demoler algo que amenaza ruina o detener un vehículo inseguro.

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

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

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

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

Pero tampoco tiene mayor significación política prisionizar a una reducida minoría de personas, porque la política se preocupa en general por controlar mayorías. En realidad, el poder punitivo que interesa a quien ejerce el poder, es el menos espectacular y más disimulado, o sea, el poder de vigilancia que se practica sobre la gran mayoría de

la población, con motivo o pretexto de tutela o protección contra el delito o cualquier otra amenaza.

El poder punitivo políticamente importante no es el que se ejerce sobre los prisionizados, sino el poder de vigilancia que se sobre la población *libre*, que lo acepta de buen grado, por considerarse protegida.

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

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

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

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

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

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

10. **El genocidio.** Si creemos –como se enseña– que el derecho penal regula el ejercicio del poder punitivo, *confundimos derecho penal con poder punitivo*, y de ese modo perdemos de vista la *necesidad* del derecho penal y del propio *poder jurídico de contención*.

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

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

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

11. La tutela de bienes jurídicos. La doctrina dominante abandonó la vieja y hueca –y a veces siniestra– expresión *defensa social* del positivismo racista, para sostener que *el derecho penal tutela o protege bienes jurídicos* mediante los tipos penales, e incluso que esa es su función esencial y única.

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

Pero el realismo más elemental nos muestra que la *protección o tutela* no es una cuestión normativa, sino fáctica, plano en el que con frecuencia la criminalización afecta más bienes jurídicos que los que pretende *proteger o tutelar*.

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

Este principio surgió al final de las guerras de religión, como producto del Iluminismo, para establecer una distinción tajante entre el pecado y el delito, la moral individual y el derecho, a efectos de garantizar la autonomía moral de la persona o, como también se le llama, la *libertad de conciencia*. Se trata de una idea originariamente limitante del poder punitivo.

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

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

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

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

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

12. La Constitución: fuente *pétrea* del derecho penal. Aunque parezca contradictorio, la afirmación de que en la realidad *el derecho penal tutela bienes jurídicos* y que normativamente debe hacerlo, es sustancialmente correcta, sólo que esa tutela la ejerce en medida universal y mucho mayor que la sostenida por la doctrina corriente.

Esto se explica porque cuando se debilita el *poder jurídico* se expande el poder punitivo y, cuando este

último se descontrola del todo, alcanza un grado de máxima criminalidad que implosiona todo el orden jurídico, quedando sin tutela todos los bienes jurídicos, reducidos a simples entes vulnerables.

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

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

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

Al considerar a las *leyes penales* como *fuentes* del derecho penal, deberá considerar la doctrina que hay fuentes *pétreas* y otras *flexibles*: las fuentes *pétreas* serán las normas constitucionales, siendo *flexibles* las leyes infraconstitucionales.

13. La prevención del genocidio. Siendo la vida el más elemental y valioso de los bienes humanos,

el primordial objetivo del derecho penal debe ser la prevención de su destrucción masiva. Esta afirmación no es metajurídica o de *derecho natural*, sino que en la actualidad es de derecho positivo.

Sin negar la importancia de la discusión *jus-naturalismo-positivismo* en el terreno filosófico-jurídico, a los efectos prácticos la disputa perdió mucha importancia, pues los viejos principios *del derecho natural* (en especial del llamado *liberal*) son hoy derecho positivo.

En otros tiempos Carrara deducía el derecho penal de la *razón* y Feuerbach daba a la filosofía el rango de fuente, pero nada de eso es hoy necesario, pues las máximas leyes nacionales e internacionales consagran los Derechos Humanos, que pueden sintetizarse en la fórmula *todo ser humano es persona y debe ser respetado y tratado como tal*.

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

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

14. La capacidad de nuestro derecho penal.

Al igual que cuando se plantea cualquier otro objetivo o se emprende una empresa, cabe preguntar si la doctrina jurídico-penal de la región dispone de los elementos teóricos o discursivos idóneas para cumplir con ese mandato de programar el ejercicio del *poder jurídico* de control y contención, es

decir, si sus bases, premisas y métodos son los más idóneas a ese efecto, o si, por el contrario, arrastran resabios, limitaciones o prejuicios de otro tiempo, inidóneos para ese objetivo en el actual marco de poder mundial y regional.

Creemos que una relectura del curso seguido por el derecho penal latinoamericano proporciona elementos suficientes para programar un eficaz control jurídico del poder punitivo frente a los desafíos del siglo XXI. Nadie puede ignorar la tradición penalística de la región y el rico curso seguido, al menos desde el siglo XIX. Limitándonos a nuestro país, la tradición se remonta a la obra pionera de Carlos Tejedor, pero la historia de nuestra doctrina penal es sumamente rica y se destaca en ella la tradición liberal, de la que luego hablaremos. No obstante, el actual marco de poder impone que estos elementos sean debidamente reconducidos y perfeccionados.

En principio, la actual abundancia de citas alemanas, la renovada importación de teorías, las filigranas de *escuelas* y la reiteración de juicios asertivos desvirtuados por la ciencia social, da la sensación de un *totum revolutum* que no parece sencillo enfilarse hacia el objetivo estratégico que manda la ley positiva de máxima jerarquía.

15. ¿Estamos discutiendo algo nuevo? Para verificar el carácter y la idoneidad de nuestros recursos teóricos en derecho penal, es bueno como paso previo –y necesario– para desbrozar el camino que nos permita transitar por esta *selva selvaggia e aspra e forte*, preguntarnos con qué cuestiones teóricas se enfrentan las discusiones penales actuales.

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

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

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

Para el narcisismo penalístico, esto resulta desilusionante, tanto como lo fue para la humanidad advertir que vivimos sobre un pedrusco que gira alrededor de una estrellita en una galaxia del suburbio más extremo del universo, que llegamos hace poco menos de medio minuto en tiempos cósmicos y que en se brevísimo tiempo, donde pisamos hemos destruido especies que habían demorado millones de años en desaparecer.

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

Una rápida mirada sobre el pasado nos permitirá verificar esta proposición.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17. Medidas de seguridad y penalismo fascista. En el siglo XVI, el médico Jan Wier sostuvo

que las brujas eran enfermas de *melancolía*, concepto que con los siglos pasaría a ser la famosa *histeria*. Dado que debían considerarse enfermas, proponía sustraerlas a la competencia de los jueces, para entregarlas al poder médico, con lo que inventó las medidas de seguridad curativas con claros argumentos de prevención especial positiva. Por ende, las medidas de seguridad para inimputables y otros disminuidos psíquicos, como también las discusiones sobre el *doppio binario* y el sistema *vicariante*, no se inventaron en el proyecto suizo de Stooß ni en los códigos del siglo XX, sino en el siglo XVI.

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

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

18. El derecho penal de voluntad. El nazismo alemán –a diferencia del fascismo– sostenía que la fuente del derecho no era el estado, sino la *Volksge-meinschaft* (comunidad del pueblo), como unidad formada sólo por los de raza aria-germánica, que se suponían portadores biológicos de un innato sentimiento de justicia. La misión del derecho penal nazista era la identificación de los *degenerados* que entre ellos revelaban una voluntad contraria a la comunidad del pueblo, depurando de este modo a la *comunidad* de esos *enemigos internos*, no así de los *enemigos externos* (judíos, gitanos, gays y otros), cuya eliminación era simple tarea del derecho administrativo o policial.

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

Seiscientos años antes, en el siglo XIV, el demónólogo Johann Nider pensó que el hormiguero (*Formicarius* se llamó su libro) era el modelo ideal de sociedad. Lo consideraba superior al panal porque no es una monarquía, sino una república, en la que cada individuo, por puro condicionamiento biológico, sabe lo que debe hacer, sin necesidad de que nadie se

lo ordene. En consecuencia, se impone la eliminación de todo individuo de alguna manera demuestre que carece o perdió este condicionamiento.

El *Formicarius* es –sin duda– la mejor metáfora de la comunidad del pueblo nazista. Hoy se multiplican los tipos penales de *peligro abstracto*, que criminalizan conductas muy anteriores a cualquier comienzo de ejecución. El *preventivismo* de nuestros días es derecho penal de voluntad, la *innere Gesinnung* o *disposición interna del ánimo* no es nada diferente. La punición de actos preparatorios tiende a eso.

