

REEXAMINANDO EL DERECHO PENAL

(Profesor Carlos Parma –Argentina-)

1. Peligrosas consignas: 2. El cadáver insepulto de Lombroso; 3. Primer falacia: represión igual a solución; 4. El eterno retorno; 5. El derecho penal del enemigo; 6. El enemigo; 7)El Estado de excepción... . La “nuda vida”; 8) El permanente estado de EMERGENCIA; 9) ¿Hay razones, fin y función de la pena?. O simplemente se trata de un sistema autopoietico.; 10) Las críticas al derecho penal del enemigo; 11) Persona: Rawls, Kant, Cossio, Hervada, Kelsen, Hegel, Nozck, Maritain, Roxin, Jakobs, Luhmann, etc.; 12) Aceptar un “derecho paralelo” que niegue al ser humano es darle cabida a una ley injusta. Los más granados exponentes en debate; 12) Reflexiones finales

1. Peligrosas consignas:

Como si fuera un ritual ancestral, cada vez que en el horizonte de la sociedad la inseguridad pública gana espacio, se piden rigurosas condenas. La academia refractaria, fiel a un estilo “fashion”, se acopla a la tesis represiva y reelabora cuanta idea autoritaria tiene a mano.

A guisa de ejemplo el Derecho Penal del Enemigo es una clara muestra que Lombroso no ha muerto.... simplemente ha estado dormido.

El “extinto” psiquiatra de Turín se torna innumerable e indefendible en tiempos posmodernos, de allí que los académicos lo obvian en sus citas y apelen optan por desempolvar otros autores tan lejanos en el tiempo como de la realidad actual¹.

2. El cadáver insepulto de Lombroso:

No voy a hondar en temas ya tan conocidos y repugnantes a las luz de los derechos humanos. Sólo la mención de que la violenta discriminación que alguna vez Lombroso hiciera se ha usado siempre en forma solapada para ostentar teorías de corte autoritarias.

Véase que los criminólogos clásicos opinaban que “el mayor mérito de la escuela positiva italiana, que recibió impulso y orientación con las geniales investigaciones de Lombroso, fue poner de relieve la importancia del factor individual en el determinismo del

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

delito, haciéndolo considerar como un fenómeno biosocial y no como una simple categoría jurídica”².

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

De Lombroso es mucho lo que se sabe y se ha dicho. En 1876 publicó “El hombre delincuente” (L’Uomo delinquente) que comenzaba con un minucioso y completo exámen de 66 cráneos de delincuentes italianos seguido por otro exámen referido a la antropometría y la fisonomía de 832 delincuentes italianos, determinando así diversas variables³. En la cuarta edición de este libro, Lombroso recoge los tipos básicos del delincuente nato, loco moral, epiléptico, de ímpetu o pasión, loco y delincuente de ocasión. Claro está que el más conocido fue el “delincuente nato” que respondía a una fuerte carga biológica que lo hacía definir como “un ser atávico”, es decir un ser cuyo carácter y naturaleza era de los antepasados del hombre o la de los seres prehumanos, por lo que el delincuente nato era sin duda **un sujeto diferente** del ciudadano normal⁴. Finalmente hay que destacar que debido a su atavismo, los delincuentes natos poseían rasgos físicos característicos que los hacía fácilmente reconocibles.

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

La detergente marea de angloamericanización ha violentado el sentido de lo Europeo. Aquello que admiraba William Blake en su idea de “la sacralidad del detalle mínimo” que ponía de manifiesto la profunda aceptación a la diversidad lingüística, cultural y social que alguna vez soñó la Europa de Carlomagno, hoy se ha abandonado. Se han retomado los odios étnicos, los desaires chauvinistas y las ideas de inhumanización del “adversario”. El concepto de “diferente” ha tomado tal cuerpo en el imaginario colectivo que hoy por hoy todos desconfían de todos.

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

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

3. Primer falacia: “represión igual a solución”.

² Ingenieros, José; “Criminología”, editorial Talleres Gráficos I.J. Rosso, Buenos Aires, 1916, ps. 100.

³ Serrano Maíllo, Alfonso; “Introducción a la criminología”; Editorial Ara, Lima, 2004, ps. 112.

⁴ Puede observarse idéntico discurso en el Derecho Penal del Enemigo, donde el “enemigo” lo es porque es diferente al ciudadano.

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

Cuando sostenemos la falacia que reza: *“la represión hace el derecho”* se cumple lo que técnicamente en estricta lógica se denomina **“argumentum ad baculum”** (apelación por la fuerza). Así “el uso y la amenaza de los métodos de “mano fuerte” para doblegar opositores suministra ejemplos contemporáneos de esta falacia... el “argumentum ad baculum” significa la guerra o la amenaza de guerra”⁵.

Aquí la fuerza represiva suele estar violentamente dirigida a sectores de la población que son vulnerables (por extrema pobreza, inmigrantes, etc.).

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

Hace tiempo que el Estado en Latinoamérica ha decidido suicidarse en materia de prevención. La dogmática jurídico penal aun está a salvo. Para ello una alternativa probable es pensar con categorías propias a Latinoamérica. No más que una visión Latinoamericana del conflicto.

4. El eterno retorno:

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

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

* Se selecciona la aplicación de medidas de seguridad como pena principal desvirtuando los fundamentos de su utilización. En principio serán pre-delictuales, porque los pronósticos realizados nos dicen que existen grupos que potencialmente son

⁵ Copi, Irving; “Introducción a la lógica”; Editorial EUDEBA, Buenos Aires, 1968; ps. 62.

cometedores de delito, lo que “por las dudas” no podemos dejar que ocurra. En segundo término, si el delito efectivamente se cometió, las medidas serán neutralizantes con la idea de segregar al infractor por el tiempo más extenso posible.

* Es funcional a un modelo penal como el criticado hasta aquí la excesiva utilización de la figura conceptual del “riesgo”. El término no reviste características definitorias claras y permite su manipulación al ampliar las posibilidades de su aplicación semántica¹.

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

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

* Estas teorías se manejan con una antropología personal. Ese hombre económico racional que ante cada decisión hace un cálculo de costos y ganancias, no existe así descrito en nuestras sociedades. Por el contrario las mismas están habitadas por personas cuyas acciones, sin intención de caer en un determinismo absoluto, son influenciadas, en una medida que no puede soslayarse, por ciertos condicionamientos presentes en las estructuras sociales. Desde Marx hasta los descubrimientos del inconsciente de Sigmund Freud, junto a los análisis de Foucault, Althusser, Saussure por citar algunos autores no son tenidos en cuenta por estos estudios.

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

* Se desentienden de las investigaciones sobre las causas generadoras de la criminalidad. Eso formaría parte de la vieja criminología que ha quedado olvidada. Lo importante no es saber

porqué delinquir, en principio porque no se valora la situación personal del individuo, y además porque esto nada cambiaría en una estructura social que ya está realizada en sus objetivos.

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

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

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

Las reformas apuntadas entran en el mismo análisis: la sensación de inseguridad que construyen los mass media y que consume una sociedad atemorizada da cabida a la visión amigo-enemigo tipo Carl Smichtt lo que legitima que el modelo de la incapacitación tenga alta aceptación más allá de ser una solución práctica mentirosa. De esa manera el hecho de prolongar el tiempo que pueda estar una persona en prisión, sin discriminar su calidad de procesado o condenado (si lo detuvieron por algo será), produce un efecto de tranquilidad transitoria porque se estaría reduciendo el peligro futuro al estar depositando de por vida a la parte “peligrosa” de la sociedad”.⁶

5. El derecho penal del enemigo:

El derecho penal del enemigo no es más que un “refrito”. Una vuelta de tuerca más al totalitarismo. Por lo que se puede afirmar sin temor alguno que se trata de una idea agotada.

⁶ Buffarini, Mariano; “Las ¿nuevas? Economías del castigo penal; Revista: “El derecho penal”, Editora Universidad Católica Argentina, El derecho; Noviembre 2004, ps. 20/23.

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

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

Si bien es una realidad palmaria hoy en día de las marcadas desigualdades sociales, económicas, culturales, etc. la ley debe estar necesariamente para subsanar, corregir, atemperar, estas diferencias. La ley debe igualar⁷.

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

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

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

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

En palabras más simples el DPE del enemigo podría asignarle la calidad de ciudadano a un sujeto y luego quitársela para equipararlo a “un animal peligroso”⁸.

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

Veamos un esquema de la falacia:

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

En este sencillo resumen puede observarse que se alteran todos los principios aristotélicos del silogismo⁹.

6. El enemigo:

Jakobs entiende que los enemigos son individuos que en su actitud de vida, económica o incorporándose a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental. De esta manera no garantizan la mínima

⁷ Cuando Carlos Cossio en el año 1940 inventa su Teoría Ecológica del Derecho dice que la justicia es la “creación de igualaciones en libertad”.

⁸ Ver palabras usadas por Günther Jakobs en www.lanacion.com.ar/cultura/nota/asp_id_826258, Diario La Nación, Argentina de fecha 26 de Julio de 2006.

⁹ Que debería ser: premisa mayor: todos los seres humanos son personas; premisa menor: Juan es ser humano; conclusión: Juan es persona.

seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran éste déficit por medio de su comportamiento. Se trata de individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc.

En síntesis este “derecho” sostiene: a) el adelantamiento de la punibilidad; b) la falta de una reducción de la pena proporcional; c) la supresión o el debilitamiento de las garantías procesales; d) el desapego de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Tribunales Internacionales.

La idea del DPE se contrapone al “status” del ciudadano. De allí que Jakobs propugne que sea situado en “una posición autónoma”¹⁰.

Sólo el ciudadano se encuentra vinculado con el derecho. Por eso el delito de un ciudadano es un “desliz reparable”, una cuestión “normal”¹¹, pues el criminal (léase normal) tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad. En esta inteligencia, Silva Sánchez explica que el *tránsito* del ciudadano al enemigo “se irá produciendo por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas”¹². Esta situación de peligrosidad real – según éste Maestro- debe ser enfrentada de un modo expeditivo, eficaz.

