

“SI UD. QUIERE UNA GARANTÍA, COMPRE UNA TOSTADORA”: ACERCA DEL PUNITIVISMO DE LESA HUMANIDAD

Prof. Dr. Andrés ROSLER*

Fecha de recepción: 26 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 22 de noviembre de 2017

Resumen

Lo que sigue es una exhibición de algunas obras maestras que corresponden a las dos grandes escuelas filosóficas que ha dado el derecho penal a lo largo de su historia. En primer lugar, apreciaremos algunos cuadros de la escuela garantista con su inconfundible aire de familia jurídico. En segundo lugar, contemplaremos varios cuadros de la escuela punitivista, cuyo aire de familia es inmediatamente moral y cuyo único propósito consiste en que ningún malvado escape al castigo. Esta última escuela, como veremos a continuación y como se suele decir en inglés, es una iglesia bastante amplia que aglutina a compañeros de cama bastante extraños, desde el nazismo hasta el republicanismo clásico, pasando por el jacobinismo. Una vez terminada la exhibición es de esperar que el público se pregunte por los diferentes aires de familia entre los cuadros y sobre esa base elija un retrato penal acorde a los derechos humanos de todos los seres humanos, una expresión que supo ser considerada como redundante pero que ahora evidentemente ya no lo es.

Palabras clave: Garantismo – Punitivismo – Republicanismo penal – Crímenes de lesa humanidad

Title: ‘If you Want a Guarantee, Buy a Toaster.’ On Punitivism and Crimes Against Humanity

* Abogado (UBA), Máster en Ciencia Política (FLACSO), Doctor en Derecho (Oxford). Investigador del CONICET, Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Contacto: andres.rosler@gmail.com. Conforme a la muy reveladora terminología del derecho penal liberal atomizador y su celo por las distinciones categoriales, si bien soy el único autor material del delito, debo agradecer a Guillermo JENSEN, Jaime MALAMUD GOTI, Daniel PASTOR, Luciano VENEZIA y los dos dictámenes de En Letra: Derecho Penal, cuyos comentarios a versiones anteriores de este trabajo los convierten *ipso facto* en partícipes secundarios.

Abstract

This work is an exhibition of some masterworks corresponding to the two major philosophical schools in the history of criminal law. First of all, we shall assess some pictures of the school that usually goes by the name of garantism with their unmistakably juridical family resemblance. Secondly, we shall contemplate several pictures of the punitivist school, whose family resemblance is mainly moral and its sole goal is to make sure no bad guy escapes punishment. This second school, as we shall see, is a broad church that brings together rather strange bedfellows: from nazism to classical republicanism, through Jacobinism. This exhibition is meant to enable the public to assess the different families and on that basis choose a criminal portrait according to the human rights of all human beings, an expression that used to be taken as redundant but alas it has ceased to be so.

Keywords: Garantism – Punitivism – Penal republicanism – Crimes against humanity

Sumario

I. Introducción; II. Garantismo; III. Punitivismo; IV. Con ustedes, los intérpretes; V. *De Nobis Fabula Narratur*; VI. Bibliografía

“Papageno: ¿qué es lo que diremos ahora?”

“Pamina: ¡La verdad! La verdad, aunque fuera delito”

(*La Flauta Mágica*, Acto I, Escena 3)

I. Introducción

Había una vez en nuestro país un consenso tal entre quienes se dedicaban al derecho penal que en ese entonces, como muy bien sostiene ZAFFARONI, hablar de “un *derecho penal garantista* en un estado de derecho” era “una *grosera redundancia*, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de *garantías*, de modo que todo penalista, en este marco, se supone que es *partidario de las garantías*, es decir, que es *garantista*”.¹ A quienes estudiaron derecho penal a mediados de la década del ochenta en los albores de la restauración democrática este consenso seguramente les resultará muy familiar.

¹ ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 169.

Lo que tal vez ilustra mejor lo que se entendía en aquel entonces por penalista es el caso de los perros entrenados que hoy en día llevan carteles del tipo “no pet” y que son utilizados en los aeropuertos para detectar sustancias prohibidas entre los pasajeros. Estos perros, cuando perciben una instancia de dichas sustancias prohibidas, se detienen inexorablemente, con la diferencia de que en el caso de los penalistas de otrora el entrenamiento estaba destinado a detectar violaciones de las garantías penales en cumplimiento de lo que se solía denominar como “la función de garantía” de la ley penal en un Estado de Derecho.²

Dentro de aquel consenso podía haber desacuerdos, por supuesto, pero tales desacuerdos consistían en una verdadera competencia por dilucidar quién era el sabueso que detectaba la mayor cantidad de violaciones de los derechos fundamentales por parte del aparato punitivo del Estado. De ahí que la competencia, por así decir, era por superar el celo de DERSHOWITZ por sus representados o incluso llegaba al extremo de emular la posición de VERGÈS, reveladoramente conocido como “el abogado del diablo”, para quien la única verdadera defensa penal, incluso del mismísimo diablo, es la de ruptura.³ Proceder de otro modo equivalía a conceder que había seres humanos que no estaban protegidos por los derechos humanos.⁴

Hablando del diablo, quizás el punto sobre la defensa de sus derechos pueda ser ilustrado mediante una conocida escena de “El Hombre de Dos Reinos” (1966), una película sobre la vida de Tomás Moro basada en el libro de Robert Bolt, *A Man for All Seasons*, y protagonizada por Paul Scofield. En dicha escena, William Roper, quien con el tiempo se convertiría en su yerno, le reprocha a Moro que este último está dispuesto a concederle al diablo el beneficio de la ley. Roper, en cambio, “para perseguir al diablo” está dispuesto a “derribar todas las leyes en Inglaterra”. Es entonces que el personaje de Moro pronuncia la célebre frase: “y cuando la última ley ha sido derribada y el diablo se da vuelta y se dirige hacia vos, ¿dónde te esconderás una vez

² Cfr., por ej., JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* (trad. Santiago MIR PUIG y Franciso MUÑOZ CONDE), Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, pp. 179-183.

³ Cfr. VERGÈS, *Estrategia judicial en los procesos políticos* (trad. María Teresa LÓPEZ PARDINA), Barcelona, Anagrama, 2009.

⁴ Daniel PASTOR en sus clases persevera con este espíritu legalista al dar como ejemplo de imparcialidad en el razonamiento judicial la historia contada por el ex-árbitro Héctor Elizondo en el sentido de que durante el Mundial de 2006 se vio obligado a expulsar a Zidane debido a que el cuarto árbitro le había informado que el “diez de los blancos” le había aplicado un cabezazo a un jugador del otro equipo (Materazzi), a pesar de que se trataba del capitán de Francia, en su último partido oficial, durante la final de un Mundial, todo esto sin tener que preguntarle a su colega “¿desde dónde lo decis?” o recordarle que “es más complejo”, sino que lisa y llanamente aplicó el reglamento.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

que todas las leyes hayan sido eliminadas? Este país está densamente plantado con leyes de costa a costa —leyes humanas, no de Dios— y si vos las derribaras —y sos justo el hombre capaz de hacerlo—, ¿vos realmente creés que podrías permanecer erguido [*upright*] en medio del viento que soplaría entonces? Sí, le daría al diablo el beneficio de la ley, en aras de mi propia seguridad”.⁵

Por otro lado, había una cuestión de principio de por medio ya que muy pocos académicos, y mucho menos los jueces en sus sentencias, se hubieran permitido en aquella época pronunciarse en contra de semejante acuerdo garantista —al menos en público— porque eso habría implicado ser considerado *ipso facto* un fascista —y no precisamente en el buen sentido de la palabra, como dice el personaje de Sacha Baron Cohen en la película “El Dictador”—.

De este modo, probablemente por diferentes razones, los penalistas formaban un frente casi sin fisuras contra el clamor popular que pedía que los delincuentes fueran castigados sin más, como si lo único que contara fuera terminar con la impunidad a toda costa. Para un penalista, o para usar “la grosera redundancia” de ZAFFARONI: para un garantista, la idea misma de hablar de “delincuentes” que debían ser castigados con independencia de sus garantías penales era un sinsentido.

Es evidente sin embargo que las cosas han cambiado profundamente, a tal punto que quienes estudiaron derecho penal a comienzos de la democracia hoy muy probablemente se sientan como Austin Powers, cuando en la primera parte de la trilogía fue descongelado y volvió al presente unos treinta años más tarde. En efecto, tomemos, por ejemplo, los dos últimos fallos del tribunal más alto en materia federal penal —con excepción de la Corte Suprema, por supuesto—, a saber, la Cámara Federal de Casación, sobre delitos de lesa humanidad, ambos en relación con la aplicación de la así llamada “ley del 2 x 1”.

El último fallo, por ejemplo, explícitamente hace referencia a “las irrenunciables obligaciones internacionales asumidas por el estado argentino de efectivizar la investigación, juzgamiento y sanción adecuada de graves violaciones a los Derechos Humanos” (caso “Astiz”, 28 de agosto de 2017, f. 21). En el penúltimo fallo consta, asimismo muy claramente, que este alto tribunal es consciente, con razón, de que como tribunal penal tiene el deber de asegurarse de que los delitos de lesa humanidad no queden impunes, de tal forma que ni siquiera tenga lugar una “mengua simbólica” de dicha punición (caso “Riveros”, 9 de junio de 2017, f. 10).