19. La criminología crítica. Hace unas seis décadas se creyó que aparecía algo totalmente nuevo: la *criminología crítica*. Pero tampoco es una novedad, puesto que en 1629 un jesuita alemán, poeta y teólogo, Friedrich Spee von Langenfeld, escribió un libro demoledor contra la quema de brujas ordenada por los tribunales laicos de los príncipes alemanes: la *Cautio Criminalis*, cautela, prudencia criminal, título que parodia la *Constitutio Criminalis Carolina* (de Carlos V) que penaba con la hoguera a las mujeres.

Spee procedió como todo criminólogo crítico, pues se desentendió de la discusión teórica sobre el poder de las brujas: dejaba la cuestión de su existencia flotando, pero afirmaba que, como confesor de las supuestas brujas, nunca había conocido a ninguna. Se centró por completo en el funcionamiento real del sistema penal, con el más crudo realismo, sin omitir señalar el papel de nadie en esa tragedia que analizó plurifactorialmente, como fenómeno de poder.

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

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

20. ¿Con qué método discutimos? Después de verificar que durante medio milenio operamos con las mismas estructuras básicas de pensamiento, cabe detenerse en la metodología discursiva con que discutimos esas ideas en la actualidad.

Es obvio que el actual derecho penal latinoamericano es principalmente tributario de la dogmática penal alemana. Debemos, pues, analizar si esa dogmática es el método adecuado a nuestro marco de poder y, en tal caso, cómo usarla, todo lo cual nos impone detenernos en la naturaleza del material importado de Alemania.

Pero ante todo, cabe explicar cómo llegó y por qué desde mediados del siglo pasado, el penalismo alemán domina nuestra doctrina, porque de lo contrario parece un *exotismo* antojadizo o una

pura veleidad germanófila, fácilmente desechable. Creemos que es necesario tener cuidado con estos simplismos peligrosos, por las razones que más adelante expondremos.

21. ¿Por qué trajimos la dogmática alemana?

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

En efecto: el discurso penal latinoamericano había acogido muy pronto al positivismo italiano y francés (Lombroso, Ferri, Lacassagne), que respondía al marco ideológico racista de Spencer, propio de la etapa europea en que la burguesía había obtenido la hegemonía y archivado el liberalismo de su momento de lucha por el poder. Este racismo fue adoptado a fines del siglo XIX para legitimar a nuestras repúblicas oligárquicas, proconsulares de los intereses neocolonialistas (el *Porfiriato* mexicano, la *República Velha* brasileña, el *Patriciado* peruano, la *oligarquía vacuna* argentina, etc.).

El penalismo del positivismo peligrosista encuadrado en el racismo spenceriano, se basaba en la criminología etiológica biologista, de José Ingenieros en la Argentina y de Raimundo Nina Rodrigues en Brasil. Esta última versión fue muy bien caricaturizada por Jorge Amado en la novela *Tenda dos milagres*.

Las repúblicas oligárquicas fueron bastante desarticuladas en el siglo XX por los movimientos populares (Cárdenas, Haya de la Torre, Velasco Ibarra, Vargas, Yrigoyen, Perón, etc.), que con

avances y retrocesos amplió la base de ciudadanía real y las debilitó. Por otro lado, el racismo y el reduccionismo biológico se desprestigiaron en la Segunda Guerra Mundial. Además, la arbitrariedad del *peligrosismo* –propio de la alianza de médicos y policías– se fue volviendo intolerable, al par que los penalistas se sentían molestos por la tutela médica a que los sometía la criminología positivista. Todo esto provocó el ocaso definitivo del positivismo penal racista y creó la necesidad de sustituirlo por un discurso más técnico, racional y previsible.

El hueco dejado por la caída del positivismo no podía llenarse acudiendo al *common Law* y la doctrina penal francesa era pobrísima. Italia estaba superando el positivismo en sus variantes *normativizadas* o caía en una *antifilosofía* con Manzini, en tanto que su restante doctrina penal se acercaba cada día más a la alemana. Sin duda que la dogmática jurídico-penal alemana era el discurso más elaborado de que se disponía en el mundo.

En el siglo XIX se habían dirigido miradas penales latinoamericanas hacia Alemania, como la literatura citada por Tobías Barreto y su *escuela de Recife* en el nordeste brasileño, y también en Brasil una traducción de Franz von Liszt. En la Argentina, Tejedor había elaborado su proyecto sobre la base del código de Baviera de Feuerbach, aunque mediado por la traducción francesa. De toda forma, nada de eso había trascendido mucho a la doctrina penal.

Fue de este modo que como resultado de la crisis del positivismo –y con buen criterio–, se trajo a América Latina la dogmática jurídico-penal alemana. El método no era nuevo, pues desde los

comienzos del saber jurídico en las universidades del norte de Italia se percibió el *afán constructivo de sistema*, aunque había sido formulado orgánicamente –por analogía con la química– por Rudolf von Jhering en el siglo XIX, al distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad en el derecho privado.

22. La recepción latinoamericana. La dogmática es sin duda un método mucho más depurado que el burdo positivismo, pues aporta soluciones más precisas, razonadas y previsibles para los casos concretos, al tiempo que da coherencia al sistema.

El penalismo latinoamericano, cansado de las groseras arbitrariedades positivistas, se encandiló con la nueva doctrina.

Además, en la posguerra, la física gozaba de un altísimo prestigio, y los penalistas –como muchos otros cultores de diversos saberes– aspiraban a ser considerados *científicos*. Recordemos que cundía en todos los saberes la inclinación al *fisicalismo*, o sea, a imitar el método de esa ciencia.

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

Este giro comenzó con cierta importación de von Liszt, aunque de corta duración, seguida por una amplia divulgación de obras neokantianas, en particular la del profesor de München, Edmund Mezger, a través de la traducción de José Arturo

Rodríguez Muñoz. Más tarde, por lo años sesenta y setenta del siglo pasado, llegó a la región el finalismo de Hans Welzel y, más cercanamente y hasta la actualidad, lo que podemos llamar el *postfinalismo*.

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

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

23. ¿La entendimos correctamente? Cabe preguntarse si fue correcta la recepción de la doctrina alemana como *ciencia políticamente aséptica* y como garantía de *liberalismo* penal, respuesta que se debe procurar en Alemania.

La historia de la doctrina penal alemana permite comprobar que es por completo inexacta, es decir, que nunca fue en su país de origen políticamente aséptica y, además, que tiene claros oscuros, y que lo que importamos no fueron justamente sus vertientes más liberales. De paso, permite advertir que los penalistas alemanes no son culpables

de lo que en América Latina se entendió acerca de su dogmática, que corre por cuenta exclusiva de la doctrina regional.

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

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

Su monumental obra *Die Normen und ihre Übertretung* (*Las normas y su infracción*) la elaboró sobre esta base, sin cuestionar la legitimidad de las normas, que no ponía en duda, pues la presuponía por el mero hecho de *emerger de la autoridad del estado*.

Binding ni siquiera era hegeliano, pues no admitía un deber de penar por parte del estado, necesario como negación de la negación del derecho por el delito y, por tanto como su reafirmación, según la fórmula de Hegel, sino que, simplemente, el estado lo hacía sólo porque tenía el poder de hacerlo.

Esta omnipotencia estatal correspondía a su tiempo, que era el de la unidad alemana, cuando después de la derrota francesa en Sedán se proclamó el imperio en Versalles, liderado por Otto von Bismarck.

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

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

Binding no se trajo a América y hasta hace algunas décadas pocos lo habían leído en estas tierras. Quien llegó, aunque por poco tiempo, fue Franz von Liszt, que era un positivista moderado que apelaba al método dogmático. Su positivismo era particular, porque sostenía una doble cadena de determinismos: físico y psicológico.

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

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

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

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

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

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

como anticipo de desarrollos posteriores más anti-liberales.

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

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

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

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

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

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

A los efectos prácticos que hacen a la doctrina penal, para esta teoría del conocimiento, los datos del mundo no ordenados por el valor no se pueden

incorporar a la construcción jurídica (a la dogmática jurídico-penal), porque si bien pertenecen a la realidad, no están disponibles, dado que quedaron fuera de la ordenación dispuesta por el valor y, por ende, no se pueden usar.