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

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

“Las primeras referencias a esta tema pueden ser encontradas en un trabajo de JAKOBS del año 1985¹³, en el que advertía de qué manera la consideración del sujeto como ciudadano o como enemigo podía quedar reflejada en la anticipación de la tutela penal a los estadios previos. Pero es seguramente en los últimos años cuando el tema del Derecho penal de enemigo aparece en JAKOBS con un delineamiento mucho más claro, dando un soporte iusfilosófico refinado (recurriendo especialmente a HOBBS y a KANT)¹⁴ y deteniéndose, ahora sí, en las consecuencias directas que depara esta nueva visión de nuestra disciplina, y

¹⁰ Jakobs, Günther; “La pena estatal: significado y finalidad”; en Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, 5, año 2004, Editorial Grijley, ps. 220.

¹¹ Ambas expresiones entre comillas son poco felices. Jakobs las menciona, sin rescatar la victimología.

¹² Silva Sánchez, Jesús; “La expansión del derecho penal”, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2001, ps. 164 y siguientes.

¹³ JAKOBS, “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*”, en ZStW 97 (1985), pp. 751 y ss., especialmente en pp. 755 y ss. (existe versión al español, “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*” [trad. PEÑARANDA], en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 294-298.)

¹⁴ JAKOBS, “*Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*” (trad. CANCIO), en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 25-33.

con lo que, al fin y al cabo, intenta dar cobertura jurídica a reacciones estatales que *prima facie* son vistas como meras vías de hecho. Por todo ello es que afirma que "quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. Esto no significa que esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario"¹⁵. Del mismo modo, esta carencia de aseguramiento cognitivo quedará materializada en un comportamiento no incidental de un individuo o bien en su ocupación profesional o su vinculación a una organización determinada, con lo que mostraría el abandono de manera presuntamente duradera del derecho, y de allí su consideración como enemigo¹⁶.

Si bien Jakobs ha hecho históricamente un aporte singular y valioso a la dogmática jurídico penal, es necesario advertir un endurecimiento en su línea de pensamiento que se aprecia con mayor claridad desde el año 2001, específicamente en su concepción filosófica. Es por eso que hoy equipara a los enemigos a "animales peligrosos" asumiendo así una posición discriminatoria para con seres humanos y "peligrosista". Así lo ratifica al decir: "el sujeto peligroso ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos"¹⁷.

En España SILVA SANCHEZ quien, no sin algunas reservas, ve posible la presencia de un Derecho penal de penas privativas de libertad generalizado y con una flexibilización profunda de las garantías materiales y procesales¹⁸, en casos de delincuencia sexual violenta, terrorismo, tráfico de drogas, etc. El profesor Catalán con su propuesto derecho de tercer velocidad se inclina por endurecer penas e identificarse con este Derecho Penal del Enemigo.

El rechazo que la mayoría de la doctrina evidenció antes estos planteos¹⁹, sin embargo, sólo logró ocultar malamente una realidad legislativa y judicial que cada vez asumía de un modo más o menos expreso la vigencia de esta fenomenología²⁰. Esto es también muy claro en la

¹⁵ JAKOBS, "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. (Comentario)"(trad. MANSO PORTO), en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (coord. versión alemana ESER/HASSEMER/BURKHARDT) (coord. versión española MUÑOZ CONDE), Valencia, 2004, p. 58; DEL MISMO, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, p. 40.

¹⁶ JAKOBS, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, p. 59.

¹⁷ Jakobs., Günther; ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?; en *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI*, Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 146.

¹⁸ A favor de las facultades de intervención en la obtención de pruebas, al considerarlas necesarias en la lucha contra determinados grupos de autores, KUHLEN, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, pp. 81-82.

¹⁹ En este sentido, CANCIO MELIA, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, pp. 93 y ss., para quien el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas, sino que es un Derecho penal de autor, por lo que al ser un vía de hecho difícilmente pueda hablarse de Derecho para estos casos de reacción punitiva.

²⁰ No nos animaríamos a juzgar con seguridad la ausencia de aportes doctrinales en nuestro entorno que dan un margen de apoyo a esta nueva legislación; CARRERA, "Terrorismo", en *Revista de la Facultad de Derecho (NS)*, Vol. 4 N° 2, Córdoba, 1996, p. 109, advierte respecto a los delitos de terrorismo que en "estas hechos se crea lo que técnicamente se llama un estado de necesidad, es decir, un conflicto ineludible entre

realidad latinoamericana²¹, en dónde incluso no se identifica con exclusividad la presencia de este Derecho penal del enemigo con los delitos de terrorismo sino que, dadas las condiciones particulares del entorno, acecha también contra delitos de lesa humanidad cometidos durante las últimas dictaduras militares y, especialmente en Argentina²² —como ya se ha visto—, contra los secuestros que cada vez son más frecuentes y con desenlaces cada vez más violentos²³”.

El derecho positivo penal alemán, al que presupone legítimo, gira permanentemente en la tesis jakobiana. Percy García Caveró —con cita de Silva Sánchez— nos ilustra diciendo: La construcción de la teoría del delito y de la pena debe estar guiada únicamente por la función social del derecho penal (el mantenimiento de la vigencia de la norma) lo cual, por otra parte, significa una renuncia a pretensiones político criminales trascendentes²⁴.

Hay que considerar que Jakobs tiene un SISTEMA. Si uno acepta las “reglas” del sistema probablemente pueda entender y compartir su pensar. Hay que pensar en roles, en la sociedad como sistema y en el mantenimiento de la norma²⁵. Algo similar ocurre en quien Jakobs toma como fuente filosófica: Hegel. Para creer en él hay que aceptar que “todo lo real es racional y todo lo racional es real”, luego con la “llave” de la dialéctica en la mano (como unidad de los contrarios) se podrá “ingresar” al sistema hegeliano, que para muchos sigue siendo un laberinto.

Si tomamos como base que el hombre persigue fines, que puede transformar el ambiente, que es capaz de dirigirse, desenvolverse y formarse, es obvio que sea sujeto de resguardo normativo. El hombre se presenta ante nuestros ojos con toda la potencialidad del espíritu humano: libre, germinal y jugoso²⁶. El derecho debe estar a la altura de tan digna y sagrada imagen.

Sintetizando entonces, acierta Muñoz Conde cuando sostiene que el derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso²⁷.

dos valores; o el imperio del derecho o una vida; o el criminal mata a un hombre o la autoridad mata a la ley”.

²¹ Resaltando su presencia en el Derecho penal colombiano, especialmente en materia de terrorismo, CANCIO MELIA, en *JAKOBS/CANCIO, Derecho penal del enemigo*, p. 93.

²² Esta opinión de J.P. Montiel no la comparto. Creo que en materia de DDHH si son necesarios los “anclajes” del derecho, donde no puede ni debe haber discusión en torno a lo que se debe defender.

²³ Juan Pablo Montiel : trabajo inédito denominado: “Peripecias político – criminales de la expansión del derecho penal”.

²⁴ García Caveró, Percy; “Tendencias modernas en la dogmática jurídico penal alemana”, *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Perú, volumen 2, año 2001, ps. 184.

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

²⁶ Parma, Carlos; “Culpabilidad. Lineamientos para su estudio”; Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, ps. 69.

²⁷ Muñoz Conde; “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo”; Editorial tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ps. 118.

Finalmente es dable remarcar que esta terminología con carga negativa: DPE, tiene en la historia de la humanidad destacadas referencias filosóficas, cuyas críticas bien ha agotado el Profesor Gracia Martín²⁸.

Esto nos aproxima a una primera conclusión: los Latinoamericanos (y otros tantos habitantes del planeta) hemos llegado tarde al banquete de la posmodernidad. Esto nos hizo irremediabilmente *diferentes*. Europa ha sido entrenada para ver en el prójimo una amenaza y no una promesa. La política y parte de la academia están sirviendo “funcionalmente” a un proceso de discriminación global²⁹ sin precedentes, cuya comprobación con la realidad es irrefutable.

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

Jakobs dice que “el Derecho Penal del Enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente”³⁰.

Esta afirmación puede entenderse, más no es real.

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

Se trata -según este filósofo italiano- de reducir el ser humano a la “nuda vida”, es decir, individuos despojados de su condición de ciudadano y reducidos a simple existencia³¹. El estado de excepción crea una especie de “limbo legal” en el que se suspende todo estado de derecho. Los individuos desprovistos del derecho y en muchos casos de humanidad, pasan a estar en disponibilidad; con sus cuerpos todo o casi todo puede hacerse. Cuando la excepción es la regla, se celebra el triunfo del totalitarismo. No hay para Agamben retorno posible desde el estado de excepción en que vivimos al estado de derecho, por eso hay que denunciar la ficción de la articulación entre violencia y derecho, para abrir allí el campo de la política, superando la falsa alternativa entre poder constituyente y poder constituido, entre violencia que pone el derecho y violencia que lo conserva.

Ya no estamos entonces ante la desnudez que proponía Rousseau a los pactantes antes de entrar en la sociedad. Ni mucho menos de la “nada” con que llegan los contratantes tras el “velo de la ignorancia” (no saben qué lugar ocuparán ni acerca de cómo les irá... a estos “adanes sin historia”) en la tesis de Rawls. Agamben se refiere a la “no existencia”. Como

²⁸ Gracia Martín, Luis; “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”; en <http://criminet.urg.es/recpc> 07-02 (2005).

²⁹ Puede verse toda la obra de Pierre Bourdieu, sociólogo francés (1930-004), en busca de “intelectuales críticos que se opongan a la mcdonalización del pensamiento”.

³⁰ Jakobs, G.; “Fundamentos del Derecho Penal”; Ed. Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 238.

³¹ Agamben, Giorgio; “Estado de Excepción”, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005.

bien reflexiona Edmundo Bodero, para éstos excluidos el saber jurídico se encuentra desde hace tiempo divorciado con la realidad³².

Negri da un paso más allá en el pensamiento, aquí no es posible “el pacto”, pues para él el fin del imperialismo trae la aparición del bio poder ejercido sobre la vida social y el nacimiento de la multitud como sujeto que enfrenta al imperio. Este Profesor³³, oriundo de Padua, en su obra “Multitud” nos señala que luego del 11 de Setiembre de 2001 en el mundo se ha desatado un “estado de guerra permanente”... una guerra “infinita”, donde se advierte un imperio sin territorio y sin centro y el ocaso de la dialéctica³⁴. En la bio política nacida en occidente hay superposición entre el derecho y la violencia³⁵.