⁵ Le agradezco enormemente a Luis Alejandro Silva por su amabilidad de haberme recordado esta escena entre Tomás Moro y su yerno Roper.

Estos fallos llaman la atención ya que es obvio que un tribunal penal tiene la obligación de castigar los delitos. Eso es exactamente lo que se supone que hace un tribunal penal.⁶ Pero estos fallos no solamente llaman la atención porque se refieren al obvio deber que tiene un tribunal penal de castigar un delito, sino porque además omiten recordar lo que en otra época era igual de obvio, o más obvio todavía que el deber de castigar, a saber, el deber de tener en cuenta las garantías penales de aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado.

En efecto, el fallo “Astiz” habla de una eventual comisión de “un injusto de carácter internacional que pone en riesgo de sanción a la Nación tanto frente al sistema universal de Derechos Humanos como al regional interamericano” (f. 22) para el caso de que el castigo no fuera debidamente implementado, pero no hace referencia alguna a la posibilidad de cometer otro injusto debido a que las garantías penales hayan sido violadas. En el fallo “Riveros” se hace referencia asimismo a las “dificultades provenientes de un entrenamiento jurídico formalista” (f. 16), como si alguien pudiera ser demasiado formalista en materia penal, sin preocuparse siquiera por una “mengua simbólica” de las garantías penales.⁷

Evidentemente, si un tan alto tribunal como el de Casación menciona una obviedad pero deja de lado otra, esta otra ha dejado por lo tanto de ser una obviedad y se ha convertido en objeto de discusión —si tenemos suerte—. Da la impresión entonces de que en los últimos años los penalistas han dejado de ser como perros entrenados en la detección de las violaciones de las garantías penales para convertirse en portavoces de la conciencia punitiva del pueblo. Ciertamente, no hay nada de malo *per se* en que suceda esto último. En realidad, es lo que sucede siempre. El derecho en general, y el penal no es una excepción, siempre proviene de algún lado y si todo sale bien del pueblo democrático. El problema es cuando la conciencia punitiva del pueblo ya no está interesada en lo que en otra época se solía designar como principio de legalidad.

⁶ Para el abolicionismo, ese es exactamente el problema que debe ser abolido, pero esto se debe a que lo que hacen los tribunales penales precisamente es castigar.

⁷ En lo que atañe a las “dificultades provenientes de un entrenamiento jurídico formalista”, así como en una época ser penalista y garantista era una “grosera redundancia”, más o menos para la misma época dedicarse al derecho y ser formalista también lo era, sobre todo si esta persona no estaba dispuesta a supeditar el derecho vigente al razonamiento moral. Después de todo, es un formalismo lo que distingue un tribunal de una reunión de abogados o, para el caso, el derecho vigente de un artículo en una revista jurídica.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

La discusión, entonces, es la que tiene lugar entre lo que se suele denominar como “garantismo” y “punitivismo”. Si hiciera falta podríamos agregar el prefijo “neo-” a cualquiera de los dos términos.⁸

Ahora bien, los mencionados fallos indican que a juicio de la Casación, al menos en lo que atañe a las salas que se han pronunciado al respecto, el derecho vigente en nuestro país es claramente (neo-)punitivista. Por varias razones, sin embargo, creo que se trata de un error y que el fallo “Muiña” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el que verdaderamente refleja cuál es el derecho penal vigente en nuestro país.⁹ No obstante, lo que me interesa retratar en este trabajo no es el derecho vigente en sí mismo —después de todo el derecho vigente también puede cambiar algún día—, sino los dos grandes modelos filosóficos en disputa con la esperanza de que estos retratos nos permitan ser plenamente conscientes de qué es lo que está en juego, quiénes somos realmente y, finalmente, cuál es el derecho penal que merece nuestro asentimiento.¹⁰

Para usar otra metáfora, lo que sigue es una exhibición de algunos cuadros bastante famosos que corresponden a las dos grandes escuelas filosóficas que ha dado el derecho penal a lo largo de su historia. En primer lugar, apreciaremos *algunos* cuadros de la escuela garantista con su inconfundible aire de familia jurídico tan admirado en los comienzos de la democracia.¹¹ Dichos

⁸ Sin duda, se trata de una designación que podría prestarse a la confusión. En efecto, todo derecho penal es punitivista, tal como lo indica el nombre. En todo caso, la diferencia consiste en hasta dónde estamos dispuestos a ir para poner en marcha el aparato punitivo del Estado. Por ello, la verdadera oposición es la que tiene lugar entre el punitivismo moderado y el punitivismo extremo. Pero para evitar mayores confusiones me voy a atener al uso frecuente de estas expresiones.

⁹ En el fallo “Muiña”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictaminó que el cómputo “2 x 1” de los días de prisión preventiva es aplicable a casos de lesa humanidad. Quienes deseen darse una idea general de por qué el fallo “Muiña” refleja el derecho vigente pueden consultar al respecto ROSLER/JENSEN, “¿Nullum crimen sine poena o nullum crimen sine lege? Consideraciones sobre el fallo ‘Muiña’”, *La Ley*, Año LXXXI, no. 108, 2017, pp. 3-5. Para tener un panorama general sobre diferentes posiciones respecto al fallo, los lectores pueden consultar con mucho provecho además la edición especial de *La Ley*, Año LXXXI, no. 93, 2017.

¹⁰ Huelga decir que no soy el primero en haber percibido la discusión actual entre los dos modelos de derecho penal. Cfr., por ej., el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, N°. 86-87, 2008, pp. 149-171. Quizás la innovación del presente trabajo sea la de poner la discusión en un contexto histórico-conceptual. Por supuesto, hablo de “historia conceptual” en un sentido bastante amplio, por no decir casero, de la expresión y no necesariamente en el sentido de Reinhart KOSSELLECK y sus seguidores.

¹¹ El Dictamen A del arbitraje hace referencia con razón a que en la muestra que sigue el garantismo da la impresión de ser una escuela homogénea, sobre todo si lo comparamos con la exposición punitivista.

cuadros en aquel entonces eran considerados como obras maestras de la civilización occidental. En segundo lugar, contemplaremos los cuadros de la escuela punitivista, cuyo aire de familia es inmediatamente moral y cuyo único propósito consiste en que ningún malvado escape al castigo. Hace no mucho esta escuela gozaba de muy mala reputación entre los penalistas comprometidos con la causa de la democracia. El punitivismo, como veremos a continuación y como se suele decir en inglés, es una iglesia bastante amplia que aglutina a compañeros de cama bastante extraños, desde el nazismo hasta el republicanismo clásico, pasando por el jacobinismo. Una vez terminada la exhibición es de esperar que el público se pregunte por los diferentes aires de familia entre los cuadros y sobre esa base elija un retrato penal acorde a los derechos humanos de *todos* los seres humanos, una expresión que supo ser considerada como redundante pero que ahora evidentemente ya no lo es.

II. Garantismo

Lo que se suele denominar como "garantismo" corresponde a lo que FERRAJOLI, precisamente uno de sus grandes campeones, llama "derecho penal mínimo", el cual consiste "en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune".¹² Se trata de un discurso penal que ha acompañado típicamente al liberalismo durante toda su historia. De hecho, hasta hace poco el así llamado "derecho penal liberal" era tal vez lo único "liberal" que se podía invocar sin tener que dar mayores explicaciones.¹³ El eslogan que permite identificar fácilmente a esta posición es el clásico "*nullum crimen sine lege*", según el cual no se puede hablar de crimen antes de que se verifique que una acción haya sido cometida con posterioridad a la sanción de una ley penal y su castigo debe ser conforme a dicha ley penal.¹⁴

Después de todo, por ejemplo, BECCARIA, CONSTANT y FEUERBACH tuvieron simpatías políticas e incluso morales diferentes. Quisiera aclarar que esta asimetría entre las exposiciones se debe fundamentalmente a una cuestión de espacio y no a que el garantismo sea un frente homogéneo.

¹² FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN y Rocío CANTARERO BANDRÉS), Madrid, Trotta, 1995, p. 106.

¹³ Cabe recordar por las dudas que para adherir al derecho penal liberal no hace falta ser un admirador del mercado, sino que es suficiente creer que todos los seres humanos tienen exactamente los mismos derechos precisamente humanos.

¹⁴ Principalmente por razones de espacio en este trabajo no me voy a detener en la discusión sobre la justificación del castigo. Me voy a limitar a recordar que el garantismo suele estar emparentado con una teoría preventiva del castigo, pero dicha conexión no es necesaria sino contingente. Por otra parte, la teoría de la prevención solamente tiene sentido si la prevención ocurre gracias a que los delitos fueron castigados de

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

Para usar la terminología de RAWLS, el derecho penal liberal es plenamente consciente de que desde un punto de vista *moral* un juicio penal cae bajo la descripción de la justicia procedimental imperfecta, ya que es imposible que las reglas legales arrojen *necesariamente* un resultado moralmente correcto. En otras palabras, un juicio penal no solamente desemboca en un fallo sino que además —como solía advertir durante sus trucos Tu Sam (un conocido prestidigitador argentino del siglo pasado)— puede fallar.