En cuanto al campo específico de la teoría del delito, el derecho penal neokantiano mantuvo en esencia la sistemática de Liszt, conforme al criterio clasificador de caracteres objetivo-subjetivo, aunque amplió el concepto al adosarle la culpabilidad normativa, es decir, al recuperar de la filosofía clásica el reproche ético y juridizarlo. Podría decirse que el neokantismo redescubrió a Aristóteles, pero incluyendo al dolo en la culpabilidad, con la incoherencia que implica juntar lo reprochado con el reproche, el desvalor con lo desvalorado, que luego el propio neokantismo iría corrigiendo, por obra de von Weber y del Graf zu Dohna.

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

Aunque para el neokantismo no resulta muy prolija la delimitación de una ciencia *natural* por otra *cultural*, esto permitía que la criminología siguiese siendo etiológica, positivista, con marcado

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

28. Neokantianos liberales y no liberales.

La teoría del conocimiento neokantiana permite construir cualquier derecho penal, porque el *valor ordena* y también deja fuera lo que le pluguiera –incluyendo un genocidio–, por lo cual resulta poco compatible con el principio rector de los Derechos Humanos, puesto que también puede dejar fuera a la *persona* (o concluir que ésta es un *puro concepto jurídico*).

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

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

que el neokantismo alemán difundido en América Latina fue más cercano a Edmund Mezger, cuyas tesis eran marcadamente autoritarias.

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

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

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

29. La discusión con Kiel. La llegada del nazismo al poder provocó un interesantísimo debate dogmático-jurídico, pues dos autores –Georg Dahm y Friedrich Schaffstein–, conocidos como

la escuela de Kiel, sostenían que cada construcción dogmático-penal debe responder a un modelo político y que, por ende, la de los neokantianos no servía para interpretar y aplicar el derecho penal nazista.

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

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

Cabe observar algo curioso y que no fue ajeno al malentendido latinoamericano: Dahm y Schaffstein desacreditaban como *liberales* a los neokantianos –lo que era un estigma bajo el nazismo– y, de este modo y sin quererlo, difundieron la peregrina idea de que éstos eran realmente *liberales*, lo que por cierto les fue de utilidad en la posguerra.

A la distancia y sin dejar de tener en cuenta el contenido nazista de sus escritos, lo cierto es que los de Kiel llevaban razón en cuanto a la necesidad de que toda construcción dogmática debe corresponderse con el sistema político y, en este sentido, eran los más coherentes. Pero lo que no puede perderse de vista es que entre 1932 y 1945 *no se debatió entre nazistas y disidentes, sino sólo entre nazistas.*

Los disidentes ya no estaban en Alemania (como Goldschmidt) o estaban fuera de la cátedra o investigando historia (como von Weber, Eberhard Schmidt o el propio Gustav Radbruch).

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

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

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

Por cierto que no parece respetarse esta regla cuando se multiplican las invenciones de supuestos *conceptos jurídicos* diferentes a los del lenguaje

corriente, es decir, que se mencionan unas *cosas* con el nombre de otras, lo que no parece muy razonable, pero habilita los *eufemismos jurídicos*.

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

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

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

Desde hace poco más de tres décadas apareció en el *postfinalismo* alemán una versión con terminología sociológica funcionalista, aunque con claros acentos neohegelianos, enunciada por Günther Jakobs, que es minoritaria en Alemania. El marco en que surgió esta versión doctrinaria, centrada en la cuestión de la llamada *imputación objetiva*,

es posterior al socialdemócrata y parece más bien corresponder al momento reunificador de Helmut Kohl.

En los últimos años se publicaron varias obras generales, que tienden a elaborar el derecho penal con base preferente en la jurisprudencia y con menos referencias doctrinarias e históricas. A América Latina no llegó esta última variable, porque es poco viable en países que carecen de un cuerpo de jurisprudencia tan sólido como el condicionado por la estructura constitucional alemana.

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

No obstante, puede afirmarse que la característica común a todo el *postfinalismo* consiste en una vuelta al idealismo y, en particular, un rechazo frontal hacia el realismo de las estructuras lógico-reales de Welzel, de las que nadie habla desde hace años.

32. La reacción idealista. En verdad, el *Lehrbuch* de Welzel parece escrito por dos autores, porque su teoría del delito no es coherente con su teoría de la pena, en la que mantiene una posición totalmente idealista.

Sería absurdo reprochar a Welzel que en su tiempo no haya encarado la teoría de la pena

conforme a su realismo, sencillamente porque con eso hubiese puesto en cuestión todo el derecho penal de la época. Sin duda que de esto se percató tanto Welzel y no fue su propósito. Pero también lo observó el penalismo posterior, lo que motivó en Alemania un giro decidido de vuelta al idealismo.

Debemos recordar que en nuestras tierras se registró al respecto un episodio absurdo. La llegada del finalismo causó un escándalo en el neokantismo local, que aulló que *el dolo en el tipo era nazista*. Pero en verdad, no se reparó mucho en el realismo de base, salvo algún doctrinario al que no le pasó por alto y, en voz baja, susurró descalificando a esa teoría como *marxista*, lo que no implicaba en su momento una simple atribución de ideología, que en tiempos democráticos sólo da lugar a una discusión, sino que en plena dictadura de seguridad nacional era físicamente peligroso.

Si bien esa pretendida imputación era aberrante —pues Welzel era un demócrata cristiano de la época de Konrad Adenauer—, no faltó un tratadista rioplatense que lo escribió. Esto demuestra que alguien, también aquí, se percató de los riesgos que implicaba el realismo welzeliano para el idealismo penal, en caso de ser llevado a la teoría de la pena.

33. Derecho penal político alemán. Como vemos, en Alemania ninguna de las teorías del derecho penal fue ajena a la política. Si bien no fueron elaboradas por orden de los políticos, es decir, que no se fabricaron teorías *oficialistas* por encargo de *comités de censura*, lo cierto fue que cada autor respondió a su circunstancia, a las condiciones políticas, socio-económicas y culturales de cada

época en que le tocaba vivir y a la que, en alguna medida, no podía sustraerse, por más que algunas hayan sido ética o políticamente más que censurables en extremo.

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

Los alemanes construyeron su derecho penal según sus momentos históricos, o sea, que su discurso de *asepsia política* importado a nuestra región *se sostuvo en el plano teórico, pero nunca fue una práctica del penalismo alemán*.

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

En segundo lugar, Alemania pasó en menos de un siglo por los regímenes políticos más dispares:

el imperio; la revolución de 1918; la República de Weimar; el nazismo; la derrota, la ocupación y la partición; la reconstrucción con la República Federal y la reunificación. El penalista alemán que pretende que su doctrina guarda alguna continuidad a través de estos dramáticos cambios políticos, no tiene otro recurso que subestimar o poner en segundo plano el vínculo del derecho penal con la política.

Pero el discurso de *asepsia política* se importó a nuestra región sin reparar en lo anterior, es decir, sin caer en la cuenta de que en Alemania sólo era un discurso para autopreservación o para salvar la continuidad teórica del derecho penal, pero nunca lo que se hizo respondió a lo que se pregona discursivamente.

35. La necesidad de la dogmática. Con la brevedad del caso, hemos revisado los materiales importados que nutren la doctrina jurídico-penal regional. A la hora de seguir elaborando nuestro derecho penal, adecuándolo al marco de poder actual, debemos tenerlos en alta estima, pues voces simplistas pueden propugnar un rechazo frontal a la dogmática penal.

La dogmática jurídico-penal permite la elaboración racional del derecho penal. Si bien puede ser manipulada *irracionalmente*, esto es, con incoherencia normativa (contradicción interna), fáctica (negadora de datos de realidad) o política (tributaria de una política irracional), el uso descaminado de la herramienta no debe confundirse con su naturaleza: aplastarse un dedo con un martillo, no prueba en modo alguno la inutilidad del martillo.

36. El romanticismo penal. Hoy el poder punitivo asume el carácter de un ídolo omnipotente (falso Dios), capaz de resolver todos los problemas y eliminar todo lo indeseable, con sólo describirlo en un tipo. Se trata de una idolatría contemporánea que tiene fanáticos e integristas, incluso violentos. Nuestro antepasado cavernícola dibujaba animales de presa en las paredes y creía que con la imagen dominaba el objeto. Hoy se lo describe en los boletines oficiales de los estados.

Es necesario perfeccionar las aduanas ideológicas para constatar el contenido político del material que importamos, pero la verificación de ese contenido y de su uso ocasionalmente perverso, no debe llevarnos a permitir la importación de otro material aún más peligroso y deletéreo: el *romanticismo jurídico-penal*, que es la opción a la dogmática penal, con su pretensión de que *el derecho surge directamente de la intuición de los pueblos*.