La advertencia sobre el exagerado poder que acapara el Poder Ejecutivo, la privatización de ése poder y la “informalidad política” eran temas que venía señalando Sassen. Esta Socióloga al afirmar que el Estado liberal y el contrato social está llegando a su fin, anuncia “la emergencia de algo nuevo” en la “Ciudad global”. De esta manera surgen nuevas expresiones políticas (aun de los excluidos) que logran conectarse con el Ejecutivo a través de “la informalidad política”³⁶.

Esto lo avizoraba Foucault al decir: “las prácticas sociales pueden engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento”³⁷.

8) El permanente estado de EMERGENCIA.

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

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

Ya lo enseñaba Zaffaroni cuando sostenía que “*las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo*”³⁸.

³² Bodero, Edmundo; “Relatividad y delito”, Editorial: Temis, Bogotá, 2002, ps. 110.

³³ Toni Negri ha escrito al menos dos grandes obras: “Imperio” (en el año 2000) y recientemente “Multitude”. Hacer “multitud” es “contruir un momento... contruir lo común... lo común sería la lengua, el lenguaje, el intercambio, la cooperación... este conjunto amplio de subjetividades no actúa de manera contractual ni por toma de conciencia...”

³⁴ Massimo Cacciari (1944) prefiere hablar hoy del pensamiento negativo o antidialéctico.

³⁵ Roberto Espósito (Prof. De Filosofía en la Univ. de Nápoles) en su obra “Comunitas” – Comunidad-, disiente con Negri en tanto vida y política aparecen unidos sin apropiación violenta. La comunidad es el conjunto de personas que están unidas por un deber, por una deuda, por una obligación de dar. De allí que la comunidad se vincule con el sacrificio y la sustracción de uno mismo. La comunidad no puede ser pensada como un cuerpo, una corporación, donde los individuos se fundan en un individuo más grande. Pero tampoco puede ser entendida como un recíproco reconocimiento intersubjetivo en el que ellos se reflejan confirmando su identidad inicial.

³⁶ “La Ciudad Global” (Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1999) es la obra desde donde la socióloga holandesa Saskia Sassen pregona “urbanizar las ciencias sociales”. Actualmente indica que la Ciudad urbana se encuentra fragmentada, no topográficamente. Pero dentro de ese aislamiento hay “conectividad” pues los excluidos (por ejemplo “los piqueteros”) se saben parte de un imaginario global que pueden “conectarse” a través de la “informalidad política”.

³⁷ Foucault, Michel; “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa Editora, Barcelona, 1991, ps. 14.

Guillamondegui³⁹ –citándolo a Zaffaroni- hace un repaso de esta cuestión diciendo que “es considerado como el primer discurso de emergencia, con alto nivel de desarrollo teórico, el *Malleus maleficarum* o *Martillo de las brujas*, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre del mismo año⁴⁰”.

Es útil señalar que la emergencia suele ser definida en el plano de la doctrina constitucionalista como “un accidente súbito que sobreviene en la vida de un individuo o de una sociedad, y que en este segundo caso puede llegar a poner en peligro la estabilidad o la vida misma del sistema institucional. La emergencia está emparentada con el estado de necesidad, el caso fortuito y la fuerza mayor. Como éstos, puede ser fuente de derechos y obligaciones, pero sólo si están previstos como tal en una norma jurídica; no pueden tener carácter suprallegal o, lo que es peor aún, supraconstitucional⁴¹”.

En la misma línea de Zaffaroni, continúa diciendo Guillamondegui que la legislación penal de emergencia se caracteriza por: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad -con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc.); d) los efectos de esa legislación “*para el caso concreto*” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente, dando nacimiento a un *Derecho Penal simbólico*⁴².

El profesor uruguayo Diego Camaño ilustra el tema así⁴³: “Zaffaroni ha señalado y desarrollado el paralelismo existente entre el derecho internacional humanitario y el derecho penal, tomando tanto a la pena como a la guerra como situaciones de poder que no es posible legitimar sino tan sólo limitar en sus efectos perversos. De este modo, el derecho penal y el derecho internacional humanitario están llamados a cumplir un rol minimizador de la violencia y garantizador de los derechos humanos⁴⁴”. Pero contrariamente al derecho

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio R., “*La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 618.

³⁹ Guillamondegui, Luis; “Los discursos de la emergencia y el derecho penal del enemigo”, en www.carlosparma.com.ar

⁴⁰ Representando la *Cautio criminalis* (Prudencia criminal) del jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, de 1631, la primera respuesta orgánica al *Malleus*, tal como lo expresa el Profesor Zaffaroni en su *Lectio Doctoralis*, titulada “*El derecho penal liberal y sus enemigos*”, en la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Enero/2004.

⁴¹ Ekmekdjian, Miguel; “Manual de la Constitución Argentina”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 259.

⁴² Con mayor extensión, DIEZ RIPOLLES, José Luis, “*El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*”, *Actualidad Penal*, N° 1, 2001, Madrid, pp. 1-22.

⁴³ Camaño, Diego: “Ley de Urgencia y derecho penal de la emergencia”, www.carlosparma.com.ar

⁴⁴ Inicialmente, la idea aparece con particular énfasis en el polémico libro *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p.160 y ss. y 180 y ss. (Temis, Bogotá, 1993), y es retomada y desarrollada recientemente, en relación con una teoría agnóstica de la pena (*Derecho Penal. Parte general*, p.48 y ss. y 198 y ss. Ediar, Buenos Aires, 2000). Según Zaffaroni fue un autor del nordeste brasileño, Tobías Barreto quien a fines del siglo XIX indicó que el concepto de pena no es jurídico sino político, al igual que el de la guerra, por lo que “quien busque el fundamento jurídico de la pena debe también

internacional humanitario, que actúa transitoriamente, mientras dura el conflicto, el derecho penal de la emergencia tiende a permanecer; no en vano, Sergio Moccia nos habla de la “emergencia perenne”. Y es que cuando se instala un discurso punitivo de corte emergencial se termina recurriendo a las medidas excepcionales como regla, introduciéndose modificaciones legislativas tendientes a perdurar, no solamente mientras se mantenga la situación que le dio origen, sino más bien indefinidamente”. Debido a la imprecisión del término emergencia se corre el riesgo de caer en un “proceso definitivo auto-referencial”⁴⁵, que justamente por carecer de límites es fácilmente expandible, haciendo que la excepción se transforme en regla.

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

Camaño ensaya esta síntesis: “El derecho penal de la emergencia también se caracteriza por la utilización de una determinada *técnica legislativa*⁴⁶ propia, algunos de cuyos caracteres son:

- a) Una tutela penal que se anticipa a la efectiva causación de una ofensa a un bien jurídico;
- b) Creación artificiosa de bienes jurídicos;
- c) Utilización de una técnica casuística, basada en fórmulas legales elásticas e indeterminadas;
- d) Penalización en función del autor y no del hecho cometido.

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

- a) La producción del fenómeno llamado “inflación penal”, a través del cual se superponen diversas figuras delictivas, causando graves problemas de *ascertamiento* (en definitiva, de seguridad jurídica);
- b) Una absoluta pérdida de referencias en términos de dosimetría penal, debido a que se altera el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena conminada⁴⁷.

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

Nos advierte que en sociología, desde la posguerra, parece haber una clara división de la sociedad en dos campos: los sistémicos y los teóricos del conflicto (con cita de Jeffrey

buscar si es que ya no lo encontró, el fundamento jurídico de la guerra” (citado por E. R. Zaffaroni en *Derecho penal. Parte general*, p.50).

⁴⁵ El término es utilizado por Stortoni en relación con la “criminalidad organizada” (L. Stortoni, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie* en *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, p.127. AA.VV. A cargo de S. Moccia. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999).

⁴⁶ Al respecto, he tomado como base las consideraciones de S. Moccia y L. Ferrajoli (Camaño).

⁴⁷ Según la conocida fórmula de R. Jhering “la tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales”.

Alexander). Las teorías organicistas o sistémicas, y su lectura penal, son funcionales para la legitimación del poder punitivo, cosa que no ocurre con las teorías conflictivistas⁴⁸.

Nos cuenta el Maestro que “el poder punitivo se ha legitimado primero por el discurso del estado de pecado (teocrático) y luego por el estado de peligro (cientificista), no siendo menos sospechoso el actual *estado de irreductibilidad funcional al sistema* y que la normalización equivalga a la expiación teocrática y a la neutralización científicista⁴⁹.”

Como Zaffaroni es un pensador agudo y en proceso de expansión de ideas, difícilmente pueda ser encasillado o arrastrado por cualquier mezquindad académica o pseudo científica. Esto lo hace un observador crítico y sincero de la realidad.

Recientemente en sus conferencias éste Profesor ha reflexionado sobre esta problemática diciendo “se vive una etapa en que el poder se planetariza y amenaza casi con una dictadura global, el potencial tecnológico de control informativo puede acabar con cualquier intimidad, el uso de ese potencial controlador, por supuesto, no se limitaría a investigar a los protagonistas de hechos violentos sino que abarcaría a toda la población, la comunicación masiva tiene hoy un formidable poder técnico, está abierta a una propaganda vindicativa en todo el mundo. El poder planetario está fabricando enemigos en serie, los enemigos se gastan rápido de modo que se fabrican otros. Satán y las brujas duraron como 300 años, el comunismo internacional duró bastante menos, y a partir de la caída del muro de Berlín los enemigos ya no se fabrican fotográficamente, van casi, produciéndose por semanas. Por mucho que se atavíe o se vista de jurídica la cuestión del derecho penal del enemigo, no se escapa que hay en el fondo una pregunta de ciencia política. En este momento, las decisiones estructurales no pasan por la política, casi se toman directamente por protagonistas del poder económico, así el ámbito de la política se va reduciendo y en este sentido se reduce el ámbito de la negociación”. Agrega el Maestro “penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad ha habido muchos, y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (de buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico. En todas las épocas en el Derecho Penal se ha tratado de eliminar a los delincuentes que cometían delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del Derecho Penal. Y en definitiva, nada muy diferente es lo que nos propone Günther Jakobs. Es parte del presupuesto que una conducta es banal o no banal según el contexto y según las circunstancias (esto no se entiende en una dogmática que sacraliza los roles)”⁵⁰.

9) ¿Hay razones, fin y función de la pena?. O simplemente se trata de un sistema autopoietico.

⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl; “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, ps.352.

⁴⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; “Manual de Der. Penal. P.Gral.”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 275.