Sin embargo, en lo que atañe al derecho penal liberal, lo que importa es asegurar un resultado *jurídicamente* correcto, el cual se obtiene necesariamente si las garantías penales han sido satisfechas. De ahí que desde el punto de vista del derecho penal liberal, *jurídicamente* se puede decir que un proceso penal que haya cumplido con las garantías penales cae bajo la descripción de lo que RAWLS llama “justicia procedimental pura”, ya que no existe un criterio independiente del procedimiento que nos permita identificar cuál es el resultado correcto.¹⁵ Todo proceso penal que haya seguido las reglas previstas, que incluyen una dosis considerable de garantías penales, es entonces jurídicamente justo o aceptable por definición con independencia de cuál sea su resultado. Parafraseando a HOBBS, *auctoritas, non veritas, facit crimen*.

Como suele pasar, uno de los que mejor entiende al derecho penal liberal es alguien que supo ser uno de sus más enconados adversarios. En efecto, en su época más “polémica” como se suele decir hoy en día, SCHMITT se muestra totalmente en contra del derecho penal liberal porque este último entiende “las normas penales principalmente desde el punto de vista de la seguridad de la libertad individual y del cálculo de la interferencia estatal. El Código Penal deviene de este modo, según la célebre fórmula de VON LISZT, una ‘Carta Magna’ del delincuente”. De ahí que, según esta concepción, dice SCHMITT, el delito “es definido como una acción amenazada con una pena, i.e. la pena... no aparece como una consecuencia del delito, sino que el delito deviene un producto mental de la amenaza de la pena”.¹⁶ Se sigue de aquí que para el derecho penal liberal

modo retributivo, esto es, fueron aplicados a personas culpables. Por otro lado, la prevención perdería sentido si estuviéramos seguros de que es imposible que se repitiera el delito en cuestión.

¹⁵ RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. rev., Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 74-75.

¹⁶ SCHMITT, “Der Rechtsstaat”, en *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995, p. 115. Su archirrival, Kelsen, lo había descrito exactamente de la misma manera aunque de un modo aprobatorio, por supuesto: “Lo que hace que un comportamiento humano determinado valga como contrario a derecho, como un delito —en el sentido más amplio de la palabra— no es alguna cualidad inmanente y tampoco alguna relación con una norma metajurídica o moral, es decir trascendente al derecho positivo, sino exclusivamente y solo que se ha puesto en la norma jurídica como condición de una consecuencia específica que el orden jurídico positivo reaccione a este comportamiento con un acto de

hasta un delincuente puede tener “un derecho adquirido”.¹⁷ Con este criterio, dice SCHMITT, para el individualismo penal liberal “la desertión de un desertor o la violación de la fe jurada [al Führer] de un traidor son comprendidas solo como una ‘acción amenazada con una pena’, solo como el presupuesto típico de una pretensión de pena estatal, pero no en términos del injusto esencial y del crimen propiamente dicho de la violación del juramento”.¹⁸

Un poco después, en 1938 en su monografía sobre HOBBS, SCHMITT sostiene correctamente que para fines del siglo XVIII el antiguo Estado monárquico de derecho divino se había convertido en un Estado atado por leyes y de ahí que su viejo y querido “Estado de Poder y de Policía” se convirtiera en un “Estado de Derecho” liberal. También tiene razón SCHMITT cuando se sorprende de que FEUERBACH, uno de los miembros indiscutidos del panteón del derecho penal liberal, haya escrito un *Anti-Hobbes*, ya que fue HOBBS uno de los precursores del Estado de Derecho liberal, particularmente en lo que atañe al derecho penal.¹⁹

En efecto, según HOBBS “al cesar la ley civil, cesa el crimen, puesto que no habiendo otra ley que permanece excepto la de la naturaleza, no hay lugar para la acusación, cada hombre es su propio juez y acusado solamente por su conciencia”.²⁰ De ahí que para HOBBS, fuera del derecho positivo no tiene sentido hablar de una acción que tenga carácter criminal *per se*. La teoría del delito de HOBBS, entonces, es completamente diferente a las teorías iusnaturalistas que operan con la noción de *per seitas*, esto es, conforme a la creencia de que existen ciertas acciones que son crímenes *per se*, con total independencia de las leyes positivas de un Estado.²¹

Hablando del panteón del derecho penal liberal, BECCARIA creía que las leyes penales no eran “vindicadoras... de la malicia intrínseca de las acciones”, sino “de la violación de los pactos” entre los individuos. En efecto, para BECCARIA los jueces no eran “vengadores de la sensibilidad de los hombres”, sino “de los pactos que los ligan entre sí”. Es por eso que BECCARIA se asombraba al enterarse de la opinión de quienes creían que “un acto de crueldad cometido, por ejemplo, en

coacción”. Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed. (ed. Matthias Jestaedt), Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 37-38).

¹⁷ V. SCHMITT, “Der Führer schützt das Recht” (1934), en *Positionen und Begriffe*, 2.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1988, p. 228.

¹⁸ SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlín, Duncker & Humblot, 1934, p. 43.

¹⁹ SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, pp. 99 y 110.

²⁰ HOBBS, *Leviathan*. 2. *The English and the Latin Texts (i)*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 454.

²¹ Cfr. HÜNING, “Hobbes on the Right to Punish”, en SPRINGBORG (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 221.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

Constantinopla, puede ser penado en París, por la abstracta razón de que quien ofende a la humanidad merece tener a toda ella por enemiga y la execración universal”.²²

El garantismo de BECCARIA le impedía entender además por qué entre “los criminalistas la credibilidad de un testigo es tanto mayor cuanto más atroz sea el delito”. De hecho, a BECCARIA le parecía que “el férreo axioma” *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*, es decir “en los delitos más atroces son suficientes las conjeturas más leves y es lícito para el juez que transgreda los derechos”, era “dictado por la más cruel imbecilidad”.²³ En realidad, debería ser al revés: cuanto más grave sea el delito, tanto más estricto debe ser el estándar de la prueba, al menos si todavía adherimos a la presunción de inocencia.

Ese es precisamente el punto de CONSTANT: “[c]uando se trata de una falta leve y el acusado no es amenazado ni en su vida ni en su honor, se instruye la causa de la manera más solemne! ¡Se observan todas las formas, se acumulan las precauciones, para comprobar los hechos y no herir la inocencia! ¡Pero cuando se trata de alguna fechoría espantosa y por consiguiente de la infamia y de la muerte, se suprimen con una palabra todas las garantías tutelares! ¡Se cierra el código de las leyes, se abrevian las formalidades! Como si se pensara que cuanto más grave es una acusación, más superfluo es examinarla”.²⁴ De otro modo, quienes seguramente con las mejores intenciones quieren “darle a los modernos la libertad de los antiguos” hacen en realidad que “las leyes se forjen como armas” y que “los códigos devengan declaraciones de guerra”.²⁵ Cuánta razón tenía entonces ZAFFARONI cuando se oponía a que tratáramos a algunos “seres humanos” como si fueran “enemigos de la sociedad” y les negáramos de ese modo “el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal”.²⁶

A la luz de estas consideraciones, era de esperar que el derecho penal liberal adoptara el principio de inocencia y el principio de legalidad (“Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”), dentro de cuyo botiquín encontramos subprincipios tales como el principio de la interpretación restrictiva, prohibición de la analogía,

²² BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (ed. bilingüe al cuidado de Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ), Madrid, Trotta, 2011, p. 219.

²³ BECCARIA, *supra* nota 22, p. 153, nota.

²⁴ CONSTANT, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos* (trad. Víctor GOLDSTEIN), Buenos Aires, Katz, 2010, p. 178.

²⁵ CONSTANT, *Écrits politiques*, París, Gallimard, 1997, p. 219.

²⁶ ZAFFARONI, *supra* nota 1, p. 11.

irrelevancia de la costumbre, irretroactividad de la ley penal salvo que se trate de la ley más benigna, etc., tratando de mantener claramente separados el derecho positivo y el derecho natural, el derecho penal y la guerra.

La teoría garantista por ende supone que el delito penal es siempre en última instancia *mala prohibita* y que por lo tanto el Código Penal, en lo que atañe a sus prohibiciones y fundamentalmente a sus garantías, se dirige al razonamiento judicial en primer lugar y solo subsidiariamente al razonamiento de los ciudadanos en general. FERRAJOLI precisamente aclara que la ética liberal del derecho penal "está destinada únicamente al legislador y no a los ciudadanos, cuya moralidad se considera, por el contrario, no solo como jurídicamente irrelevante, sino también como jurídicamente intangible". El Estado, continúa FERRAJOLI, "no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino solo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar —reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes— la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el *derecho de ser* interiormente malvado y seguir siendo lo que es".²⁷ Ningún garantista entonces puede exigir que el respeto de las garantías penales quede supeditado a que un acusado, o incluso un condenado, satisfaga un test moral. Las garantías penales existen o no existen. En el medio no hay nada.

Para el liberalismo, entonces, si bien es imprescindible para proteger los derechos humanos, el Estado podrá calmar los nervios pero jamás puede ser la felicidad dado que los derechos humanos podrían ser violados por el mismísimo Estado liberal, el cual por más liberal que sea no deja de ser un Estado. De hecho, podríamos decir que la relación que guarda el liberalismo con el Estado en materia penal puede ser descripta en los mismos términos con los que Álvaro Alsogaray hiciera referencia a su voto por los radicales en ocasión de las elecciones presidenciales de 1983, a saber, es como tomar aceite de ricino con la nariz tapada. O parafraseando al General Perón, "el Estado es bueno pero si se lo controla es mejor". De ahí que si bien muchos comediantes judíos suelen decir que los judíos son los únicos que temen ser demasiado judíos, un liberal jamás puede

²⁷ FERRAJOLI, *supra* nota 12, pp. 222-223. Los argumentos morales invocados como presupuestos de la aplicación de las garantías penales están vinculados con la pretensión expresada en *La Ciudad del Sol* por Tommaso Campanella, citado en FERRAJOLI, *supra* nota 12, p. 291, n. 48, según la cual los miembros de la comunidad "hacen de modo que él mismo [a saber, el condenado a muerte] acepte la sentencia, y disputan con él hasta que, convencido, diga que la merece".