La afirmación de que el pueblo crea directamente el derecho es sólo propia de quien pretende legitimar el derecho que impone como el único válido y no discutible. A partir de la incuestionable realidad de que, inevitablemente, la cultura de un pueblo es el marco para la creación del derecho y hasta un elemento del propio estado, se da un salto al vacío al pretender que de ella surge su contenido, en forma intuitiva y espontánea.

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

Con el renacer actual de xenofobias y racismo, no faltarán quienes rechacen por *teóricas* las

construcciones jurídicas, aprovechando que siempre son poco comprensibles para el público en general, para apelar a la *intuición del gaucho*, a la *libertad del llanero*, al *sentimiento del hombre trabajador*, a la *mística de la montaña o de la selva*, o a cualquier otra irracionalidad, siempre que guste y se difunda por los medios monopólicos, comúnmente llamados *la gente*.

El romanticismo jurídico tiene el atractivo de alardear de *nacionalismo* y pretender basarse en lo *popular*, pero no entendido como una comunidad en busca de incorporación y respecto a su dignidad de personas en el marco de una cultura, sino a un *pueblo* entendido como un organismo con vida propia, del que todos somos células o partes, sin importar si para eso adoptan una vía idealista, intuicionista, biológico-racista, espiritualista u otra cualquiera, porque lo cierto es que todas se han ensayado para fundar este concepto *orgánico*.

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

El romanticismo penal, lejos de ser *nacionalista* y *popular*, también es un material importado y, por cierto, que de la más pésima calidad. Frente a este peligro –nunca del todo ausente– *debemos reafirmar el valor del método dogmático y extremar el cuidado en su aplicación con máxima coherencia normativa, fáctica y política*.

37. La verificación de Marx. Existe una discusión bastante extendida y llena de equívocos, fundada en la afirmación de Karl Marx que caracterizó al derecho como *el instrumento de las clases dominantes*. De lo que se entienda por esta afirmación dependerá la posibilidad de elaborar en el plano de la realidad un derecho penal preventivo del genocidio, o si, por el contrario, esto es una ilusión, porque el derecho no es por esencia más que lo que Marx constataba. En este último caso, sólo quedaría el camino de la política pura y tal vez de la violencia.

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

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

A lo largo de la historia se cometieron crímenes, genocidios y matanzas horribles, en particular en los territorios colonizados y sobre sus poblaciones, hasta que en el curso de la Segunda Guerra sucedió lo inevitable: los crímenes atroces

se cometieron en el propio territorio colonizador. Se sintetizaron perversamente las peores técnicas de los anteriores crímenes colonizadores. De este modo, se aniquiló masivamente la vida de millones de víctimas que presentaban igual carencia de melanina que los colonizadores.

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

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

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

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

39. Nuestra contradicción importadora. Si bien fue en general positivo que antes de la última posguerra, América Latina haya importado toda su doctrina civil, administrativa, mercantil y laboral de Italia, Francia y España, y la penal de Alemania, cabe destacar que con eso introdujo una contradicción institucional.

Estos países europeos no eran estados *constitucionales de derecho* (sino solamente *legales*), pues no conocían el control de constitucionalidad, que apenas se difundió en Europa a mediados del siglo pasado, puesto que los ensayos europeos de justicia constitucional de entreguerras fracasaron. El más notorio había sido la *Oktoberverfassung* de Austria de 1921, debida a Kelsen, que inauguró el control centralizado, pero desapareció con el manotazo austrofascista de Dolfuss en 1933. El *Reichsgericht* alemán se lo había atribuido con el insólito argumento de que la Constitución de Weimar no se lo prohibía, pero con el avieso propósito de anular las leyes laborales de los socialdemócratas.

Esta importación no tomó en cuenta que los estados de nuestra región, al menos formalmente, fueron desde siempre *estados constitucionales de derecho* que reconocían el control de constitucionalidad, debido a la común inspiración de sus textos máximos en la Constitución norteamericana, porque era el único modelo republicano disponible en el siglo XIX. En consecuencia, dejó como secuela una sacralización de la ley infraconstitucional, en perjuicio de las normas de la ley máxima, y que como vicio del pensamiento se suele observar en la jurisprudencia, pero al que tampoco escapa del todo la doctrina.

40. **El derecho penal humano.** La superación de ese vicio originado en la importación primera se le impone al *derecho penal humano* que debe –precisamente– profundizar al máximo la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales, impulsando a nuestros estados de derecho en el sentido que Peter Häberle llama ahora *estado de derecho fundamental* (*Grundrechtsstaat*), promotor de su realización óptima (*optimale Grundrechtsverwirklichung*).

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

Es urgente desarraigar el temor reverencial a la *ley* que está por debajo de la Constitución y del derecho internacional, para invertir racionalmente los términos: la ley intocable debe ser invariablemente la suprema (nacional e internacional).

Sólo la *constitucionalización e internacionalización* del derecho penal bajo la premisa básica de que *todo ser humano es persona*, permitirá un *derecho penal humano* que, ante todo, privilegie la vida frente a la amenaza de su destrucción masiva.

41. **La leyenda y la realidad.** No es este el único vicio de pensamiento que debemos apartar de nuestro camino hacia la elaboración del *derecho penal humano*. Quizá el hábito penal pensante más

enraizado sea el que señalamos al principio, cuando marcamos la neta distinción entre el *poder punitivo* y el *poder jurídico*.

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

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

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

42. **Tobías Barreto y Anton Bauer.** Es necesario cicatrizar la lesión a este narcisismo –que nunca es bueno– y convencerse de que carece de todo sentido comenzar la teorización penal preguntando cuál debe ser la función de la pena que, como dijo claramente en el siglo XIX el brasileño Tobías Barreto, al igual que la guerra, siempre consiste en un *hecho político*.

Por cierto que esto no significa –ni mucho menos– que la pena no sirva para nada, sino todo lo contrario. Como todo *factum político*, es extremadamente *polifuncional*, sirviendo para objetivos o siendo funcional en sentidos que incluso no conocemos y ni siquiera sospechamos, no obstante lo cual, se insiste en reducirla a *funciones* que la legitiman, en el puro campo del *deber ser*, pero que sólo excepcionalmente coinciden con la realidad y, cuando esto sucede, esta coincidencia accidental tampoco anula las otras funciones que cumple conforme a su compleja naturaleza de *hecho político*.

Es tan curiosa esta primera tarea que se impone la tradición doctrinaria, que a veces imaginamos que el autor de la bisecular clasificación repetida hasta hoy de las llamadas *teorías de la pena* –Anton Bauer– llega desde Göttingen a una reunión de los penalistas de los últimos dos siglos, con una bandeja de bocadillos y cada uno elige el que más gusta: prevención general o especial, positivas o negativas, retribución, expiación, etc. Cada penalista se sirve un *deber ser* de la pena para alimentar todo el tratado de derecho penal que escribe y destina a que los jueces autoricen penas, y los jueces lo hacen, muchas veces siguiendo los textos de los penalistas,

pero con penas que *son* y se cumplen como *son*, pero que jamás son como *debían ser* según el bocadillo elegido por el penalista escritor.

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

Para verificar esta disparidad basta echar un vistazo a los habitantes de las cárceles, donde, aparte de una minoría compuesta por algunos psicópatas y neuróticos graves, hay una enorme mayoría de personas de los estratos sociales inferiores, casi todos ladrones o repartidores de tóxicos (pequeños *dialers*) en las clases medias, algún aislado poderoso que perdió cobertura en conflicto con otro poderoso, es decir, una mayoría de este-reotipados jóvenes, todos mezclados, en su mayor parte presos preventivos, en condiciones que imponen visitas íntimas vergonzantes, carencias sanitarias y alimentarias, hacinamiento, suciedad, falta de espacio, de luz, de cubaje de aire, cobro de privilegios, castigos físicos, humillaciones, requisas de ano, destrucción de pertenencias, aislamientos prolongados en celdas reducidas, violencia intracarcelaria con peligro de muerte y, en muchos

casos, cárceles convertidas en *ghettos*, otras más semejantes a campos de concentración, todo lo cual no corresponde ni lejanamente a ninguno de los bocadillos de Bauer.