⁵⁰ Partes de su conferencia sobre “El derecho penal del Enemigo”, dictada en la Universidad de Congreso, Mendoza, el día 19 de Agosto de 2005.

La idea prístina de la pena privativa de la libertad se encuentra enraizada con la formación del Estado Liberal, especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora⁵¹.

Si bien –para muchos- la piedra angular sobre la cual se apoyara la dogmática jurídico penal en la temática que nos ocupa fue el opúsculo que ensayara en 1764 Cesare Beccaria en su inmortal obra “Los delitos y las penas”⁵², el gran debate sobre el fin y función de la pena sobrevino recién a partir del siglo XIX y aún no finaliza. Es que la sempiterna discusión entre aquellos que veían al derecho penal como un instrumento al servicio del valor *justicia* frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor *utilidad*⁵³, se trasladó a resolver una primordial cuestión: cuál era la naturaleza de la pena. Surgió así una serie de “principios o axiomas legitimantes” que fundamentan la imposición de esta “amarga necesidad”⁵⁴ que venimos a llamar *pena*.

Bacigalupo describe con su habitual profundidad y minuciosidad el tema. Nos dice que las respuestas a la naturaleza de la pena llevan ya más de dos mil años sugiriendo sus puntos de vista. “Estas respuestas han sido formuladas como teorías de la pena. Sin embargo, cabe señalar que las “teorías” de la pena sólo son tales, en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en últimos término. Por lo tanto las “teorías” de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el “ser” de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo que condiciones es legítima la aplicación de una pena?⁵⁵

Las denominadas teorías absolutas propugnaban que “un mal se pague con otro mal”, dicho de otra manera sería “la moneda con que la sociedad le paga al delincuente el mal cometido”. En la primera idea se enrolaban Kant (fundamento ético) y Hegel (fundamento

⁵¹“Su *humanitarismo* radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su *utilitarismo* en provecho para el Estado y para regular en el mercado la mano de trabajo ociosa y marginal. Su *resocialización* consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica (Melossi y Pavarini). Cfr.: “Lecciones de Derecho Penal. Volumen I”; Bustos Ramírez - Hormazábal Malarée; pág. 176: Editorial Trotta, año 1997.

⁵²En “*Dei delitti e delle pene*”, Beccaria indicaba que el fin de las penas no es atormentar ni afligir, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Las penas deben ser proporcionadas a los delitos. La pena de muerte no es útil ni necesaria. Así concluía su inmortal obra: “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”

⁵³Bacigalupo, Enrique; “Manual de Derecho Penal”; pág. 11, Editorial Temis, bogotá; año 1998.

⁵⁴El proyecto alternativo del Código Penal alemán rezaba así: “... una amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como son los hombres...” (Cfr.: “Lecciones de Derecho Penal”; Berdugo Gómez de la Torre y otros; pág. 26; Ed. Praxis, Barcelona, año 1999.

⁵⁵ Bacigalupo, Enrique; “Manual de Derecho Penal”, Temis, Bogotá, 1998, ps. 12.

jurídico)⁵⁶. La segunda expresión que hemos utilizado era de Carrara, quien además se arriesgaba a decir que la “reparación” que la pena llevaba traía tras de sí tres resultantes, a saber: corrección al culpable, estimular a los buenos y desalentar a los mal inclinados.

Lo medular entonces estaba dado en que la pena tendría carácter retributivo⁵⁷, lo que implica un pago por el mal uso de la libertad o bien por violentar la norma, precisamente en un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien y el mal. Por todo esto la pena a aplicar debe ser *justa*, es decir proporcionada al mal causado⁵⁸. Así la pena retributiva –se dijo- mira el pasado.

Tal vez en las antípodas de esa visión se encuentran las que han venido a llamarse “las teorías relativas de la pena”. Estas intentan contestar la siguiente pregunta: ¿para qué sirve la pena...hay alguna función... cuál es su utilidad?. Precisamente como marco en el epígrafe de este acápite: **¿vale la pena la pena?**⁵⁹.

Ahora en esta cosmovisión, el derecho penal se justificará por razones de política criminal y no por un criterio utilitarista de costos y resultados. Lo nuclear entonces pasa a ser “*la prevención*”⁶⁰. A fuerza de ser sincero se trata de una nobleza extrema el “buscar” un sentido a la paradoja (en términos de Zaffaroni) que es la pena. Más la gravedad de esta idea tal vez esté en la no comprobación científica de su postulados.

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

Pero quienes creen en la prevención formulan conjeturas y así se suelen subdividir. Unos aceptan la “prevención general”, donde la pena se dirige parte de sociedad (en forma negativa) para que “se abstengan a delinquir” los posibles futuros delincuentes o bien a toda la sociedad (en forma positiva) para que la gente vea que la “ley se cumple”, es decir la

⁵⁶“Si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de Hegel, *la irracional secuencia de dos males*”. Cfr.: “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal Funcional”; Jakobs, Günther; pág. 17; Editorial Civitas, año 1996. También puede verse al respecto: “El pensamiento de Günther Jakobs”, Parma, Carlos; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.

⁵⁷Dable es recordar que Santo Tomás le daba a la pena carácter “medicinal” y no retributivo. Así decía el Aquinate: “Las penas de la vida presente más bien son medicinales que retributivas, porque las retributivas están reservadas al juicio divino, que se hará, según la verdad ...”(Cfr.: “El fin de la pena en Santo Tomás”; Siro de Martini, con intervención de Carlos Parma; en *El Derecho*, nro. II, Suplemento de filosofía del Derecho; 30/10/01; Argentina).

⁵⁸Se suele citar académicamente el ejemplo que dado por Kant cuando enseñaba que “aún en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción”.

⁵⁹Puede verse: www.carlosparma.com.ar. También: Parma, Carlos en “El pensamiento penal posmoderno”; Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo; nro. 30, año 1998, San Juan; pág. 107/111.

⁶⁰Roxin objeta esta tesis diciendo que “la idea de un derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social... pero no da una justificación a las medidas estatales...”.

norma no se ha resquebrajado. En tanto la prevención especial apunta al delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que no vuelva a reincidir en el camino del crimen o bien neutralizándolo en tal sentido⁶¹.

En los tiempos que corren hay un auge de las “teorías de la unión”⁶², que articulan prevención y represión. Baumann llama a estas teorías *conciliadoras* y afirma que ellas pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines⁶³.

Hegel decía sobre la pena: “el que la sufre, tiene el deber y no sólo es un mal sino un bien para el derecho de someterse a ella y auto gratificarse así éticamente”. Kant lo señalaba:

“la pena *debe ser* aun cuando el estado y la sociedad ya no existen. Si robas a otro te robas a ti mismo”. En ambas posiciones –como se anticipó- se trata de un mal para otro mal.

Hirsch nos cuenta que la idea de prevención general positiva está adquiriendo un papel preponderante en la ciencia alemana del derecho penal, siendo el denominador común “los efectos positivos “ que la pena genera en la sociedad. Una primer corriente se apoya en la idea que el derecho penal puede influir en la actitud de las personas en tanto la otra entiende que no son las personas las que están en el centro de la cuestión, sino que se trata del sometimiento del sistema normativo. Adenades –que está en la primer tesis- acentúa la influencia educadora de derecho penal, especialmente en lo que hace al control social y el clima moral general. También se piensa que la finalidad de la pena no es la influencia moral sino el fortalecimiento del sentimiento jurídico (véase Müller – Dietz). Aquí aparece Jakobs afirmando que el subsistema del derecho sirve a la estabilización de expectativas de conducta y que visto así la función del derecho penal es la ratificación de la validez de las normas (validez formal) independientemente de su contenido valorativo⁶⁴.

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

⁶¹Puede verse un interesante cuadro de Pérez Manzano en “Culpabilidad -lineamientos para su estudio-“; Parma, Carlos; pág. 137; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

⁶²Roxin también ha dicho: “una teoría unificadora dialéctica, pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas... el delincuente es una persona débil y urgentemente necesitada de tratamiento terapéutico - social, pero por otra parte debe ser concebido de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable...”(Cfr.: “Problemas básicos del derecho penal”; Roxin, Claus; pág. 34, Editorial Reus; ;Madrid, año 1976.

⁶³“Determinación de la pena”; Romero, Raúl; en Revista de “ciencias penales contemporáneas”; nro. 1, año 2001, pág. 161, Ediciones Jurídicas Cuyo.

⁶⁴ Hirsch, Andrew von; “Prevención general positiva y reprobación”, Conferencia dictada en el Seminario de Derecho Penal en el Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, año 2005, traducción Enrique Bacigalupo.

Este criterio roxiniano se aproxima a la idea de la Corte Constitucional de Colombia cuando dijo: “La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones, un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”⁶⁵

Es dable aludir al aporte dado por Mir Puig que propone un sistema claramente alternativo en su conjunto al retributivo, sobre bases (modelo de Estado social y democrático de derecho y la pena con una misión política de regulación activa de la vida social) que resultan ineludibles⁶⁶.

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

Yerra Michael Pawlik cuando siguiendo a Hegel entiende que la pena “honra” al delincuente como ciudadano. La pena no honra a nada ni nadie. Es absurdo pensar que alguien humillado, maltratado, hacinado, hambriento y encerrado pueda sentirse “honrado”. Esa afirmación es no conocer la realidad.

En realidad se produce una paradoja con este planteo. Veamos: si lo que se pretende es tratar al delincuente como ciudadano, devolviéndole a través de la pena su “honra” de tal, resulta por demás absurdo e incoherente el Derecho Penal del Enemigo, pues éste le quita su condición de ciudadano al sujeto de derecho. Si le devuelvo la condición obviamente jamás podría ser enemigo.

Si el ciudadano es lo “perfecto” su opuesto sería el “enemigo” o sea lo imperfecto, que volvería a ser perfecto gracias a la pena. Esto es un absurdo.

En la práctica este planteo ni siquiera es considerado.

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

Zaffaroni, que por cierto tiene los pies sobre la tierra, enseña que “si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la

⁶⁵ M.P. Carlos Gaviria Díaz: sentencia C-239 de fecha 12 de Setiembre de 1996.