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

temer ser demasiado liberal en material penal, ya que aunque existe el exceso en la legítima defensa, no tiene sentido hablar de un exceso en la defensa de los derechos humanos.²⁸

CONSTANT fue tal vez el liberal que más lejos fue en defensa de las garantías penales. En efecto, muy poco después de la Revolución Francesa, CONSTANT advertía sobre los peligros que conllevan las medidas de excepción en relación con la aplicación del derecho penal: “[s]i ustedes admiten estos pretextos imponentes, estas palabras especiosas, cada partido verá el interés del Estado en la destrucción del enemigo, los peligros de la lentitud en una hora de examen, la salvación pública en una condena sin juicio y sin pruebas”. CONSTANT, ciertamente, reconocía que “hay para las sociedades políticas momentos de peligro que a toda la prudencia humana le cuesta conjurar”. Pero dichos peligros se evitan “adhiriendo más escrupulosamente que nunca a las leyes establecidas, a las formas tutelares, a las garantías preservadoras”.²⁹

Otro verdadero liberal como HART, en cambio, muy probablemente debido a que le tocó vivir en el siglo XX, cree que si “incursiones deben ser hechas contra este principio [de legalidad: *nulla poena sine lege*] en aras de impedir algo considerado como un mal mayor que su sacrificio, es vital que los puntos en cuestión sean claramente identificados. Un caso de castigo retroactivo no debería ser hecho parecer como un caso ordinario de castigo por un acto ilegal en ese momento”.³⁰ Lo que pide entonces HART es que si vamos a hacer una excepción debido a que vivimos momentos igualmente excepcionales como la conformación de un tribunal compuesto por los vencedores en una guerra mundial, entonces que quede claro que nos estamos apartando del derecho vigente y no llamemos, por ejemplo, una “interpretación” del Estado de Derecho a su clara e intencional violación.³¹

²⁸ En realidad, el liberalismo llegó a tal sofisticación penal que uno de los puntos más altos en el desarrollo del Estado de derecho liberal tuvo lugar probablemente en el siglo XIX, en ocasión de la creación del así llamado delito político gracias al capítulo francés de la organización liberal internacional. El delincuente político llegó a ser comparado con un combatiente y de tal forma le correspondían varios privilegios del derecho de la guerra. Cfr., por ej., ROSLER, “Estado de Derecho, delito político y terrorismo”, en STEINER (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N° XX, 2014, pp. 805-822.

²⁹ CONSTANT, *Écrits politiques*, *supra* nota 25, pp. 257-258.

³⁰ HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 211-212.

³¹ ZOLO, en cambio, sostiene que “[e]l proceso de Núremberg trastornó la idea de justicia internacional, anulando toda distinción entre esta, la política y la guerra. Fue una rendición de cuentas, el ajuste de las pendencias, la venganza de los vencedores sobre los vencidos. Fue una parodia de la justicia con un valor simbólico letal. Ser derrotados y asesinados en una guerra es algo normal, a veces hasta honorable. Pero ser ajusticiados después de haber sido sometidos a la jurisdicción del enemigo es una derrota irreparable, es la

NINO puso en la boca del juez Ticio, un hipotético miembro del Tribunal de Nuremberg, palabras muy similares a las de HART: "[e]ste tribunal tiene la imperiosa necesidad de ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos, etcétera. Para ello *no puede dejar impunes* a los personeros de un régimen que se burló brutalmente de esos valores, como nunca antes había ocurrido. Esto implica *dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, como los que alega la defensa*. Debemos asumir plenamente esta consecuencia desgraciada como un mal menor".³²

Es digno de ser destacado que en su obra *Juicio al mal absoluto*, NINO, al igual que Ticio, justifica "algún grado de justicia retroactiva por violaciones masivas a los derechos humanos" debido a que "favorece la protección de los valores democráticos" en la medida en que "el uso agresivo del derecho penal [en este caso] contrarrestaría la tendencia a la ilegalidad, refutaría la impresión de que algunos grupos están por sobre la ley y consolidaría el valor del Estado de Derecho".³³

Si podemos hacer una pequeña digresión contemporánea en nuestra exhibición histórico-conceptual, salta a la vista que la argumentación de Ticio y de NINO es inaplicable, v.g., al caso "Muiña", ya que mientras que Ticio y Nino se resisten a reconocer la obligatoriedad moral de leyes sancionadas por regímenes *anti-democráticos*, las cuales apuntaban a conceder verdaderas auto-amnistías, hoy en día no pocos juristas se oponen a la decisión de la Corte en el caso "Muiña" a pesar de que dicha decisión se debe a la así llamada ley del "2 x 1", es decir, una ley penal sancionada por el Congreso de la Nación *en plena vigencia del Estado de Derecho democrático*.

En lo que atañe al derecho internacional, es digno de ser destacado que el eslogan garantista "*nullum crimen sine lege*" figura en el encabezado del artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo que da comienzo a la tercera parte del Estatuto sobre "los principios generales de derecho penal": "[n]adie será penalmente responsable de conformidad con el presente

degradación extrema de la dignidad y de la identidad propias". Ver ZOLO, *La Justicia de los Vencedores. De Núremberg a Bagdad* (trad. Elena BOSSI revisada por Pablo EIROA), Buenos Aires, Edhasa, 2007, pp. 182-183).

³² NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 26, énfasis agregado.

³³ NINO, *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, 2.ª ed (trad. Martín BÖHMER), Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, p. 45. En la p. 246 de esta obra el juez Ticio reaparece defendiendo una posición bastante similar a la que sostiene en *Introducción al Análisis del Derecho*.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos asimismo le dedica su artículo 8 a las “Garantías Judiciales”, de tal forma que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella” (inc. 1) y “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (inc. 1). El art. 9 del mismo pacto estipula el “Principio de Legalidad” según el cual “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”.

Antes de abandonar el modelo garantista convendría recordar que no es completamente un invento liberal. Después de todo nadie, excepto Dios, crea a partir de la nada. Por lo tanto cuando Schmitt dice que “el principio positivista-estatal-legalista ‘*nulla poena sine lege*’, ... recién se originó en el pensamiento individual, iluminado del siglo XVIII”,³⁴ en realidad exagera o simplemente se equivoca. La distinción entre pecado como desobediencia a la ley moral y delito como desobediencia a la ley positiva es en realidad el resultado de un largo desarrollo de la civilización cristiana occidental de la cual surgió “el desarrollo de la Iglesia como institución autocéfala” y por lo tanto el característico dualismo occidental entre poder político y poder religioso, todo lo cual dio origen al Estado de Derecho y al ideario liberal.³⁵ La transformación del crimen en una simple violación de la ley positiva liberó entonces al crimen “de su componente sacro” y preparó de ese modo “el desarrollo de la secularización y, por ende, del garantismo penal”.³⁶

Por otro lado, es bastante conocida la tesis de BERMAN según la cual la “revolución papal”, es decir la reforma iniciada por Gregorio VII en el siglo XI, es la base del desarrollo constitucional distintivo de Occidente. Dicha reforma es “la primera de las grandes revoluciones que dieron una

³⁴ SCHMITT, *supra* nota 16, p. 115.

³⁵ PRODI, *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (trad. Luciano PADILLA LÓPEZ), Buenos Aires, Katz, 2008, p. 19. Por su parte, HALL, “Nulla Poena Sine Lege”, en *Yale Law Journal*, N° 47, 1937, 165-166, hace referencia a los orígenes greco-romanos del principio de legalidad.

³⁶ PRODI, *supra* nota 35, p. 378.

impronta completamente nueva a la civilización occidental con respecto a todas las que le antecedieron en la faz de la tierra: la Iglesia se modela como sociedad soberana y organizada en torno a un centro, brindando una suerte de prototipo de lo que será el Estado moderno, pero no toma el monopolio sacral del poder en la cristiandad”. Por el contrario, “las tensiones dialécticas, de competición y de cooperación, que surgen en las dimensiones política, jurídica y cultural con las ciudades, con las nuevas monarquías, en las universidades, determinan el *humus* en que nace la dinámica de lo moderno, el espíritu liberal y laico de nuestra civilización”.³⁷

De hecho, cuando Pedro Lombardo en el siglo XII escribe sus *Sentencias* ya no tenía dudas acerca del hecho de que “no hay pecado si no *hubo* prohibición”. El uso del pasado es ciertamente revelador. De ahí que según el jurista Graciano (1140-1142) “los males inflictos por las leyes, solo pueden aplicarse a los que habían contravenido las disposiciones de la ley misma”.³⁸ BERMAN explica que este “fue el comienzo de un largo y sinuoso camino jurisprudencial en la tradición legal occidental, que culminó en el principio expresado en el siglo dieciocho en el Iluminismo y en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, ‘Ningún crimen, ningún castigo sin una ley’, es decir, sin una ley previamente sancionada, que defina el crimen y fije el castigo”.³⁹

Tal como lo aclaran BERMAN y PRODI, el camino que conduce desde el discurso cristiano hasta el derecho penal liberal no fue intencional y tampoco fue directo. En realidad, fue bastante parecido a un efecto colateral. Las intuiciones morales igualitarias de la tradición paulina que luego se convirtieron en el discurso oficial de la Iglesia, terminaron siendo utilizadas contra la propia Iglesia. De hecho, fueron estas mismas intuiciones morales las que dieron lugar al proceso de secularización, esto es, a la identificación de una esfera sobre la base de las pretensiones de la conciencia y de la decisión individuales, una esfera de libertad individual protegida por la ley,⁴⁰ y por ende fue el origen de la noción misma de derechos humanos. Después de todo fue “con el cristianismo cuando la personalidad se volvió un atributo reconocido para cualquier ser humano”,

³⁷ PRODI, *supra* nota 35, p. 56.

³⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Losada, 1950, vol. II, p. 612.

³⁹ BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983, p. 186.

⁴⁰ Cfr. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2014, p. 292.

gracias a que el ser humano, creado a imagen y semejanza de Dios, obtiene reconocimiento como persona.⁴¹

III. Punitivismo

Ahora bien, mientras que para el garantismo no hay castigo sin ley y por eso *alguien debe ser castigado exclusivamente porque violó la ley*, para el punitivismo, en cambio, la cuestión es eliminar la impunidad cueste lo que cueste y por lo tanto *alguien violó la ley porque debe ser castigado*. A esto es a lo que FERRAJOLI se refiere con “derecho penal máximo”, cuya certeza reside “en que ningún culpable resulte impune”.⁴²

La lucha contra la impunidad a cualquier precio es una aspiración que acompaña a la humanidad desde sus inicios. Las razones originarias son evolutivas. Desde un punto de vista evolutivo, la venganza es la represalia que o bien destruye al enemigo o bien promueve la disuasión en relación al enemigo y a terceras personas. Después de todo, si uno no devuelve el daño puede dar una señal de debilidad y exponerse a daños futuros, no solamente del agresor originario sino de terceros. Esto es lo que suele pasar si no existe una autoridad que brinde protección, es decir, es un escenario frecuente en los sistemas anárquicos —literalmente hablando— característicos de las sociedades de cazadores-recolectores y en situaciones en las que si bien existe una autoridad centralizada, esta no interviene.⁴³ Sin embargo, como vamos a ver más en detalle a continuación, es evidente que el punitivismo ha sobrevivido a sus orígenes evolutivos ya que no pocas veces se ha transformado en política de Estado.

Un claro ejemplo de la concepción punitivista es el del derecho romano imperial que preveía casos de *crimina extraordinaria*,⁴⁴ los cuales por definición no estaban sujetos a una ley previa ya que precisamente eran extraordinarios y eran punibles *ad exemplum legis*, para hacer un ejemplo de quienes violaran la ley. En este mismo sentido, NAUDÉ, creador a mediados del siglo XVII de la expresión “golpe de Estado”, defiende la tesis según la cual cuando alguien se vuelve “peligroso para el soberano”, se puede prescindir “de todas las formalidades de una justicia reglamentada,

⁴¹ Cfr., por ej., SUPLOT, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la Función Antropológica del Derecho* (trad. Silvio MATTONI), Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 59.

⁴² FERRAJOLI, *supra* nota 12, p. 106.

⁴³ Cfr., por ej., GAT, *War in Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 92-93.

⁴⁴ Cfr. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899, pp. 193-195.

previendo que sea culpable”.⁴⁵ Como se puede apreciar, las formalidades están exclusivamente al servicio de castigar a quien sabemos que es culpable con anterioridad a la aplicación del discurso normativo. El eslogan punitivista entonces es “*nullum crimen sine poena*” o, como dice Nick Pulovski, el personaje de Clint Eastwood en la película “The Rookie”, “si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora”.

Ciertamente, el punitivismo a su modo podría invocar un principio de legalidad, si por ejemplo la ley misma estipulara que lo único que cuenta es la lucha contra la impunidad. La legalidad en cuestión, en el fondo, es de tipo moral, de tal forma que el procedimiento penal asume que hay delitos que son legalmente *mala in se*; no hace por lo tanto una diferencia práctica en sentido estricto, sino que es la continuación de la ética por otros medios, y le exige a los jueces que se aseguren de que ningún malvado quede impune. Esta parece ser una buena descripción del parecer del tribunal israelí que condenó a Eichmann.⁴⁶

De ahí que retomando la terminología de RAWLS, a sabiendas de que, como hemos visto, los juicios penales constituyen instancias de justicia procedimental imperfecta ya que el solo cumplimiento de las reglas no nos asegura un resultado moralmente aceptable,⁴⁷ el punitivismo se preocupa con mucho esmero por corregir dichas imperfecciones morales, lo cual supone que el punitivismo sabe quién es culpable con independencia del procedimiento penal y por lo tanto podemos hablar de un “debido proceso” pura y exclusivamente si el acusado fue hallado culpable. El principio de inocencia y el consiguiente principio de legalidad penal, la aplicación de la ley más benigna, etc., son absolutamente innecesarios e incluso contraproducentes cuando podemos hacer justicia con tal solo mirar la cara moral del cliente. Para volver a parafrasear a HOBBS, *veritas, non auctoritas, facit crimen*.

Hay un cuento de DOLINA que ilustra diáfananamente la subordinación punitivista del discurso normativo a las condiciones morales de las personas. Se trata de “Apuntes del Fútbol en Flores”, uno de cuyos párrafos vale la pena citar en su totalidad:

“El colorado De Felipe era referí. Contra la opinión general que lo acreditó como un bombero de cartel, quienes lo conocieron bien juran que nunca hubo un árbitro más justo. Tal vez

⁴⁵ NAUDÉ, *Considérations politiques sur les coups d'état*, París, 1667, p. 191.

⁴⁶ Cfr. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, ed. rev., New York, Penguin, 1992, p. 254.

⁴⁷ Cfr. RAWLS, *supra* nota 15, p. 74.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

era demasiado justo. De Felipe no solo evaluaba las jugadas para ver si sancionaba alguna inacción: sopesaba también las condiciones morales de los jugadores involucrados, sus historias personales, sus merecimientos deportivos y espirituales. Recién entonces decidía. Y siempre procuraría favorecer a los buenos y castigar a los canallas. Jamás iba a cobrarle un penal a un defensor decente y honrado, ni aunque el hombre tomara la pelota con las dos manos. En cambio, los jugadores pérfidos, holgazanes o alcahuetes eran penados a cada intervención. Creía que su silbato no estaba al servicio del reglamento, sino para hacer cumplir los propósitos nobles del universo. Aspiraba a un mundo mejor, donde los pibes melancólicos y soñadores salen campeones y los cancheros y los compadrones se van al descenso”.⁴⁸

Como se puede apreciar, la intención es la de satisfacer “los propósitos más nobles del universo” para consagrar un derecho penal de autor, como si los jueces penales fueran protagonistas de una película de Quentin Tarantino, como “Django sin Cadenas” o “Bastardos sin Gloria”, cuyo único propósito es infligir un castigo a los malvados sin que importe a qué precio, a tal punto que por momentos no es fácil en absoluto distinguir entre la justicia por mano propia y algunas decisiones judiciales. Nótese entonces que aquello que para un liberal como HART podría ser aceptado en caso de una genuina excepción, tal como lo fue en Núremberg el establecimiento de un tribunal de vencedores luego de una guerra mundial como consecuencia de un genocidio, para el punitivismo es otro día en la oficina, es decir, constituye la regla que debe guiar diariamente la puesta en marcha del aparato punitivo del Estado de Derecho.

Hablando de Núremberg, SCHMITT empezó a desconfiar del formalismo penal luego de haberse afiliado al partido nazi. En efecto, SCHMITT denunciaba el típico eslogan del derecho penal liberal “*nullum crimen sin lege*” y abogaba por el contrario por “el principio justo ‘*nullum crimen sine poena*’”, es decir, por un principio que, en lugar de atenerse a formalismos con sus correspondientes garantías, se concentra exclusivamente en aplicar un principio de justicia material para evitar que un culpable se quede sin castigo.

Nótese que SCHMITT, a su vez, no creía estar apartándose de la idea misma del Estado de Derecho, sino que oponía al Estado de Derecho liberal y su apego veterotestamentario a la letra de la ley,⁴⁹ el verdadero “Estado de Derecho” inspirado en valores de justicia, a saber “el Estado de

⁴⁸ DOLINA, *Crónicas del Ángel Gris*, Buenos Aires, Colihue, 2003, p. 255.

⁴⁹ Sobre SCHMITT y su crítica al Estado de Derecho “judío” cfr. GROSS, *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*, 2.ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 2005, pp. 60-119.

Derecho alemán de Adolf Hitler”.⁵⁰ El así llamado “Estado de Derecho de Hitler” se ve claramente reflejado en el artículo 2 del Código Penal Alemán de 1935, el cual le otorgaba al juez el poder de castigar como delito “todo hecho que, aun no previsto por la ley, fuera considerado por él como punible ‘según el sano sentimiento del pueblo’”, todo en aras de impedir que algún delincuente quede impune.⁵¹ En este caso, la propia ley positiva adhiere abiertamente al punitivismo.