44. La selectividad. Las cárceles que en su mayoría alojan a pobres que cometen delitos groseros, desmienten la igualdad que presupone el famoso contrato del *derecho penal idealista*. No hay en ellas autores de crímenes económico-políticos (así los llama Wolfgang Naucke) que causan la ruina de naciones y sumen a poblaciones enteras en la pobreza y la miseria, ni altos responsables de violencia institucional que cuesta miles de vidas, ni tampoco de ese mundo financiero que mezcla lo lícito con el delito y recicla dinero.

Cuando alguno de ellos aparece en una prisión, obsérvese que es porque perdió en competencia despiadada con otro, porque dejó de servir a los intereses que lo usaron o porque defraudó la confianza mafiosa en él depositada.

Es indiscutible que la selectividad también es producto de una contención del poder punitivo, pero conforme a un derecho penal *inhumano*, que lo reparte en relación inversa al poder real de las personas: a mayor poder social menor punición y viceversa.

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

sino que dependerá siempre de la dirección en que seleccione.

La composición de la población carcelaria es el resultado increíblemente *selectivo* del poder punitivo filtrado por el *derecho penal idealista*, con sus bocadillos de Bauer. Su discurso cae al más ligero roce de la estructura lógico-real referida a la pena y sus cultores se aterran ante esta perspectiva. Ante ella y la verificación de que el *filtro penal* no funciona en el sentido de los Derechos Humanos, suelen formularse imputaciones ideológicas pretendidamente descalificantes, pero cuidado con esas imputaciones ideológicas, ante todo porque el *derecho penal humano* no puede pretender llenar las cárceles de ricos ni vaciarla de criminales psicópatas y, además, porque no empleamos un instrumento teórico anarquista, marxista o *foucaultiano*, sino uno creado por un demócrata cristiano conservador con buen sentido común.

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

En este caso, el dato óntico, biológico, es el *ser humano*. Se podrá discutir la precisión de su comienzo y de su fin, pero en medio hay sin duda un *animal humano* que, como tal, es *político*.

Por ende, el concepto de *persona* tiene base óntica y no puede burlarse la premisa básica de los Derechos Humanos sosteniendo que es una

construcción jurídica, para permitir atribuir o negar esa condición a gusto del poder.

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

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

Cabe observar que las religiones, desde el punto de vista sociológico, representan una síntesis cultural. El actual y creciente diálogo interreligioso es, en verdad, un diálogo intercultural, del que participan teólogos y pensadores que, en lugar de profundizar diferencias, procuran precisamente

buscar las coincidencias en torno a lo que podría llamarse una antropología común. Se trata de un paso importante en el actual momento planetario, en que todos perciben que este marco de poder *no da para más*, como bien dice la *Laudato si*.

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

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

Pero aquí se debe advertir que tampoco un derecho penal de contención es algo por completo novedoso. Vimos que von Liszt concebía al derecho penal como el límite a la *lucha* estatal contra el delito, pero casi tres siglos antes, tal como se señaló, Friedrich Spee, en 1631, reclamaba *cautela*, prudencia, contención frente a los fenómenos

de selectividad, crueldad, genocidio de mujeres, corrupción, oportunismo político, fabricación de enemigos, doctrinas falsas, funcionarios venales y engaño al público. Esta era, sin duda, hace cuatro siglos, una criminología crítica que, desde un punto de vista cristiano planteaba la abierta confrontación del *derecho penal humano* con el *inhumano*.

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

Es tarea del derecho en general –y del derecho penal en la parte que le incumbe– *impulsar el ser hacia el deber ser*, lo que nunca se le presentará como un camino llano ni fácil, sino como una confrontación permanente entre el *derecho penal humano* y el *inhumano*. Por eso el derecho penal no es, nunca ha sido ni podrá ser jamás, políticamente neutro, sino clara y decididamente *partisano*.

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

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

Al estado que pretende una sociedad incluyente, se opone el *pigmeo mental interno* jugado por un modelo de sociedad excluyente; frente al poder político que procura mayor igualdad, pulsiona un *pigmeo mental elitista* interno que pretende una oligarquía; al modelo que desmonta la invención de *enemigos satanizados*, se le contraponen un *pigmeo mental discriminador* que los inventa; al que quiere repartir más máscaras de *persona*, lo resiste el privilegiado que las quiere retener sólo para su grupo de *pigmeos mentales*; al que busca prevenir un genocidio, lo quiere neutralizar el *pigmeo psicópata asesino* que quiere practicarlo. Y, finalmente, al modelo de *derecho penal humano* que quiere contener al poder punitivo, se le opone el del *derecho penal inhumano*, que busca expandirlo al infinito.

Nadie puede ser realmente *aséptico* y *políticamente neutral* en estas confrontaciones, porque entre las pulsiones que chocan no queda espacio para la neutralidad. Quien dice serlo y realmente lo cree, es porque está atrapado en una racionalización que, en definitiva, no es más que un grave mecanismo de huida seriamente neurótico (incluso

con algunas alteraciones de la sensopercepción), que le dificulta el acceso a la realidad.

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

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

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

Sólo una disciplina insegura de su objetivo puede temer a la absorción sociológica y, por cierto, al derecho penal idealista le asisten razones

para sentirse inseguro, entre otras cosas, porque se basa en la legitimación de un poder punitivo que ilusiona, empezando por alucinar la falsa creencia en la omnipotencia de su propio poder jurídico, que fácilmente confunden con el poder punitivo.

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

51. La negación *inhumana* de la humanidad.

Para confrontar con un *derecho penal inhumano* es necesario –ante todo– desnudar su *inhumanidad*, es decir, explicarnos cómo se las arregló para ocultarla con éxito durante tanto tiempo, es decir, por siglos.

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

Así, es muy importante el análisis de los discursos del peligrismo de los textos inquisitoriales, del racismo colonialista del positivismo y del derecho penal nazista, no porque no haya habido otras masacres y genocidios en la historia, sino porque

han sido los más finamente elaborados y teorizados con las más insólitas perversiones racionalizantes, que le dieron increíble eficacia letal.

En cuanto al procedimiento empleado en general, resulta tan simple como perverso y, quizá, ese simplismo justifique la afirmación freudiana de una civilización neurótica: *se vació de contenido antropológico* o, por decirlo de otra manera, creó subjetividades falsas, porque negando al *humano* en el *otro*, también lo niega en sí mismo.

52. La fabricación del enemigo. El *derecho penal inhumano* opera mediante la constante fabricación de *otros enemigos*. El escándalo causado por el breve y mentado artículo del profesor de Bonn – Günther Jakobs– hace unos años, no tiene sentido, porque el derecho penal siempre ha sido *derecho penal del enemigo*. El pecado de Jakobs quizá sea sólo la ingenuidad que lo llevó a decirlo expresamente y a llamarlo por su nombre, corriendo el velo que escondía algo celosamente oculto en los últimos siglos.

Pero no se debe confundir destapar una olla que estaba herméticamente cerrada bajo presión –y que contiene un oscuro menjunje de prejuicios y odios en proceso de cocción milenaria–, con la elaboración del contenido. Es del todo injusto injuriar a Jakobs como el autor del *derecho penal del enemigo*. Más aún: quiso llamarlo por su nombre para limitarlo y, en realidad, no hizo más que detonar un botón que estaba prohibido.

El proceso milenario de fabricación del enemigo no empieza ni mucho menos con el intento de buena fe llevado a cabo por Jaokobs y ni siquiera

con la perversa racionalización de Carl Schmitt. En efecto: a lo largo de siglos se creó al *otro enemigo*, porque el *yo* es débil y necesita definirse por exclusión: *no soy ese otro* (judío, inmigrante, negro, obeso, discapacitado, enfermo mental, *gay*, desocupado, villero o lo que sea). *No sé quién soy, sólo sé que no soy el otro*. En lo individual esto es gravemente neurótico; en lo colectivo, dejamos abierta la pregunta, porque nos supera.

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

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

No es menester remontarse hasta las inquisiciones para verificar en el derecho penal la invención y existencia del *otro enemigo*. Basta retroceder un siglo, hasta el derecho penal del racismo del positivismo *peligrosista*, que inventó los más increíbles estereotipos neocoloniales de múltiples *otros peligrosos*, en base a las patrañas *spencerianas* en que

coincidían las oligarquías y la alianza de médicos y policías. No es casual que se hayan señalado analogías entre los colonizados y sus *delincuentes natos* y similares, puesto que ambos eran considerados *inferiores biológicos peligrosos*.