⁶⁶Bustos Ramírez, Juan; “Introducción al derecho penal”, segunda edición, pág. 87; Editorial Temis, Bogotá, año 1994.

que tiene lugar cuando somete a una persona a una *institución total*, en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de su actividad cotidiana (pernoctación, alimentación, trabajo, estudio, recreación, etc.). Esta forma punitiva de institución total es la prisión, caracterizada también como *institución de secuestro* (Foucault)". En aguda crítica reafirma el Maestro: "... ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados ... se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico..."⁶⁷. Se conoce –y no es el motivo de esta exposición – la mentada teoría agnóstica de la pena que sostiene Zaffaroni, con más el “agregado” que suelo introducirle al decir que la pena en la realidad, más allá de nuestras leales aspiraciones, para lo único que sirve es para que el sistema del derecho penal subsista.

A mi juicio hay una suerte de **SISTEMA AUTOPOIETICO** donde interactúan normas, sujetos, poderes, instituciones, etc. La pena así la impondría esta especie de “sistema” para “subsistir”, no para mantener. Insisto: se trata de una cuestión de subsistencia. Las normas, instituciones, resoluciones, etc. se justifican las unas a las otras, a veces se enfrentan, pero siempre “conviven”. Suelen hasta mutar para que la convivencia se haga posible. Claro está que hay detrás de la escena la mano del poder. Oportunamente esto de alguna manera tuvo su explicación político filosófica en la idea de Foucault. El pensador Francés que todo se ve dominado por la economía -digno triángulo ejemplificativo que formaba Foucault- se arriesgaba a sentenciar cuando enseñaba: que las reglas del derecho delimitan formalmente el poder y “transmiten la verdad” para armar ese equilibrio entre “poder-derecho-verdad”. Se funcionalizan las relaciones de dominación con técnicas de sometimiento polimorfos.

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

Se pensó entonces así: La revolución francesa, la revolución inglesa, y la revolución norteamericana, no cambiaron el concepto profundo de poder, que viene del concepto de “fuerza” de la física newtoniana y que es la capacidad de operar sobre una cosa para que haga o deje de hacer algo. Hay desde esta concepción un paso a las ciencias sociales como la capacidad de condicionar o determinar la conducta de los demás. Ese concepto de poder, en las grandes revoluciones liberales, sólo fue contenido, restringido, limitado o reglamentado, fundamentalmente a través de las constituciones escritas, sin alterar su naturaleza intrínseca. Es decir fue ejercitado por la ley.

⁶⁷ “Derecho penal; parte general”; Zaffaroni, Eugenio; pág. 891; Editorial Ediar, año 2000.

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

Las modernas teorías de las organizaciones y de los liderazgos de mando y autoridad, apuntan hacia los liderazgos dinamizadores, democráticos y horizontales que operan a partir del ejemplo, del estímulo o de la facilitación. Aún así, el concepto tradicional y paternalista de poder está muy arraigado. En la ciencia del derecho, especialmente en la dogmática jurídico penal, el apego a las ideas “alemanas” es paradigmático. Nadie se atreve a dudar, nadie levanta una voz de crítica. Así aquella proclama del adiós a Kant y Hegel sólo fue una aspiración remota de parte de la misma doctrina alemana. Hay que decirlo así para terminar así con irresponsables teorías: *Ni Kant ni Hegel deben ser abolidos pero tampoco se deben erigir como la panacea del pensamiento del derecho penal.*

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

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

Pero este poder que el sistema del derecho penal ejerce de hecho es violento. Históricamente lo ha sido.

Las universidades con sus currículas han visto con el tiempo que sus aportes a la solución de los conflictos sociales fueron estériles. Tal vez el exceso de enseñanza “controvertida”, el lenguaje “del litigio”, la necesidad de tener razón, de imponer la verdad la razón a toda costa, etc. Deberían formarse más profesionales en mediación y técnicas de solución del conflicto.

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

Esta virulenta crítica ut supra formulada, que indica el fracaso histórico de las penas de prisión, se ha visto abonada por la opinión del interaccionismo simbólico⁶⁸. Sin

⁶⁸Puede verse: “Internados. Ensayo sobre la situación de los enfermos mentales”; Goffman, Erving; Editorial Amorrortu, año 1994. También un clásico en la materia: “La sociedad carcelaria”; Neuman - Irurzun; 4ta. reimpresión; Editorial Depalma; año 1984.

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

Pueden sumarse a estas objeciones que hay una falta de interés social por la problemática de las prisiones⁶⁹, como también que en los delitos no graves es poco el interés de la víctima por el encierro y más la ambición pecuniaria.

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

El alto grado de promiscuidad y hacinamiento de todo el sistema carcelario, no es un argumento baladí a la hora de definir si es posible la rehabilitación del interno. La superpoblación de los lugares de encierro⁷⁰ y el aumento estrepitoso de los índices de delictividad nos muestran un panorama por demás agorero en la materia, específicamente porque la palabra *prevención* parece ser la eterna ausente a la hora de tomar decisiones ejecutivas en el plano político.

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

10) Críticas al Derecho Penal del Enemigo:

Abanto Vázquez relata que “la doctrina alemana ha rechazado esta teoría del DPE en primer lugar por los términos utilizados por Jakobs, pues recuerdan a los empleados durante el régimen nazi-fascista: “enemigo”, “no persona” (Schünemann)...”. Para concluir éste doctrinario peruano que “el análisis de Jakobs no puede servir, en la práctica, de base constitutiva de un Derecho Penal enclavado en un Estado social y democrático de Derecho”⁷¹.

Pastor dice que “Todo lo que se hace contra los enemigos no es jurídico” y recuerda que el hecho del 11 de Setiembre de 2001 no es un “caso penal”⁷².

Zaffaroni ha expresado su desacuerdo con esta idea en un reciente fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina expresando que el derecho penal no debe teorizar sobre la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de la persona⁷³.

⁶⁹En este sentido se escucha como argumento el hecho que en Argentina “no hay para comprar insumos hospitalarios o dar asistencia para la nutrición de un niño” por lo que las prisiones pasarían a un segundo o tercer lugar dentro de las necesidades básicas del país.

⁷⁰La provincia de Buenos Aires dispone de 36 establecimientos carcelarios con capacidad para 14.000 internos. En ellos están alojados 18.089 reclusos (al margen de 7.000 detenidos en comisarías) -Diario La Nación, 12/07/02, pág. 16, nota editorial: “Cárceles Peligrosas”-.

⁷¹ Abanto Vázquez, Manuel; “¿Normativismo Radical o normativismo moderado?; en “Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales”, nro. 5, Editorial Grijley, año 2004, ps. 74 y 79.

⁷² Pastor, Daniel; “El derecho penal del enemigo”, en “Los desafíos del derecho penal del siglo XXI”, Ara Editora, Lima, 2005, ps. 809/810.

Cancio Meliá ha señalado que se trata del resurgir del punitivismo, como reacción internamente disfuncional (percepción de riesgos) o bien como derecho penal de autor. Por cierto – agrega- este fenómeno “tiene sus raíces en momentos anteriores al actual”⁷⁴.

Carlés entiende que la propuesta del profesor Jakobs⁷⁵ es: a. incompatible con el estado de derecho y b. Ineficaz como táctica de contención de una amenaza mayor⁷⁶.

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

Si se disiente con lo expresado anteriormente y se pretende respetar la tradición del pensamiento occidental en sus orígenes, se deberá estar a la idea prístina que “el hombre es sagrado y al matar un hombre se mata a la humanidad”.

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

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

El Derecho Penal del Enemigo es una cuestión grave. Los latinoamericanos ya lo sabemos... somos diferentes, Menezes⁷⁷ es el ejemplo. A guisa de conclusión, frente a este planteo debe exigirse una toma de posición: o se está a favor de los Derechos Humanos, las garantías y la igualdad o no.

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

⁷³ Causa “Gramajo, Marcelo”, nro. 1573C, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fecha: 5 de Setiembre de 2006.

⁷⁴ Dice: “El derecho penal del Enemigo no es consecuencia de un factor externo-de un atentado desencadenante o de una mayoría política circunstancial-. Cancio Melia, Manuel: “De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?”; Libro de Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología; Universidad Nacional de Colombia, Editorial Leyer, Colombia, 2006, ps. 497.

⁷⁵ “Que intenta contener una amenaza mucho más violenta: la intervención unilateral de los Estados Unidos en Irak y su guerra contra el terrorismo”

⁷⁶ Carlés, roberto; “El enemigo del derecho penal”; ?”; Libro de Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología; Universidad Nacional de Colombia, Editorial Leyer, Colombia, 2006; ps. 43.

⁷⁷ Después de los atentados terroristas de Londres, Menezes fue brutalmente asesinado por “error”.

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

11) Persona: Rawls, Kant, Cossio, Hervada, Kelsen, Hegel, Nozick, Maritain, Roxin, Jakobs, Luhmann, etc..

Creemos con razón la afirmación que “todo derecho penal está antropológicamente fundado”, pues se recorta sobre la imagen del hombre apreciado como actor social⁷⁸. Es que como afirma Martínez Paz, la pregunta ¿que es el hombre? no puede ser dejada de lado cuando se trata de reflexionar acerca de la naturaleza del derecho o de encontrar la medida de la justicia⁷⁹.

El hombre persigue fines, es potencialmente artífice de su propio destino y así se presenta ante nuestros ojos: *libre, germinal y jugoso*⁸⁰. Como sujeto “dinámico de valores” el hombre se realiza a sí mismo mediante el juicio moral y la acción correspondiente⁸¹.

Por otra parte somos conscientes que el núcleo actual del iusnaturalismo moderno fue refundado sobre los derechos del hombre⁸², hoy llamados *derechos humanos*, que son tema central en la vida práctica de la gente y obligada reflexión de la filosofía jurídica⁸³.

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

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

⁷⁸Lo dicen: Zaffaroni en su “Tratado...”, t.II, pág. 429 y Radbruch en “Introd....”pág. 155. Citado por Gonzalo Fernández en “El principio de culpabilidad: para una teoría del sujeto”; pág. 146, en *Revistas de Ciencias Penales* nro. 5, año 2.000, fundación cuadernos de Cátedra. MAVE Editora, Argentina.

⁷⁹Cfr.: “La enseñanza del Derecho”; Martínez Paz, Fernando; Pág. 17; Editorial García, Córdoba, año 2001.

⁸⁰Parma, Carlos; “Culpabilidad - lineamientos para su estudio -”; pág. 69, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

⁸¹Quiles Ismael; “Filosofía de la persona según Karol Wojtyła”; pág. 10; Editorial Depalma, año 1987.