En Italia, en la misma época, se puede advertir una preocupación semejante. MAGGIORE, en un trabajo cuyo título es bastante revelador —“Diritto penale totalitario nello Stato totalitario” (1939)— no se queda atrás en su caracterización del derecho penal liberal. En efecto, explica MAGGIORE, “[p]ara los regímenes democrático-liberales, ‘certeza del derecho’ es la seguridad del delincuente de poder actuar tranquilo e impune hasta que no hay una ley que diga ‘alto’ a su libertad”. En cambio, para “los regímenes totalitarios” (*sic*), “‘certeza del derecho’ es la seguridad de la sociedad política de no ver anuladas las conquistas de la revolución y de no ver cometer al bribón toda suerte de bellaquerías a la sombra de la ley y casi en los márgenes del código penal”. La idea entonces es lograr “el sepultamiento de la vieja fórmula individualista del *nullum crimen sine lege* para el triunfo del nuevo principio *nullum crimen sine poena*. Lo que importa en los nuevos regímenes revolucionarios, en los que la sustancia de la moralidad vale más que la apariencia de la legalidad, es que ningún hecho juzgado criminal por la conciencia pública encuentre un

⁵⁰ SCHMITT, *supra* nota 16, pp. 115, 116-117. Para ser completamente justos con SCHMITT habría que recordar que en su *Doctrina de la Constitución*, escrita en 1928 (es decir, cinco años antes de que se afiliara al partido nazi), él enseña en el capítulo 13 sobre “El concepto de ley del Estado de Derecho” que “el antiguo principio del Estado de Derecho *nulla poena sine lege* presupone una norma general y se transmutaría en lo contrario de una protección del Estado de Derecho si, mediante una resolución mayoritaria del cuerpo legislativo en la forma de una ley, el señor X pudiera ser condenado a muerte o enviado a prisión ‘por ley’. La tipicidad de una acción hoy vale en general como presupuesto de una pena; el concepto de tipo puede ser hecho asimismo el concepto básico de un sistema penal, como ha sucedido gracias a Beling en la *Doctrina del Delito* (1906)” (SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1928, p. 156). Por otro lado, en el capítulo 14, dedicado a los “derechos fundamentales”, Schmitt enseña que, debido a “determinadas experiencias históricas y políticas”, algunas “garantías especiales” han sido incorporadas a la Constitución para proteger a los habitantes contra el abuso de las competencias legislativas, como por ejemplo “la prohibición de la fuerza retroactiva de leyes penales y de leyes *ex-post-facto*”; Art. 116 RV [Constitución del Reich]: ‘Una acción entonces solo puede ser gravada con una pena si la punibilidad fue legalmente determinada antes de que la acción fuera cometida’” (p. 180).

⁵¹ Nota de CALAMANDREI a BECCARIA, *supra* nota 22, p. 285.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

complaciente derecho de asilo en el llamado prestigio de la ley... Así, el derecho penal se convierte en realmente totalitario”.⁵²

Huelga decir que en la Unión Soviética las garantías penales tampoco figuraban precisamente en el tope de las prioridades. En realidad, todo aquel que se opusiera a la revolución quedaba *ipso facto* desprovisto de todo derecho. En todo caso, “el derecho no era más que la voluntad sin límites del partido, es decir, de los dirigentes del partido, y la ausencia de derechos era el estado en que, conforme a derecho, quedaban todos los enemigos de dicha voluntad”.⁵³

Que el nazismo, el totalitarismo o el comunismo para el caso se hayan apartado del “*nullum crimen sine lege*” liberal para sentirse interpelados en cambio por el eslogan “*nullum crimen sine poena*” no es precisamente sorprendente. En realidad, tal como hemos visto más arriba (v. texto a la altura de las notas 28-31), hasta los liberales como HART y NINO están dispuestos a hacer una excepción en situaciones no menos excepcionales como las de Nuremberg para combatir al punitivismo con medidas punitivistas.⁵⁴

Lo que tal vez sí llame la atención hoy en día es el hecho de que el discurso republicano *clásico* no haya sido completamente ajeno a esta forma de entender el derecho penal sino que, antes bien, parece ser la fuente de la cual abreva el punitivismo en su conjunto.⁵⁵ Quizás sea útil entonces remontarnos a dicha fuente. Por supuesto, el punto no es endilgarle al republicanismo clásico las atrocidades cometidas por el punitivismo contemporáneo, después de todo la ciencia penal era desconocida antes del siglo XVIII, sino tratar de entender mejor al punitivismo *tout court*.

Antes de seguir adelante convendría enfatizar que el republicanismo *moderno* en materia penal no es sino una variación del tema liberal. En efecto, a la luz del resurgimiento actual de la filosofía

⁵² Cit. en FERRAJOLI, *supra* nota 12, p. 116.

⁵³ NOLTE, *La guerra civil europea, 1917-1945. Nacionalsocialismo y bolchevismo* (trad. Sergio MONTALVO CASTAÑEDA, Julio COLÓN GÓMEZ y Adriana SANTOVEÑA RODRIGUEZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 401.

⁵⁴ Sin embargo se podría argumentar que NINO de hecho adopta lo que podríamos denominar como “garantismo hipotético” en la medida en que sostiene que los crímenes nazis “debieron haber sido juzgados de acuerdo con las claras reglas del Código Penal sancionado en 1871 (en el caso de Alemania) que estaba en vigencia antes de haber sido modificado por el régimen totalitario que legitimó las violaciones de derechos humanos” (NINO, *supra* nota 33, p. 257).

⁵⁵ Si podemos incurrir otra vez en el género de la publicidad no convencional, acerca del republicanismo clásico al lector tal vez le interese consultar ROSLER, *Razones Públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016.

política republicana, excavada por SKINNER y sistematizada por PETTIT, hoy en día está cobrando fuerza la idea de un derecho penal republicano. Sin embargo, parece haber un malentendido al respecto. En efecto, PETTIT suscribe indudablemente la noción republicana de libertad como no dominación y la creencia no menos republicana según la cual la libertad es un status jurídico de las personas, esto es, somos libres si somos *sui iuris* y de ahí que para el republicanismo la libertad y la ley no son sino dos caras de la misma moneda. Es por eso que CICERÓN, por ejemplo, sostiene que “[s]omos todos esclavos de las leyes para poder ser libres” (*Pro Cluentio*, 146).

Sin embargo, en lo que atañe a su teoría del derecho penal, la posición de PETTIT está mucho más cerca del liberalismo que del republicanismo, ya que según PETTIT, por ejemplo, “los agentes del derecho penal representan fuerzas potenciales de dominación que son difíciles de mantener a raya incluso para el régimen republicano más concienzudo”, a tal punto que “la policía moderna representa el tipo prominente de amenaza a los valores republicanos que el ejército permanente representaba para los republicanos tradicionales”, y de ahí el principio de “parsimonia” o “frugalidad” penal que defiende PETTIT.⁵⁶ Por lo tanto, podemos decir que al menos en lo que atañe al derecho penal, el republicanismo moderno no es sino una forma de liberalismo bajo otro nombre.⁵⁷

En cambio, el republicanismo penal clásico, o de paladar negro, es completamente diferente al republicanismo liberal. Veamos por qué. CICERÓN, quizás el portaestandarte del discurso clásico republicano, en su obra *Sobre las leyes*, haciendo referencia al relato fundador del republicanismo, sostiene que “si reinando Lucio Tarquino no había ley alguna escrita sobre la violación, no por eso Sexto Tarquino ha dejado de quebrantar la ley eterna violando a Lucrecia, ..., porque existía una razón jurídica para actuar [*Erat enim ratio*], ... que no empezó a ser ley precisamente cuando fue escrita, sino que lo era desde su origen, y su origen es el mismo que el de la mente divina”.⁵⁸

⁵⁶ PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 154-155.

⁵⁷ La impronta liberal del republicanismo penal de PETTIT se percibe además en la cantidad de veces que cita a MONTESQUIEU, de modo aprobatorio, para ilustrar su teoría del derecho penal. Cfr. *supra* nota 56, pp. 153-157.

⁵⁸ CICERÓN, *Sobre la república. Sobre las leyes* (ed. José GUILLEN), Madrid, Tecnos, 1986, pp. 180-181, traducción modificada. Cfr. MACLEAN, *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 164. STRATENWERTH parece oponerse a mi caracterización de CICERÓN ya que para él el principio “*nullum crimen nulla pena sine lege*”, “se encuentra por

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

Como se puede apreciar, se trata de un razonamiento típicamente moral que supone la existencia de una ontología del delito anterior a la ley positiva y por lo tanto se dirige inmediatamente a los agentes en general. Cualquier persona razonable debería estar de acuerdo sobre el disvalor de la acción, a tal punto que no hace falta que exista una regla positiva respecto del delito y de la pena apropiada. Lo único que cuenta entonces es que la conducta moralmente atroz no quede impune.