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

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

Sólo este *enmascaramiento* explica que el vecino pacífico de ayer se convierta de pronto en el *enemigo* a suprimir en un genocidio: debe ocultar el rostro del *ser humano vecino* bajo la máscara del *enemigo* para dejar de verlo como persona, en

función de la necesidad de definir su *yo* por diferencia. Cuanto más débil sea el *yo* del *enemizante*, cuantas más dudas e inseguridades lo angustien acerca de su propia subjetividad y más endeble sea ésta, más necesidad tendrá de ocultar el rostro ajeno con la máscara del *enemigo*.

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

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

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

Las atrocidades de las bandas y el consiguiente miedo de las clases medias permiten que sus medios monopólicos reclamen un reforzamiento del *poder punitivo* y un *derecho penal inhumano* que lo legitime. Se pretende que el estado se reconstruya mediante el ejercicio de un *poder punitivo descontrolado*.

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

Esta espiral de violenta neutralización de los estados explica la actual facilidad con que la *enemización* se extiende por nuestra región. Es gravísimo

que el derecho penal latinoamericano se desconcierte frente a ella y teorice la legitimación de la escalada de *poder punitivo* destructor de nuestros estados.

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

No es posible dejar de advertir que el *derecho penal inhumano* no es sólo obra de malvados y traidores (que los hay, pero son escasos), sino que, en este caso como en muchos otros a lo largo de una historia milenaria, es resultado de un condicionamiento de la subjetividad del penalista. El poder no sólo trata de crear el saber, sino también –como diría Foucault– de fabricar al propio sujeto cognoscente, aunque gracias a Dios, no en todos los casos alcanza este objetivo.

55. ¿También en el derecho penal *liberal*? Por último, quiero ocuparme de algo que desconcierta en la historia de nuestra disciplina, porque parece hacer excepción: se trata del *derecho penal liberal*.

Esto requiere una precisión, porque debe evitarse la confusión entre el viejo *derecho penal liberal* y el *derecho penal humano* que requiere el marco de poder del siglo XXI y, al mismo tiempo no debe presentarse al último como una negación del primero, sino como su superación conforme a

los requerimientos de la hora que, por cierto, son por completo diferentes a los del siglo XVIII.

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

No pasa ni lejanamente por nuestra mente negar los importantísimos aportes del *derecho penal liberal* a la tarea de contención y control del poder punitivo, al menos en el plano teórico, discursivo y filosófico. Está fuera de toda duda su importancia fundamental para el pensamiento penal y, nos guste o no, lo cierto es que aún hoy pensamos impulsados por los aportes de los iluministas y liberales de hace dos siglos. Más aún: su lectura siempre es refrescante y es sintomático el silencio a que suele relegarlos cada día más el *derecho penal inhumano* y el tecnicismo jurídico-penal pretendidamente aséptico. Los *clásicos* casi no se leen en nuestras universidades y, con demasiada frecuencia, se replantean las cuestiones que ellos han tratado como novedades.

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

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

Pero siguiendo a Descartes, glorificó esa *razón* y la limitó como atributo exclusivo del *ser humano*, separándolo radicalmente de la *naturaleza*, a la que relegó todo lo *irracional*. Recordemos que consideraba al perro de la reina de Suecia como un aparato mecánico, lo que no parecía convencer a Cristina, que al parecer conservaba sentido común. Pero con eso permitió que la naturaleza se convirtiese en un *objeto de apoderamiento* mediante un *saber explotador, progresivo y acumulativo*, conforme a la vieja fórmula de Bacon: *saber para poder* (para poder vencer y explotar a la naturaleza irracional).

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

Para obtener minerales, Europa, valida de su superioridad en armas y anticuerpos, ya había extinguido a una buena parte de los indios y sometido a servidumbre a los sobrevivientes y a sus descendientes. Hacía tiempo que también traficaba algunos millones de esclavos africanos para cultivos intensivos. El colonialismo y la esclavitud la proveyeron de medios de pago y de materias primas, provocando el subdesarrollo de más de medio planeta, los que en el mundo colonizador provocó la emergencia de

una burguesía industrial y su ulterior lucha por la hegemonía dentro de sus sociedades.

El colonialismo y la esclavitud fueron parte indispensable del desarrollo económico industrial europeo de esos siglos, o sea, la contracara necesaria para el surgimiento de la burguesía europea, que para lograr la hegemonía reclamaba la contención del poder punitivo, hasta ese momento ejercido por la nobleza.

La burguesía europea luchó para obtener la hegemonía en Europa, exigiendo para sí la condición de personas, pero no para los colonizados ni para las clases subalternas del propio mundo colonizador, de cuya explotación dependía el logro y posterior mantenimiento de su hegemonía. Los *salvajes* colonizados y las clases subalternas metropolitanas fueron excluidos de la *humanidad*, formando un *otro* de *negros e indios* potencialmente peligrosos o temibles, muy parecidos a sus propios excluidos centrales, que se concentraban como amenaza en las mismas ciudades en que se acumulaba la riqueza.

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

57. La máscara que nos puso el liberalismo.

El Iluminismo y el liberalismo europeos *enemizaron como peligrosos potenciales* y repartieron máscaras de *no persona* a todos los grupos sometidos y discriminados del planeta. Marx arrancó las máscaras de *no personas* de los rostros de los *enemizados* metropolitanos, pero no las de los colonizados. En nuestra región conservaron sus máscaras de

no persona tanto los originarios de nuestra región como los africanos que trajeron compulsivamente y todos los desplazados del planeta que vinieron posteriormente a dar a ella, y que hasta hoy interactúan entre sí y sincretizan sus cosmovisiones en forma original y única en el planeta.

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

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

58. La crisis socio-ambiental. Aún hoy sufrimos las consecuencias del *antropocentrismo* europeo que relegó a los colonizados al mundo de la *irracionalidad* junto a toda la naturaleza. En este siglo XXI, al enfrentar la realidad de que hablamos al comienzo, que importa el riesgo de un genocidio de proporciones inconmensurables, no se ha logrado aún poner de cabeza a Descartes y ni siquiera a Hegel con su la leyenda del *Geist* colonizador.

Cuesta mucho abandonar un *antropocentrismo* que separa al ser humano de la naturaleza, convertida también en un *otro peligroso, enemigo y explotable*, lo que obstaculiza la vinculación inextricable entre la indigencia de dos tercios de la humanidad y la destrucción del medio ambiente. Con razón se ha dicho que *no hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental* (*Laudato si*, n° 139).

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

El *salvaje*, o sea, el *otro enemigo* del derecho penal liberal, dejó su huella en la teorización posterior del derecho penal, lo que es muy grave en nuestra posición regional, donde las elites retoman los prejuicios racistas derivados de esa marca, aspecto en que resulta ineludible señalar claramente su diferencia con el *derecho penal humano* en todo el mundo colonizado.

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

El objetivo clasista de ese derecho penal no le permitía reclamar una igualdad *real*, no sólo para

los colonizados, sino ni siquiera para la mayoría de los habitantes de su propio territorio metropolitano, para lo cual debía evitar cualquier teoría del conocimiento realista que abriese paso al menor dato de la realidad social.

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

Media en todo esto una diferencia fundamental entre el viejo penalismo liberal del siglo XVIII y el *derecho penal humano* que requiere en siglo XXI: el primero no podía permitir que los datos de realidad le desbaratasen su legitimidad y por esa razón no tuvo más remedio que abrazarse al idealismo; el segundo —en sentido diametralmente opuesto—, debe incorporar los datos de la realidad social y, por ende, le es inevitable partir de una teoría del conocimiento realista.

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

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

Aquí hallamos otra diferencia marcada con el *derecho penal humano* que necesitamos en nuestro siglo y que, a diferencia del *deductivismo* liberal, requiere imperiosamente nutrirse con datos sociales, por lo que le es indispensable un componente decididamente *inductivo*.

61. Legitimar poder punitivo para deslegitimarlo. Las corrientes del derecho penal liberal han sido varias, puesto que se lo construyó partiendo de muy diferentes presupuestos filosóficos, y sólo la soberbia positivista pretendió meterlos a todos en la bolsa de la pretendida *escuela clásica*. Pero si hay una característica común a todos ellos en cuanto a su proceder, es que en todas sus variantes, el derecho penal liberal siempre legitima una parte del poder punitivo para deslegitimar al resto.