⁸²Cfr.: “Los principios generales del Derecho”; Del Vecchio, Giorgio; pág. 71; 2da. Edición; Editorial Barcelona, año 1948.

⁸³Ver: “Derechos humanos y constitución”; Scala, Jorge; Diario “El derecho”; serie Filosofía del Derecho, pág. 11; Nro. 1; Univ. Católica Argentina; Mayo del año 2001.

De última generación filosófica resulta el pensamiento de Robert Nozick quien enfrenta este desafío (aunque más próximo a Kant) constituyéndose en un adalid posmoderno. El maestro de Harvard apuesta hacia una ética del valor, porque la persona es valiosa por sí misma. El tú y el yo valen en Nozick lo suficiente y de su relación derivan dos postulados éticos: 1. que debo comportarme a la altura de lo que valgo (ethical push) y 2. que debo tratarte a la altura de lo que tú vales (ethical pull). El “*push*” me empuja hacia mi alto valor. Con el “*pull*”, el prójimo me tira o reclama hacia su alto valor⁸⁴. Entonces la cuestión es importante: que yo valga y que tu valgas, marca la “diferencia”... es ser único.

Insertos en este análisis no debe soslayarse el pensamiento Rawlsiano. Conforme su trabajo original (teoría de la Justicia), John Rawls fija estos principios: 1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. 2. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere *razonablemente* que sean ventajosas para todos y b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. Es útil aclarar que en sociedades donde el individuo ha adquirido un nivel mínimo de desarrollo económico, la libertad no puede ser limitada en favor de la obtención de mayores ventajas sociales y económicas, sino sólo en el caso de que entre en conflicto con otras libertades básicas⁸⁵.

Este “ir y venir” permanente de respeto entre persona y persona, también fue aceptado, a su tiempo, por Hartmann, quién a su vez influyó notablemente sobre autores latinos de la década del 40 y 50. Hartmann sostenía que “la persona exige para sí misma el *reconocimiento* de aquellos a quienes a su vez admite como personas”⁸⁶.

Este respeto a la persona y a la sociedad también se vio modernamente en Maritain quien aceptaba la naturaleza humana como obra cumplida por un trabajo de razón y voluntad, libremente consentida. Así decía: “ la persona humana reclama la vida política, la vida en sociedad, no solamente con respecto a la sociedad familiar, sino con respecto a la sociedad civil. Esa *sociedad de personas humanas* es un todo de todos, porque la persona como tal es un *todo*. Y es un todo de libertades , porque la persona como tal significa gobierno de sí, o independencia...”⁸⁷. Resulta entonces interesante al análisis comparativo esta sublime posición sobre la persona y sociedad.

Con respecto al término **persona** hay coincidencia que deviene del griego “*prósopon*”, máscara o careta con la que se cubría el rostro el actor en el teatro clásico para representar al personaje. Jakobs también -como veremos- así lo advierte. en esta misma dirección se

⁸⁴ Grondona, Mariano; “Bajo el imperio de las ideas morales”; Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993, ps. 124..

⁸⁵“Las teorías de la justicia después de Rawls”; Gargarella, Roberto; pág. 39 y 40; Editorial Paidós, año 1999.

⁸⁶“El “ethos” de la personalidad”; Hartmann, Nicolai, Actas del 1er. Congreso de Filosofía. Mendoza; Publicación de la Universidad Nacional de Cuyo, tomo I, pág. 309. Entre otros Hartmann con su visión estratificada del hombre influyó en Soler.

⁸⁷Maritain, Jacques; “Los derechos del hombre”; Editorial Dedalo, 1961, ps. 20.

apunta al verbo latino “personare” que indica “sonar a través de”, “resonar la voz”, precisamente como lo hacía el actor gracias a su máscara.

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

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

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

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

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

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

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

Esta imagen kelseniana encuentra su fuente en el mismo derecho romano, donde la idea de personalidad, jurídicamente hablando, giraba en torno a la atribución de una subjetividad, que entrañaba una capacidad para ser centro de imputación jurídica⁸⁸.

En nuestra opinión la persona es, como estructura óptica, un “ser sujeto consciente de su propio actuar”. La persona se autorrealiza en el ser (es más persona), en la verdad, en el bien y en la belleza⁸⁹. El ser humano es una persona, y es en ese sentido “la unidad

⁸⁸Parma, Marcelo; “Compendio básico de Derecho Romano”; Editorial Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo, Argentina, 1997, ps. 91..

⁸⁹Wojtyła, Karol; “Persona y acción”; Editorial BAC; Madrid, año 1982.

sustancial de materia y espíritu”, por eso se afirma que la persona es toda sustancia indivisible de esencia racional”⁹⁰.

“La naturaleza esencial social o comunitaria del hombre está arraigada en la naturaleza de la persona, y no al revés”, en otras palabras el hombre no es persona porque es social, sino que es social porque es persona. De allí que sostengamos -reitero- que la estructura óptica de la persona, el hecho de *ser* persona, es un valor primero y previo a todos los demás valores humanos, de lo que se deduce que la sociedad debe ser para la persona y no viceversa⁹¹.

Son más que sabias y oportunas las enseñanzas de Ramella cuando –citando a Dumas- no dice que “*no es el Estado ni la ciudad ni la familia los que han hecho al hombre, sino al contrario. El hombre existe, como hombre, en la sociedad o fuera de ella. Esta es apenas una necesidad condicional, un medio para que el hombre realice mejor su finalidad completa*”⁹².

El punto de partida de la ciencia del derecho es el hombre, que socialmente debe ser visto como persona. Así el derecho brota, fluye de la persona que vive en sociedad. Visto así *el derecho no es un ser sino una modalidad de existir del ser humano en sociedad*⁹³.

Jakobs recorta su imagen de persona explicando: “La realidad en que se objetiva la libertad es el **derecho** que tiene como punto de partida **la persona** y la propiedad”, dirá Hegel. Para luego sostener “la persona concreta, que es para sí un fin particular, en cuanto totalidad de necesidades, y mezcla de necesidad natural y árbitro, es uno de los *principios de la sociedad civil*. Pero la persona particular está esencialmente en relación con otra particularidad, de manera tal que sólo se hace valer y se satisface por medio de la otra ...”⁹⁴.

Jakobs lo relata y lo explica así: “Ser persona significa tener que **representar un papel**. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador (con cita de Hobbes y otros), sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación del mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad... tienen un papel que representar”. Continúa diciendo: “ la subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes... dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas”⁹⁵.

⁹⁰Baquero Lazcano, Pedro, “Antropología filosófica para educadores”; Editorial Lerner, año 2001, ps.10.

⁹¹Quiles, Ismael; “Filosofía de la persona según Karol Wojtyła”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 73..

⁹²Ramella, Pablo; “Derecho Constitucional”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 275.

⁹³Ghirardi, Olsen, “El razonamiento forense”; Ediciones El Copista, Córdoba, año 1998, ps. 34.

⁹⁴Hegel, G. W.; “Principios de la filosofía del derecho”; Editorial Sudamericana; Bos Aires, 1975 .

⁹⁵Jakobs, G.; “Sociedad, norma y persona...”; Editorial Civitas, Madrid, 1996, ps. 50/53.

Jakobs dice: “ La norma originaria es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo. Hegel enuncia la siguiente norma originaria: sé una persona y respeta a los demás como personas”. Esta es una norma, ciertamente, para un estado jurídico ya desarrollado, en el que existen deberes entre las personas, y no, al menos no sólo, hacia el señor: a través de un trato entre ellas, por ejemplo, el comercio, las personas sirven a lo general. Lo mismo sucede respecto de la concepción de Hegel de que el contenido mínimo de la norma originaria se dirige a no lesionar al otro... el rango de una persona viene *determinado por los deberes que le competen o que cumple ... sacrificando sus derechos*”⁹⁶. Hegel machaca la idea de respeto de la persona humana, así deben tratarse y “*reconocerse*”, por ello expresa. “*los hombres sólo son hombres en la medida en que reconocen a otros hombres y son reconocidos por estos*”⁹⁷.

En relación a lo narrado precedentemente, Jakobs enfoca la imputación personal, diciendo que “el derecho penal reacciona frente a una perturbación social; ésta no puede disolverse de modo adecuado en los conceptos de sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas. Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales; de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de la competencia y de la norma como expectativa social institucionalizada. Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara (con citas de Hobbes y Luhmann)...”⁹⁸.

Hegel sentencia: “ porque lo universal desperdigado en los átomos de la absoluta multiplicidad de los individuos, este espíritu muerto, es una igualdad en la que todos valen como cada uno, como personas...”⁹⁹, rescatando de esta manera el “valor persona” que cada individuo tiene por el hecho de saberse humano.

Como se observa la posición de Hegel sobre la persona fue virulentamente cuestionada en distintos planos (filosóficos, teológicos, psicológicos, etc.). En el rubro estrictamente jurídico y llegando a nuestros días, también la ola de críticas ha vuelto contra Hegel. Lesch increpa el pensar hegeliano así: “hay que preguntarse y tratar de nuevo, cómo ha de definirse a la persona de esa nueva sociedad post - civil y de que derechos disfruta. Puede ser que entonces los argumentos de Kant y Hegel ya no posean relevancia”¹⁰⁰.

41. ⁹⁶Jakobs, G.; “Sobre la génesis de la obligación jurídica”; Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina, 2.000, ps.

⁹⁷En cambio Kant planteaba el respeto en base a las reglas y a la moral... el respeto indica que los seres humanos son receptivos a las leyes y a la autoridad de la moral.

⁹⁸ Jakobs, G. “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional”; Editorial Civitas, año 1996,, ps.50.

⁹⁹ Hegel, G.; “Fenomenología del espíritu”; Editora Fondo de Cultura Económica, México,1973, ps. 283.

¹⁰⁰“La función de la pena”; Lesch, Heiko; pág. 52; Editorial Dyfinson, año 1999.

Se ha dicho que una sociedad “es un conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas. Pero el principio, el sujeto, y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana”¹⁰¹.