Por otra parte, las *Catilinarias* muestran que para CÍCERÓN en algunos casos el tratamiento de quienes eran objeto de castigo o de pena en general podía oscilar entre el status de criminal y el de enemigo. Hay varios pasajes al respecto pero por razones de espacio voy a elegir uno solo que ojalá sea representativo: “¿[a]caso tolerarás que quien descubriste era un *enemigo*, que quien ves será jefe de una *guerra*, y sabes es esperado como general en los campamentos enemigos, *el autor del crimen*, cabecilla de la *conjuración*, al reclutador de esclavos y ciudadanos perdidos, consentirás que él se vaya y así parezca no que lo has echado de la ciudad sino que lo enviaste contra ella?”.⁵⁹

Catilina, entonces, es un ciudadano convertido en enemigo, un criminal que pierde sus derechos: “nunca en esta ciudad quienes hicieron defección de la república conservaron el derecho de ciudadanos”.⁶⁰ En efecto, “quien es enemigo de la república no puede ser ciudadano”.⁶¹ Como se puede apreciar se trata de una caracterización que subyace a lo que la jerga contemporánea hace rato que designa como “derecho penal del enemigo”.

primera vez en CÍCERÓN (*In Verrem*, II, 42), quien sostiene que un comportamiento pasado, que no hubiese sido por sí mismo, ni legalmente, delictual y reprochable no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa”. Sin embargo, STRATENWERTH agrega que “[d]e acuerdo con ello, resulta admisible sancionar con posterioridad un comportamiento prohibido por la ética social, pero no establecer por medio de una sanción ulterior la prohibición de un comportamiento que no tenía ese carácter. Esto constituiría una *prohibición retroactiva* con respecto a la norma de conducta, pero no con respecto a la consecuencia penal”. Luego STRATENWERTH agrega que “[e]l iluminismo entendió como insoportable que el poder estatal pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución eran impunes, aunque el comportamiento en cuestión estuviese prohibido por los usos y costumbres”, v. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I* (trad. Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, pp. 28, 29). Esto último es lo que hoy se entiende por “*nullum crimen sine lege*” y es precisamente defendido por lo que algunos llaman “republicanismo” penal que en realidad, como vimos, no es sino el liberalismo bajo otro nombre.

⁵⁹ CÍCERÓN, *Catilinarias*, edición bilingüe de Nicolás GELORMINI, Buenos Aires, Losada, 2006, pp. 47-49, traducción ligeramente modificada, énfasis agregado.

⁶⁰ CÍCERÓN, *supra* nota 59, p. 49.

⁶¹ CÍCERÓN, *supra* nota 59, p. 131.

En CICERÓN asimismo se puede advertir una cierta tendencia del republicanismo hacia la sinécdoque, a saber la confusión de Roma con la humanidad y a que, por lo tanto, los enemigos de Roma sean considerados como los enemigos de la humanidad, por no decir seres subhumanos. De hecho, en las *Filípicas* se pregunta CICERÓN: “¿podría yo considerar cónsul, ciudadano romano, hombre libre, en fin, ser humano, a quien aquel detestable y odioso día mostró qué estaba dispuesto a soportar en vida de César y qué ansiaba conseguir él mismo tras la muerte de aquél?”, en referencia a Marco Antonio, quien en aquella oportunidad intentara “ceñir la cabeza de su colega con la diadema de la realeza”.⁶²

Marco Antonio, de hecho, era considerado por CICERÓN como un enemigo muy especial, ya que era “un enemigo con el que no se puede llegar a firmar una paz bajo ciertas condiciones”. En efecto, según CICERÓN, Marco Antonio era alguien que ni siquiera era “un criminal y un sacrilego, pero, en definitiva, un hombre”, sino “una alimaña monstruosa, cruel y horrenda, con la que hay que acabar, puesto que ha caído en la trampa”.⁶³ Y es precisamente en sus *Filípicas* que CICERÓN sostiene que “en mi opinión, habría que expulsar a gente como esta de entre el número de los seres humanos y arrojarla fuera de los límites de la naturaleza humana”.⁶⁴ Dicho sea de paso, convendría recordar que en su libro sobre los deberes CICERÓN acuña una expresión que iba a terminar siendo muy popular con el paso del tiempo: “un pirata no está considerado en el número de los enemigos de guerra, sino que es un enemigo común de todo el mundo”.⁶⁵

No parece ser entonces casual que el punitivismo iusnaturalista republicano haya aflorado asimismo en el discurso revolucionario francés.⁶⁶ En efecto, tal como explica SOREL, en la ley “del 22 de pradial”, los republicanos franceses contentaron “con definiciones un tanto difusas del crimen político, con el fin de no dejar escapatoria a ningún enemigo de la Revolución”, ya que en dicha ley consta que “[l]a prueba necesaria para condenar a los enemigos del pueblo es cualquier

⁶² CICERÓN, *Discursos contra Marco Antonio o Filípicas* (ed. José Carlos MARTÍN), Madrid, Cátedra, 2001, p. 316.

⁶³ CICERÓN, *supra* nota 62, p. 350.

⁶⁴ CICERÓN, *supra* nota 62, p. 592.

⁶⁵ CICERÓN, *Sobre los deberes* (trad. José GUILLÉN CABAÑERO), Madrid, Tecnos, 1989, p. 184.

⁶⁶ Convendría en este punto recordar algunas de las claras diferencias que existen entre el iusnaturalismo republicano y el iusnaturalismo (neo-)tomista de FINNIS en lo que atañe al derecho penal. Según FINNIS, principios tales como *nulla pena sine lege* y la irretroactividad de la ley penal son parte constitutiva de todo discurso penal razonable. Cfr., por ej, FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 261-262, 282-283, 284. Le agradezco mucho a Santiago Legarre por haberme indicado la necesidad de hacer notar la diferencia.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

clase de documento, ya sea material, moral, verbal o escrito, que de modo natural puede lograr el asentimiento de toda persona justa y razonable. La regla de los juicios es la conciencia de los jurados iluminados por el amor a la patria; su objetivo es el triunfo de la República y la derrota de sus enemigos”.⁶⁷

Además, a raíz de la ocupación francesa y de la instauración de la república, la nueva “Junta criminal” en la Bolonia jacobina promulga el 25 de junio de 1796, un decreto en el cual, “junto a afirmaciones solemnes acerca de la prevención, el garantismo y el valor redentor de la pena —de grandiosa impronta iluminista—, se declara la máxima inflexibilidad con los ‘monstruos’ que osan atentar contra la Patria (deben ser ‘exterminados’) y se afirma que en el nuevo orden la delación ya no es un acto infamante, como podía considerársela en el antiguo régimen, sino una virtud cívica”. Fue entonces que “comenzó un itinerario que lleva no solo hacia los totalitarismos modernos (tanto los comunistas como los fascistas y nazis) sino también hacia todos los posibles desvíos, indagaciones e inquisiciones en sentido macartista en los estados democráticos y de derecho, hasta nuestros días”.⁶⁸

A la luz de estas consideraciones no puede llamar la atención en absoluto que PASTOR haya percibido cierta “soberbia moral” por parte del (neo-)punitivismo del “iushumanismo” penal.⁶⁹ En efecto, se trata de una tendencia que se ha constatado muchas veces a lo largo de la historia y que caracteriza a los discursos que giran alrededor de nociones tan moralmente sazoadas como la de “humanidad”. De hecho, es más que comprensible que quien crea que actúa en nombre de la humanidad se sienta infalible.⁷⁰

⁶⁷ SOREL, *Reflexiones sobre la violencia* (trad. F. TRAPERO), Madrid, Alianza, 1976, p. 161.

⁶⁸ PRODI, *supra* nota 35, pp. 411-412.

⁶⁹ Cfr. PASTOR, “La deriva neopunitivista de activistas y organismos como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en PASTOR, *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 399.

⁷⁰ AVINERI habla precisamente de la paradoja de la perfección en referencia a una típica obra humanista como la *Utopía* de MORO: “[s]i uno empieza con la presunción de que un cierto grupo es perfecto porque no comete crimen o pecado alguno, el círculo tiende a cerrarse muy rápidamente diciendo que no comete pecado porque es perfecto” (“War and Slavery in More’s Utopia”, en *International Review of Social History*, N° 7, 1962, p. 289, cit. en BARTELSON, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 271, n. 178). Sobre los avatares del humanismo republicano cfr. asimismo, por ej., ROSLER, *supra* nota 55, pp. 240-248.

A esta altura tal vez convenga aclarar que SCHMITT ciertamente fue demasiado lejos en su paráfrasis de Proudhon: "[e]l que dice humanidad, quiere engañar".⁷¹ Después de todo, a menos que se demuestre la conexión conceptual o necesaria entre el uso de X y la naturaleza de X, la relación es contingente y en última instancia depende del sujeto que emplea o invoca a X. La responsabilidad es de dicho sujeto, no de X. En efecto, un martillo puede ser empleado en aras de la carpintería o para hundirle el cráneo a alguien. Qué se hace con el martillo depende en última instancia de quién y cómo lo utiliza. Por si el martillo suena demasiado instrumental para nuestros fines, pensemos en la moral. Muchos podemos escudarnos en ella para racionalizar nuestras acciones de tal forma que nuestros propósitos inmorales queden encubiertos tras la hipocresía. Pero, seguramente, no por eso alguien propondría que nos deshiciéramos de la moral,⁷² lo cual equivaldría a arrojar el bebé con el agua sucia, como se suele decir gráficamente en inglés.

Sin embargo, dado que es un hecho indudable que no pocas veces en nombre de la humanidad se han cometido las más atroces inhumanidades, todos debemos ser muy cuidadosos al emplear discursos moralmenteazonados como el de los derechos humanos y precisamente la consagración de garantías penales es la mejor medida que podemos tomar para mantenernos alerta.