Cada autor, cualquiera sea el bocadillo de Sauer elegido para legitimar el poder punitivo que admite, parece decir *hasta aquí se puede, más allá no*.

El penalismo liberal luchaba por pasar del poder punitivo arbitrario de la nobleza a otro más previsible al servicio de la burguesía y, por ende, legitimaba sólo la parte que cada autor creía adecuada a

la hegemonía de la clase en ascenso, cuidando de no llegar a la impunidad de las *clases peligrosas*, como se empezaba a llamar a los marginales de la concentración urbana, en parte también señalados como *lumpen* por los revolucionarios metropolitanos.

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

De esta limitación, debida a su condición clasi-
sista, deriva el *deductivismo* y el *idealismo* del derecho penal liberal, que lleva a los jueces a imponer penas *reales* en un *estado real*, pero legitimadas según deducciones de un *estado racional imaginario* y, además, como el *imaginario estado racional* es *inmóvil* (como todo lo ideal), lleva a un derecho penal estático en el sentido de una legitimación supuestamente parcial del poder punitivo, pero que parece fijada de una vez para siempre.

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

Imaginar un posible modelo de *estado de llegada* puede ser una tarea interesante para otros

finés, pero innecesaria y, de no tomársela con el debido cuidado, incluso perturbadora para la elaboración del *derecho penal humano*, porque siempre tiende a proveer soluciones deductivistas.

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

Resulta claro que la base *inductiva y realista* del *derecho penal humano* le es impuesta por la naturaleza misma de la tarea de impulsar la realidad hacia un *deber ser* que aún no *es* (y nadie sabe si podrá llegar a *ser* plenamente), tarea de naturaleza por completo diferente de la *deducción* desde un imaginario modelo de realización completa, propia del derecho penal liberal. Por lo tanto, el *derecho penal humano* jamás dispondrá de un modelo ideal y estático del que deducir límites fijos o poco mutables para un poder punitivo supuestamente legítimo, al modo del derecho penal liberal.

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

sentido, la empresa del *derecho penal humano* es un *unfinished*.

Este *unfinished* puede dar la impresión de que se trata de una respuesta débil, que no ofrece un límite cierto y seguro, pero no es así, porque los límites de esa naturaleza se dedujeron siempre de modelos imaginarios, no realizados socialmente, por lo que las respuestas aparentemente fuertes, no fueron más que deducciones razonadas pero también imaginarias, que operaron en un mundo real por completo diferente. Lo único cierto en el campo jurídico y en el mundo real es la *lucha*, y no los modelos imaginarios no realizados, por muy racionales que parezcan. Por ende, la única respuesta fuerte y certera es la que parte del reconocimiento de la obvia e inevitable *confrontación de pulsiones*.

63. Avanzar más allá del derecho penal liberal.

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

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

En general –aquí como en otros campos– la pretensión de cortes bruscos y superaciones *creativas*, suelen ser expresiones de soberbia que es bueno dejar de lado. Por el contrario: al menos en esta

materia, no creemos posible avanzar más que con crítica y continuidad.

Si bien el derecho penal liberal fue pensado en favor de una clase en ascenso enfrentada a otra hegemónica, es innegable que esa empresa sacó a la luz también perfiles de la *persona*, aunque la limitación de su objetivo le generase contradicciones y le impidiese avanzar más en su labor esclarecedora. De cualquier manera, es indiscutible que el derecho penal liberal respondió a un *impulso liberador*, sólo que limitado por las contradicciones de su circunstancia sociopolítica.

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

El *derecho penal humano* no debe negar al derecho penal liberal sino, por el contrario, debe realimentar y reforzar su impulso liberador, desenredándolo de sus contradicciones. Si el viejo liberalismo penal puso máscaras de *no persona* a los indios, negros colonizados y a los *Lumpenen* de sus propias sociedades, para reafirmar su *yo* debilitado como *no indios ni negros ni Lumpenen*, el *derecho penal humano* debe luchar por poner máscaras de *personas* a todos, reafirmando su propio *yo* como humano y planetario.

No se trata de una ruptura con el iluminismo y el liberalismo penales, sino precisamente, del

apartamiento de sus limitaciones, para permitir el pleno desarrollo de su pulsión liberadora y la emergencia de un *yo* fuerte y auténtico, no definido por ninguna exclusión, sino por una afirmación de humanidad.

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

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

A diferencia del derecho penal liberal de la burguesía europea, el *derecho penal humano* debe *des-enemizar*, o sea, arrancar las máscaras de *enemigo* construidas con odio y debilidad subjetiva, y en su lugar, repartir máscaras de *persona*, construidas con solidaridad, como única manera de hacer factible que cada quien pueda *colocarse en la perspectiva del otro*, es decir, *construir empatía*.

64. La coherencia política cierra la coherencia total. La elaboración del *derecho penal humano* –como *unfinished*– será una tarea siempre pendiente pero inevitable, porque el marco de poder mundial nos determinará, mejor temprano que tarde, a impulsarla. Debe ser *racional en su contención de lo irracional*, para lo cual no puede apartarse

del método dogmático, configurándose como sistema de interpretación.

Su *racionalidad* dependerá siempre del grado de *coherencia* que alcance, que sólo se completa respetando las tres facetas a que antes hemos hecho referencia: *la normativa, la fáctica y la política*.

La *coherencia normativa* es sólo una de ellas, como requisito básico de *racionalidad constructiva*, pero nunca como un fin en sí mismo, que llevaría al vaciamiento antropológico y a la elevación de la lógica a ontología, propia de los intentos pretendidamente *asépticos o tecnocráticos*, de *multiuso* político. En definitiva, esos intentos son falsos, porque en realidad son de imposible construcción, dado que el ser humano jamás puede escapar de su condición política sin dejar de ser *humano*, es decir, sin perder su condición de *animal político*.

La *coherencia fáctica* es la que, con datos de la realidad social, muestra el cuadro de situación y la posible eficacia de los medios de impulsión del estándar de realización de la premisa básica, conforme a las circunstancias concretas.

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

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

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

65. ¿Derecho penal para ricos o para pobres?

Nuestras sociedades son altamente estratificadas: los altos coeficientes de Gini lo verifican. Sería un grave error pretender que el *derecho penal humano* ponga luz verde para el poder punitivo de los más favorecidos, tanto como que considere más graves las victimizaciones de los más desfavorecidos, por el mero hecho de serlo. Dicho de manera más grosera y burda: no se trata de penar más a los ricos o a quienes lesionan más a un pobre que a un rico.

Esto sería un inaceptable simplismo que, nuevamente, caería tanto en el error de *idolatría de omnipotencia del poder punitivo* (pretendiendo que el derecho penal cambie el mundo real de la sociedad estratificada), como en una nueva forma de enmascaramiento de *no personas* de las capas superiores. Creemos realmente que estos son los errores de toda pretensión de generar un *derecho penal del proletariado*.

No será jamás el poder punitivo el que reduzca los coeficientes de Gini ni el que provoque mayor equidad

en la distribución de la riqueza, al tiempo que tampoco se debe enmascarar a nadie como no persona, sino desenmascarar a los enemizados.

La estratificación social sólo la puede reducir la dinámica social y política de nuestras sociedades. A un *derecho penal humano* sólo le incumbe: (a) preservar los espacios de libertad que permitan el desarrollo de la dinámica social y política de nuestras sociedades, tema del que nos ocuparemos seguidamente. (b) Por lo demás, sólo podrá librar de obstáculos al poder punitivo que se dirija a los corruptos y autores de delitos político-económicos, y (c) contener todo el poder punitivo que responda a ensañamiento clasista, racista o de cualquier otro modo discriminador de cualquier grupo o clase social.

Fuera de esto, un *derecho penal humano* no puede hacer nada diferente. Si pretendiese convertirse en un *derecho penal de clase pobre contra clase rica*, entraría en contradicción consigo mismo, pues volvería a enmascarar y *enemizar*, cuando su propósito ves justamente desenmascarar y *desenemizar*.

Esto no significa que no cuantifique la lesión producida por un injusto penal teniendo en cuenta la condición concreta de la víctima, o sea, la intensidad lesiva del ilícito, conforme a las particularidades del sujeto pasivo.