En la idea de Luhmann: **Sociedad ...persona.** Existe sociedad si hay normas reales, y en la medida en que las haya ... persona es aquel a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del derecho. La persona no actúa según el esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino según el esquema de deber y espacio de libertad. Persona real es aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma. El hecho del infractor de la norma, muestra la contrapartida de la sociedad real y sólo se halla vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por ella (por la sociedad) como persona: justamente por esto, se mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal... subsiste su personalidad formal. Por tanto, el infractor de la norma tiene que seguir siendo persona. La sociedad es comunicación. **Sujeto.** En el derecho lo que interesa es el sujeto que desempeña un rol. Aquí lo que pesa es “si existe un deber o no”. En el ordenamiento jurídico no existen seres humanos, sólo existen sujetos. Este sólo conoce “personas”.

Lo cierto es que en la tesis jakobiana, siempre una persona porta un rol, que es “su papel” a representar y comunicar con “sentido”. De esta manera garantiza a los otros un “comportamiento” conforme la expectativa. Ser persona es *cumplir el deber frente al grupo. La dogmática jurídico penal empieza con la vigencia de la norma y no considera ni la naturaleza ni la conciencia de la persona como materia jurídico penal, son sólo indicadores de un estado respecto de la vigencia de la norma.*

A partir que Jakobs –específicamente en el año 2001- adscribe su Derecho Penal del Enemigo, endurece el concepto de persona. Considera que los enemigos no son personas, como señalé supra los reduce casi a “animales peligrosos”. En su nueva modalidad que es el “peligrosismo” dice que el enemigo no se toma en serio el derecho, pues “el sujeto peligroso ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos”¹⁰²

Rawls sobre la idea general de persona y su ensamble social aventuraría propuestas compatibles: “nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social, nadie conoce tampoco cual es su suerte en la distribución de ventajas...”¹⁰³. Así llegan los hombres al “pacto social”, sin nada. Lo hacen con el “velo de la ignorancia” acerca de cómo les irá (son “adanes sin historia”). Entonces deben aceptar la igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia, donde el progreso de unos debe redundar en beneficio de los que están peor. Así la igualdad de oportunidades debe ser equitativa. La

¹⁰¹Puede verse esta idea en la Encíclica “Pacem in terris” 9 y en “Elementos de Doctrina Social de la Iglesia”, Ricardo Seco, Editorial Alveroni; año 1997.

¹⁰² Jakobs., Günther; ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?; en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 146.

¹⁰³“ La justicia en Rawls”; Bliffeld, Hugo; en Anuario de filosofía jurídica y social nro. 7; Editorial Abeledo - Perrot; año 1987.

sociedad debe compensar de alguna manera y así igualar el “punto de partida”. La competencia debe “ser justa”.

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

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

Por esto Jakobs sostiene que “el concepto de persona es relativo a los deberes y derechos atribuidos... los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio)”¹⁰⁴.

En la antinomia hombre – persona, el filósofo Carlos Cossio concluía que “la personalidad jurídica del hombre no puede ser negada, ni atribuida su existencia al arbitrio del legislador, por una razón esencial: el hombre, como protagonista, es siempre sujeto del Derecho y no objeto”¹⁰⁵.

Javier Hervada ha insistido en el respeto de los derechos fundamentales diciendo: “*La conclusión es obvia: todo ser humano es titular de derechos humanos, porque allí donde existe la naturaleza humana hay la dignidad y el valor que están en la base de los derechos*”¹⁰⁶.

A modo de corolario sirva pues la imagen que deja Roxin: “Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino también *del* Derecho Penal”¹⁰⁷.

Precisamente “el derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Jakobs, Günther; “La idea de la normativización en la dogmática jurídico penal”; en “Los desafíos del derecho penal del siglo XXI”, Editorial Ara, Lima, 2005, ps. 114.

¹⁰⁵ Ramella, Pablo; “Introducción al derecho”, Segunda Edición, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1980, ps. 223.

¹⁰⁶ Rivas, Pedro; “El derecho a la vida”, en “Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía de Javier Hervada”, Editorial Ara, Lima, de la Colección jurídica de la Universidad de Piura, 2005, ps. 169.

¹⁰⁷ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 137.-

¹⁰⁸ Dworkin, Ronald; “Los derechos en serio”, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1989, ps. 17.

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

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

Cuando el derecho positivo lesiona el bien común se torna insostenible. Veamos el problema en la opinión de los más destacados tratadistas.

Dworkin, desde el “*iusnaturalismo sociológico*”, enseñaba que el derecho es un fenómeno social argumentativo, donde las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento¹⁰⁹.

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

Agregaba éste maestro de Oxford que hay que tener en cuenta que en el derecho, junto a las normas jurídicas, o por encima de ellas, operan estándares que limitan su alcance. Son mecanismos (la “directriz” y los “principios”) de los que hechan mano los jueces en la interpretación de las normas. Son una suerte de “metanorma”¹¹⁰

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

Sostengo el criterio que “ *Las expectativas sociales institucionalizadas deben pasar necesariamente por un matiz de razonabilidad para poder resolver el problema central, aspirando siempre al bien común*”.

Finnis se aventura a decir que lo principal en el ámbito jurídico son las normas. Reafirmando esta concepción, hoy en día este pensamiento se ha consolidado, ya que “los juristas elaboran sus conceptos a partir de las normas. Esto no significa que trabajen exclusivamente con material normativo”, pero sí nos parece cierto, debo reconocerlo, que “las normas jurídicas son un concepto básico, o elemental, del discurso jurídico contemporáneo”¹¹¹. Pero para ser relevantes en el mundo del derecho deben pasar por un tamiz de razonabilidad para alcanzar el caso central (justo).

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

¹⁰⁹Dworkin, Ronald; “El imperio de la justicia”; pág. 15 y 290; Editorial Gedisa, año 1998.

¹¹⁰Russo, Eduardo; “Teoría general del Derecho”; pág. 58; Editorial Abeledo Perrot, año 1997.

¹¹¹Cfr.: “Elementos de análisis jurídico”; Capella, Juan Ramón; pág. 97 y 51, Editorial Trotta, año 1999.

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

En el siglo XX, Kelsen respondía afirmativamente el acertijo: “en tanto se cumpla con una serie de requisitos legales el derecho injusto no se puede negar que es derecho”, diría el maestro de Praga¹¹². En las antípodas del positivismo kelseniano se encontraba Radbruch, quien le negaba validez al derecho si violaba derechos humanos, ya que habría un límite en el legislador en cuanto no puede obligar lo imposible¹¹³.

Radbruch advierte la necesidad histórica de rescatar en la segunda mitad del siglo XX los “derechos humanos” como garantía de libertad. Dice, que el respeto ciego a la ley que postuló el positivismo hizo posible la implementación de un régimen totalitario por ello resulta valioso “reflexionar nuevamente sobre los derechos humanos que están por encima de todas las leyes . En su obra “Filosofía del Derecho” sostenía que “derecho es la realidad cuyo sentido consiste en servir a la idea del derecho”. Para él la idea del derecho está constituida por tres elementos fundamentales: *la justicia, la seguridad y la finalidad o funcionalidad*. Estos tres elementos están en permanente tensión y hasta contradicción entre sí, sin que la filosofía del derecho pueda indicarnos cuál de ellos debe prevalecer, porqué la vigencia de estos valores jurídicos cambia según las épocas y las necesidades históricas de la sociedad... esto hace a la relatividad axiológica”. Pero aclara que “*cuando la injusticia del derecho positivo alcanza una medida tal que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo carece de significación frente a esta injusticia, el derecho positivo injusto tiene que ceder ante la justicia*”¹¹⁴.

La naturaleza de la cosa -sentencia Radbruch- es la pauta de todos aquellos que se esfuerzan por aminorar el rudo dualismo entre deber ser y el ser, realidad y valor, buscando

¹¹² “Una norma es válida cuando tiene fuerza obligatoria... la validez es una propiedad normativa”.

¹¹³ Radbruch propone la “naturaleza de las cosas” como fundamento de “la progresiva transformación de una relación jurídica en una institución jurídica. Esta institución jurídica deriva de los hechos de la naturaleza, de las costumbres, tradiciones, usos o de las relaciones vitales, en una especie de tipo ideal que se obtiene “mediante la tipificación e idealización de la individualidad de la relación vital que se considera” (Cfr.: “Introducción al derecho”; Aftalión, Vilanova y Raffo; Pág. 317, Editorial Abeledo Perrot, año 1999.

¹¹⁴Cfr.: “La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento”; Radbruch, Gustav; pág. 55 a 59, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1963.

la razón en los entes; es un lema en la lucha entre dos ideologías que en la historia del pensamiento clásico alemán se encarnó en dos grandes figuras Kant y Goethe...”¹¹⁵.

La tesis de Radbruch plasmada en “Injusticia legal y derecho supralegal”, que indicaba que el “derecho incorrecto debe retroceder ante la justicia”¹¹⁶ fue citada por el Bundesgerichtshof (BGH St, Corte Federal de Alemania) siguiendo sus precedentes y analizada por Jakobs¹¹⁷, en el caso “los defensores del muro” que citamos precedentemente. Sodero dice que “la fórmula de Radbruch no identifica el derecho con la facticidad de la ley conforme al ordenamiento y la eficacia social, sino que establece para esa facticidad un límite en el umbral hacia la extrema injusticia, haciéndole perder allí el carácter jurídico y la validez jurídica”. Este criterio es respaldado por Alexy quien didácticamente dirá: “la injusticia extrema no es derecho”¹¹⁸.

Se dice que el fallo “los defensores del muro” sigue el derrotero que trazara oportunamente el juicio de Nüremberg a los criminales de guerra nazis. Esta jurisprudencia hizo opinar a Rommen sobre el “eterno retorno” del derecho natural. En opinión de Sacheri “es lo que se le debe al hombre en virtud de su esencia”, esto es por el sólo hecho de ser hombre¹¹⁹.

Aunque se aproximó al ius positivismo, el realismo escandinavo de Alf Ross, intentó soluciones alternativas diciendo que el modelo de ciencia jurídica debía ser no sólo descriptivo sino empírico. Es decir que la validez de una norma, sea justa o no, debía verificarse sobre la base de experiencias. De esta forma una validez “a priori” debía rechazarse, ya que el derecho no puede estar por encima del mundo de los hechos¹²⁰.

Es oportuno señalar que Ross se ha opuesto reiteradamente a la “autorreferencialidad normativa” de Luhmann por considerarla lógicamente inadmisibles. Hay que considerar aquí que Ross pensaba que las normas hablan con frecuencia como si detrás del tiempo, del mundo y del espacio existiera otra realidad, un *mundo de relaciones jurídicas* determinadas por fuerzas puestas en libertad por hechos creadores, modificadores y extinguidores¹²¹.