Cuando en el plano normativo se identifica a los tipos penales como delitos *contra el patrimonio, contra la libertad, la integridad física, etc.*, en definitiva se trata de una clasificación ordenante necesaria para tabularlos de alguna manera racional. Pero en el mundo real, casi siempre los injustos penales afectan varios bienes jurídicos, a veces sin significación (el homicidio afecta también el

potencial demográfico estatal, lo que obviamente no se releva), pero en otras ocasiones es de considerable importancia (un secuestro o una violación produce una alteración en la salud de la víctima). En ocasiones los propios tipos penales relevan esta pluriofensividad como calificante de agravación, pero aunque no lo hagan, igualmente en la realidad social casi todos los injustos concretos son pluriofensivos.

Esta *pluriofensividad natural* no le puede pasar por alto al derecho penal cuanto se trata de medir la gravedad de la ofensa producida por el delito y, en muchos casos, la pertenencia de la víctima a una clase o estrato desfavorecido da lugar a que la lesión sea más dañosa: hurtar diez vacas siempre será un delito, y sustraerlas de un rodeo de miles de cabezas provoca una lesión al patrimonio, sin duda, pero si se le hurtan las diez vacas lecheras a quien sólo dispone de esos animales para producir leche, venderla y mantener a su familia, sin duda que produce un daño mayor, que trasciende la persona de la víctima, con consecuencias sociales más graves que el simple valor pecuniario.

Pero tomar en cuenta la *pluriofensividad natural* no es una cuestión clasista, sino una regla general: bien puede alguien de un estrato social alto ser víctima del hurto de una computadora, pero si ese hecho le hace perder un trabajo de meses, la lesión producida será mucho mayor que si se le hurta una computadora vacía o con información sin mayor importancia para el propietario. Del mismo modo, si se hurta una billetera con dinero y documentos, la lesión será mayor, en razón de los trastornos que causa la pérdida de éstos, sin que importe la condición social de la víctima.

66. Derecho penal humano y desarrollo social.

Hemos señalado que una de las funciones del *derecho penal humano* es la preservación de los espacios de libertad que permitan el desarrollo de la dinámica política, social y económica de nuestras sociedades. Para terminar, veamos un momento las razones de esta afirmación.

Si nuestra posición geopolítica regional debe tratar de neutralizar el debilitamiento de nuestros estados, se imponen políticas de fortalecimientos de los estados, pero un *estado fuerte* no significa que sea *autoritario*. La debilidad y el autoritarismo nos son incompatibles, sino, por el contrario, suelen muchas veces marchar juntos.

El estado es fuerte cuando controla su territorio (soberano) y cuando resiste el colonialismo (independencia), y ambas condiciones son elementales para reducir la injusticia en la distribución de la riqueza. Su antónimo, configurador de una sociedad colonizada no puede ser justa, porque es explotada al servicio de otro poder extraño a ella.

Pero un estado que promueva esta sociedad incluyente no puede ser autoritario, porque ese modelo de sociedad no se impone de una vez para siempre, sino que requiere un proceso continuo y progresivo de inclusión, que sólo puede llevarse a cabo respetando espacios de libertad, o sea, de reclamos sociales de sus ciudadanos.

Por eso, si bien es elemental que el *derecho penal humano* privilegie la contención del poder punitivo que lesione *directamente* la vida humana, es decir, que pueda degenerar en masacres y genocidios, lo cierto es que con eso no basta, porque la vida y la persona se afectan también –y con mayor amplitud– con la

lesión al derecho al desarrollo humano, producto de la posición colonizada de nuestra región.

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

El subdesarrollo condicionado por el colonialismo en todas sus etapas provocó innumerables víctimas letales y las sigue causando. No sólo los altísimos índices de muerte violenta cuentan, sino también las causadas por carencias sanitarias, por discriminación en la atención de la salud, por inseguridad laboral, por desnutrición, por suicidios, por inseguridad del transporte y del tránsito, etc., en forma tal que basta sumar el saldo letal anual de la violación al derecho humano al desarrollo, para verificar que configura en nuestra región un *genocidio por goteo*.

Es obvio que la superación del subdesarrollo, de la marcada estratificación social o de los altos coeficientes de Gini y otros semejantes, tal como lo señalamos antes, no son objetivos que estén al alcance del poder jurídico de contención que proyecta el derecho penal, pues son de incumbencia de la política general y de la dinámica propia de los pueblos, que tienen lugar a lo largo de un *proceso incluyente* que, con frecuencia, sufre demoras y retrocesos.

Dado que el poder punitivo suele ser usado regresivamente contra quienes dinamizan a la sociedad –considerados disidentes– la contención

de su ejercicio forma parte de la función contrasectiva del *derecho penal humano*, en la medida en que se pretenda usarlo para cerrar los espacios de protesta, de manifestación y de expresión pública, de difusión de ideas y crítica social y política, o sea, en que se trate de manipularlo para desbaratar los esfuerzos solidarios o perseguir a quienes los impulsan, a los que con frecuencia se les quiere adosar la máscara de *enemigos*.

Dado el número enorme de víctimas del *genocidio por goteo* que tiene su causa en la violación al derecho humano al desarrollo, la preservación de los espacios de dinámica social frente a toda tentativa de obstaculización por parte del poder punitivo, es también una clara tutela de la vida humana y del avance del reparto de máscaras de persona (y el consiguiente retiro de las de *enemigo*) entre los habitantes de las sociedades que ocupan nuestra posición en el marco del poder mundial¹⁸.

18. Este trabajo resume ideas expuestas con anterioridad, por lo que prescindimos de notas y referencias bibliográficas. Las mismas pueden hallarse en exposiciones anteriores: *En busca de las penas perdidas* (EDIAR, Bs. As., 1989); *Derecho Penal* (con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar) (EDIAR, 2000); *El enemigo en el Derecho Penal* (Dykisson, Madrid, 2007); *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo* (Bs. As., Hammurabi, 2007); *Crímenes de masa y La Pachamama y el humano* (ilustrado por Rep) (ambos, Madres de Plaza de Mayo, 2010 y 2011); *La palabra de los muertos* (EDIAR, 2011); *Política y dogmática jurídico penal* (en José Cafferata Nores / E.R.Zaffaroni, "Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal", *Advocatus*, Córdoba, 2002); *El derecho penal y la criminalización de la protesta social* (en "Jurisp. Arg.", 13-XI-2002); *¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?* (en Jakobs-Schünemann-Moreno-Zaffaroni, "Ontologismo y normativismo", México, 2003); *Culpabilidad por la vulnerabilidad* (Lectio Doctoralis, Macerata, en "Nueva Doctrina Penal", Bs. As., 2003); *El derecho penal liberal y sus enemigos* (Lectio Doctoralis Universidad de Castilla-La Mancha, 2004); *Observaciones*

sobre la delincuencia por odio en el Código Penal Argentino (en “Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat”, Madrid, 2008); *El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento* (en “Libro homenaje Juan Carlos Gardella”, Universidad Nacional de Rosario, 2010); *Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones* (en “Libro homenaje al Profesor José Hurtado Pozo”, Lima, 2012); *La legalidad penal liberal y autoritaria* (en “Estudos em homenagem a Juarez Tavares”, Marcial Pons, Sao Paulo, 2012); *La dogmática como racionalización peligrosa* (en “Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur”, Ibáñez, Bogotá, 2013); *¿Derecho penal humano o inhumano? y El rol del derecho penal y la crisis financiera* (ambos en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, La Ley, Bs. As., setiembre y diciembre de 2014); *Seguridad multimediática y Derechos Humanos* (en “Ensayos en honor a Massimo Pavarini”, INACIPE, México D.F., 2015); *Violencia letal en América Latina* (en “CDP Cuadernos de Derecho Penal”, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2015); estudios preliminares a: Hellmuth von Weber, *Lineamientos de Derecho Penal Alemán* (Hammurabi, Bs. As., 2008); Filippo Grispigni / Edmund Mezger, *La reforma penal nacional-socialista* (EDIAR, Bs. As., 2009); Karl Binding / Alfred Hoche, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida* (EDIAR, Bs. As., 2009); Anselm v. Feuerbach, *Anti-Hobbes o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano* (Hammurabi, Buenos Aires, 2010); Georg Dahm / Friedrich Scahffstein, *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?* (EDIAR, Buenos Aires, 2011); Eusebio Gómez, *La mala vida en Buenos Aires* (Bs. As., Colección “los raros”, Biblioteca Nacional, 2011); Helmut Nicolai, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas. Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista* (CLACSO, Bs. As., 2015; Friedrich Spee, *Cautio Criminalis* (en prensa, EDIAR, 2016).