¹¹⁵Cfr.: “Relativismo y derecho”; Radbruch, Gustav; Monografías jurídicas nro. 82; pág. 53; Editorial Temis, Bogotá; año 1992.

¹¹⁶Puede verse: “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, año 1962).

¹¹⁷La publicación salió en Neue Zeitschrift Strafrecht, año 1994, nro. 586.

¹¹⁸Cfr.: “El concepto y la validez del derecho”; Alexy, Robert; pág. 45 y conc; Editorial Gedisa, Barcelona, año 1994. Citado también por Eduardo Sodero, donde se dice: “El carácter jurídico se pierde cuando la injusticia alcanza una *medida insoportable*”.

¹¹⁹Cfr.: “El orden natural”; Sacheri, Carlos; pág. 24 y 25; Editorial Cruzamante; año 1980.

¹²⁰ Cfr.: “Algunos modelos metodológicos de las ciencias jurídicas”; Nino, Carlos.

¹²¹Cfr.: “Deber jurídico”; Llabrés de García, Margarita; pág. 13; Revista Colección Notas de Filosofía del Derecho, nro. 6; Córdoba, Editorial Atenea, año 1995.

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

En su reconocida obra: “Derechos en Serio”, Dworkin vierte una profunda crítica al sistema iuspositivista y sugiere cambio de paradigma hermenéutico para replantear el papel del derecho, cuestionando el liberalismo político, apoyado en una ética liberal. El concepto central de su argumentación “no será el de libertad, sino el de igualdad”¹²².

Johannes Messner enfrenta con particular acuidad el conflicto “naturaleza y razón” y “los fines existenciales de la naturaleza humana”. Así dice: “ la conciencia moral del hombre individual completamente desarrollada, cuando se pregunta por el sentido de la vida, se ve remitida a los fines existenciales, que se encuentran trazados en la naturaleza humana... de allí que el principio de moralidad responda al de realidad, tomándose como parámetro para juzgar la rectitud o incorrección del funcionamiento de las instituciones y “sistemas sociales”¹²³.

En Argentina, Sagües sentenció que “el comportamiento estatal injusto es, simultáneamente, inconstitucional”. Así fue aceptada esta posición por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en reiterados fallos (Saguir Dib; Maurizio, 305; 614; Nordensthol, 307; 326; etc.)¹²⁴.

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

Ya podemos entonces ingresar a la idea de Finnis, que a contrapelo del ius naturalismo clásico, se atreve a decir que “*el derecho injusto es derecho*”¹²⁵... pero de novedosa forma.

¹²²Dworkin, Ronald; “Los derechos en Serio”; pág. 388; Ed. Ariel, año 1989.

⁴²Cfr.” Etica social, política ...”; Messner, J.; pág. 39 y siguientes; Madrid, 1967.

¹²⁴Puede verse al respecto: “Bien común y derecho constitucional”; Santiago, Alfonso (h); Editorial Abaco, año 2002.

Esta aceptación de que el derecho injusto es derecho (secundum quid) no resulta ajena, por cierto, al pensamiento de Tomás de Aquino, como lo demuestra el propio Finnis¹²⁶. Por ese motivo, para este autor, aquél integra el objeto de la ciencia jurídica; afirmación que supone un deliberado intento de acercamiento de esta teoría del derecho natural al positivismo jurídico. El problema es que el ius positivismo, en su aceptación de un concepto amplio de derecho, que incluya al derecho injusto, éste será un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo¹²⁷.

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

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

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

El caso “central” lo constituyen normas e instituciones que permiten la implementación¹²⁸ del sistema. Esta ley positiva es lo que el *lawyer* tiene ante todo ante su vista¹²⁹.

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

“El derecho introduce precisión y claridad, y por tanto previsibilidad en las interacciones humanas, siendo de esta manera un SISTEMA de reglas

¹²⁵ Reconoce Finnis un antecedente en Tomás de Aquino (ver: “La estructura del Conocimiento Jurídico”; Martínez Doral, J.M.; pág. 68, Universidad de Navarra, Pamplona, año 1963)

¹²⁶“Hart. Abogado del positivismo jurídico”; Orrego Sánchez, Cristóbal; pág. 182, Ediciones EUNSA, año 1997. En idéntico sentido José María Martínez Doral. Citado por Legarre.

¹²⁷Ver: “El concepto de derecho en John Finnis”; Legarre, Santiago; Revista: “Persona y Derecho”, nro. 40-1999, pág. 70; Universidad de Navarra, España.

¹²⁸ Ver: “El ius naturalismo positivista de John Finnis”; Legarre, Santiago; en El Derecho tomo 179, pág. 1202/1213, Argentina.

¹²⁹Cfr.: “John Finnis y el derecho natural”; Soaje Ramos, Guido; En “Anuario de Filosofía jurídica y social”, nro. 7, pág. 96, año 1987, Editorial Abeledo Perrot, Argentina.

INTERRELACIONADAS de tal manera que las reglas definen, constituyen y regulan las instituciones, y las instituciones a su vez crean y administran las reglas, y resuelven las cuestiones sobre su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento”¹³⁰. Entonces si el derecho “introduce” claridad al sistema (“lo reduce”), se pregunta Finnis cómo puede generarse una regla autoritativa sin previa autorización.

El derecho tiene un objeto de reflexión “práctico” (que es pensar acerca de “qué uno debe hacer”), referido a conductas e instituciones destinadas a satisfacer necesidades y exigencias humanas¹³¹.

Sintéticamente –reiteramos-, Finnis coincide con los positivistas en que, lo más relevante son las normas, y con los ius naturalistas, en que éstas deben pasar por un *tamiz de razonabilidad* para justificar su carácter central¹³². Por eso reafirma que: “ Hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante *las instituciones de la ley humana* , y *exigencias de razonabilidad práctica* que sólo esas instituciones pueden satisfacer”¹³³, sin dejar de la lado *el bien común*.

A modo de colofón la ley natural sería la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre. En tanto el contenido de la ley positiva se deriva de los preceptos de la ley natural mediante la determinación de reglas sobre los medios para obtener los fines naturales¹³⁴.

13) Reflexiones finales

- a. El respeto por la dignidad humana es un punto de partida irrenunciable para cualquier penalista. El derecho penal del enemigo no dice nada nuevo. En sí mismo ya es un pensamiento agotado.

¹³⁰Cfr.: “Ley Natural y Derechos Naturales”, Finnis; pág. 296, Ed. Abeledo, 2000.

¹³¹Legarre considera que en otras palabras “es un obrar deliberadamente ordenado hacia un fin “. De allí que el jurista deberá observar muy bien la finalidad práctica, lo que lo hará a la hora de analizar la realidad social atender a su razón de ser, su porqué” (Extraído de la ponencia presentada por Santiago Legarre en las Iras. Jornadas de Derecho Natural en San Luis, en Junio de 2001, organizadas por la Universidad Católica de Cuyo).

¹³²Parma, Carlos; “El pensamiento de Günther Jakobs”; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.

¹³³ Cfr.: “ Ley natural y Derechos Naturales”; Finnis, John; pág. 36, Editorial Abeledo Perrot, año 2000.

¹³⁴Hervada, Javier; “Introducción crítica al derecho natural”; 5ta. Edición; pág. 164 y 167; Ediciones Universidad de Navarra, año 1998.

- b. La **mundialización** es una sociología de las interdependencias y una fenomenología de un mundo nuevo¹³⁵. Puede ser concebida como un “imaginario social”¹³⁶.
- c. Le asiste razón suficiente a Zaffaroni cuando dice como hipótesis de trabajo que “en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de *enemigo o extraño* en el derecho ordinario de un estado constitucional de derecho”¹³⁷.
- d. La pena no tiene fin ni función en si misma que pueda comprobarse científicamente¹³⁸.
- e. Hay que reexaminar todo el Derecho Penal. También comenzar a pensar desde la realidad Latinoamericana.

El dable que existan anclajes necesarios que sean espacios comunes y a la vez puntos de partidas. Estos deben ser los principios que iluminan Derechos Humanos, sólo así se encontrará un camino a un mundo mejor.

DR. CARLOS PARMA
(ARGENTINA)

ⁱ Desde análisis dogmáticos a la teoría del delito, lo mismo se critica de las teorías de la Imputación Objetiva. Las mismas surgen con la explicitada pretensión de limitar la imputación al tipo objetivo, pero para esto utilizan ciertos principios o cartabones que giran alrededor de la idea de riesgo, lo que implicaría un ámbito de mayor arbitrariedad en su interpretación y aplicación. No es lo mismo conceptualmente hacer derivar del tipo el “no estafarás” clásico, que el “no excederás el riesgo de estafa”.

¹³⁵ Toda la intensa obra de Zaki Laïdi gira en torno a esta idea. Puede verse al respecto: “Le temps Mondial”, Editions Complexe, Bruxelles, 1997; “Géopolitique du sens”, Editions Desclée de Brouwer, Paris, 1998; “La grande perturbation”, Editorial Flammarion, Paris, 2004.

¹³⁶ Zahi Laïdi entiende que el imaginario social tiene cinco componentes esenciales: a. el imaginario de las formas comunes, de allí que lo que se hace se haga más sobre el recuerdo que sobre los descubrimientos; b. Hay un imaginario de una vida diaria mundial, que implica un vivir en una comunidad espontánea y única que no implica un proyecto común; c. La mundialización de los afectos se vive sobre el método de la emoción, como si se pudiera así formar una comunidad emotiva; d. el imaginario de mercado, que implica que todo se puede comprar y todo se puede vender. La moral también; e. Así hay un deber de elegir sobre la base de la maximización de sus preferencias personales (“La grande perturbation”, Ed. Flammarion, Paris, 2004, ps. II, VI y VIII). Esto se produce también pues la guerra fría pone fin a los modelos occidentales de vocación universal (“Un monde privé de sens”, Ed. Hachette – Pluriel, Paris, 2001, ps. 330

¹³⁷ Zaffaroni, Raúl; “El enemigo en el derecho penal”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 12. agrega que Sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra con las limitaciones que impone el derecho internacional (Convención de Ginebra, etc.).

¹³⁸ Ver el análisis “ut supra” de Enrique Bacigalupo, punto 9).