⁷¹ SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1963, p. 55. Para usar la terminología de KOSELLECK, "humanidad" es un contraconcepto asimétrico, es decir un concepto binario que pretende tener alcance universal pero cuya oposición es desigualmente contraria o impide el reconocimiento mutuo (cfr. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, p. 213). GEUSS dice algo bastante parecido a lo que sostiene SCHMITT: "la frase 'derechos humanos' es usada generalmente en el contexto de la política internacional, y refiere en primera instancia no a la fuente o fundamentos de validez del pretendido derecho en cuestión ('naturaleza') sino al dominio de su aplicación ('a todos los seres humanos'). Hoy en día es invocada cuando deseamos intervenir en los asuntos internos de otro país cuyo régimen o políticas desaprobamos" (GEUSS, *History and Illusion in Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 140). Dicho sea de paso, cuenta la leyenda que hace unos treinta años, apenas restaurada la democracia, en sus clases de filosofía política en Filosofía y Letras de la UBA, NINO enseñaba derechos humanos ante un incrédulo auditorio compuesto mayormente por estudiantes fieles a la idea de MARX en *La Cuestión Judía*: "[n]inguno de los así llamados derechos humanos va, ..., más allá del hombre egoísta, del hombre tal y como es miembro de la sociedad burguesa, es decir, del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada, y separado de la comunidad". Cfr. MARX, *La Cuestión Judía* (ed. Reyes MATE), Barcelona, Anthropos, 2009, p. 150. Los tiempos han cambiado tanto que no solo algunos estudiantes creen que el pensamiento de MARX ha sido descuidado en el plan de estudio de la carrera de Filosofía en la UBA, sino que hoy parece ser impensable que en otro tiempo el pensamiento de izquierda haya estado en contra de los derechos humanos.

⁷² Cfr. al respecto ROSLER, "Derechos humanos: ¿moral o política?", en CAPALDO/SIECKMANN/CLÉRICO (comps.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 615-629.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

Ya que hemos estado hablando de Roma, debemos ser conscientes de que el derecho penal republicano clásico nos ha legado uno de los tópicos que hoy ocupa el centro de la discusión jurídico-política. En efecto, a finales de su penúltimo siglo de vida (103 a.C.), la república romana sancionó la *lex Appuleia*, la cual criminalizó “la disminución de la majestad del pueblo romano”. Este crimen era conocido en su forma abreviada como *maiestas* (“majestad”). La prohibición del crimen republicano de “majestad” recibió una calurosa bienvenida durante el Imperio romano y las monarquías europeas medievales (convertido ya en el “crimen de lesa majestad”), por no decir nada del régimen revolucionario francés en su lucha contra la monarquía, durante el cual el crimen se transformó por primera vez en un delito de “lesa humanidad” y se sentaron las bases del discurso jurídico-penal contemporáneo.

En efecto, la situación legal del rey representaba un serio desafío para los diputados de la Convención Nacional que lo habían llevado a juicio. Desde septiembre de 1791, Luis XVI gozaba de inviolabilidad constitucional; de ahí que el grave problema fuera cómo castigar a Luis en una forma legalmente aceptable. La defensa del rey, después de todo, alegaba ante la Convención que el rey en el fondo, bien en el fondo tal vez, era un ser humano y que por lo tanto tenía derecho a una defensa legal. SAINT-JUST, en cambio, creía que “el rey debe ser juzgado como enemigo, ... nosotros tenemos menos que juzgarlo que combatirlo”.⁷³

El resquicio jurídico al que apelaron algunos diputados fue que si bien constitucionalmente el rey no podía ser objeto de una persecución penal, la constitución no era el único derecho al cual el rey estaba sometido. En efecto, existía un derecho compartido por todos los pueblos de todas las épocas, dictado por la naturaleza misma. Se trataba del “derecho de gentes” o derecho internacional natural, al cual se refirió el propio SAINT-JUST en su acusación contra el rey.⁷⁴ De ahí que Luis XVI quizás sea el primer “criminal en contra de la humanidad”.

Una segunda cuestión que se planteó en el juicio era la naturaleza jurídica de las acciones cometidas por el rey. Debido a que el rey había violado la ley natural y se había convertido de ese modo en un enemigo, algunos diputados como Saint-Just y Robespierre argumentaron que no tenía sentido continuar con el juicio y que Luis debía ser simplemente muerto del mismo modo

⁷³ Cit. en KOSELLECK, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973, p. 217, n. 72.

⁷⁴ Cfr. EDELSTEIN, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009, p. 18.

que se mata en una guerra a un enemigo.⁷⁵ Los juicios o los tribunales, o si se quiere el debido proceso, solo correspondían a los súbditos y ciudadanos. Como se puede apreciar, el estatus de Luis XVI oscilaba entre el de un criminal de lesa humanidad y el de un enemigo del género humano. SAINT-JUST de hecho tenía razón al sostener que “para mí, yo no veo un punto intermedio: este hombre debe reinar o morir”,⁷⁶ ya que si Luis era sometido a juicio existía la — por otro lado bastante remota— posibilidad de que fuera declarado inocente y en tal caso los culpables eran los revolucionarios. Sin embargo, una revolución no puede ser sometida a juicio. Al menos SAINT-JUST tenía las cosas bastante claras, algo que hoy en día no sucede muy frecuentemente.

Finalmente, emergió asimismo la cuestión de la sinécdoque. En efecto, si bien la Convención finalmente no condenó a Luis XVI por ser un criminal o enemigo de la humanidad, no pocos, como SAINT-JUST, creían que el rey no solo era un enemigo del pueblo, en este caso francés, sino asimismo un enemigo del género humano. Sin embargo, dado que el juicio duró dos meses al menos, esto les permitió a los jacobinos refinar su persecución iusnaturalista. La categoría legal que comenzaron a emplear algunos diputados en relación con este delincuente extraordinario que era el rey fue la de *hors-la-loi*, fuera de la ley o “outlaw”, una noción frecuente en el derecho anglosajón pero que había sido ajena al derecho francés.

En un comienzo se empleó la expresión *hors-la-loi* solamente para designar la inviolabilidad constitucional del rey ya que la cláusula de inviolabilidad era “una ley que lo declara fuera de la ley”, tal como alegó un diputado.⁷⁷ Luego, sin embargo, el hecho de que el rey estuviera fuera de la ley, en lugar de jugar a su favor comenzó a gravitar dramáticamente en su contra cuando la categoría se extendió para designar en general a cualquiera que estuviera en contra del gobierno nacional revolucionario. Otra vez, el enemigo de la república era el mismo que violaba el derecho natural pero además era, por eso mismo, un enemigo de la humanidad. De este modo, los

⁷⁵ Habría que tener en cuenta además que si bien los Montagnards abogaban por la imposición de la pena de muerte en el caso del enemigo de la humanidad, estaban en contra de la imposición de la pena de muerte para el ejercicio ordinario de la jurisdicción. Cfr. EDELSTEIN, *supra* nota 74, p. 18.

⁷⁶ SAINT-JUST, “Discours sur le jugement de Louis XVI”, en *Oeuvres Complètes* (eds. Anne KUPIEC y Miguel ABENSOUR), París, Gallimard, 2004, p. 479.

⁷⁷ THIRION, cit. en EDELSTEIN, *supra* nota 74, p. 19, n. 57.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

derechos naturales o humanos terminaron justificando la negación de toda protección legal a algunos seres humanos al menos.⁷⁸

Ahora bien, dado el parecido estructural entre el delito de lesa humanidad de hoy y el de lesa majestad de ayer —como se puede apreciar en la estructura conceptual de la expresión, la majestad de la humanidad ocupa hoy en día el lugar que perteneciera al pueblo y a la monarquía—⁷⁹ tal vez no sea casual que en la aplicación del nuevo derecho penal iushumanista en relación con el terrorismo —el cual viene a ocupar de hecho el mismo espacio conceptual que el delito político de ayer—⁸⁰ haya retornado no solamente el adagio romano “*nullum crimen sine poena*” sino, además, algunas de las cuestiones que acompañan al derecho penal republicano desde sus orígenes y que han emergido asimismo por ejemplo, tal como hemos visto, durante el juicio de Luis XVI: dudas en relación con el derecho aplicable (derecho natural o derecho positivo, por ejemplo en relación con el *jus cogens*), oscilación del acto jurídico entre criminal y enemigo, y la sinécdoque de considerar a un criminal o a un enemigo como de toda la humanidad y no solamente de un régimen jurídico particular.

Da la impresión entonces de que la atrocidad moral de los delitos de lesa humanidad explica al menos en parte por qué ahora el derecho penal puede ser finalmente utilizado sin la aprehensión de otrora. Estamos castigando conductas cuya atrocidad es tal que el garantismo (*nullum crimen sine lege*) —y con este varios derechos que solían ser considerados como humanos— pasa a segundo plano y el punitivismo (*nullum crimen sine poena*) impera sin mayores remordimientos de conciencia. Lo poco que sobrevive del discurso garantista liberal se puede apreciar solamente en el caso de los así llamados delitos comunes —si tenemos suerte—.

A su vez, esta sincronización entre el garantismo y los derechos comunes, por un lado, y el punitivismo y los delitos de lesa humanidad (con la consiguiente liberación del aparato punitivo del Estado en este segundo caso), por el otro, supone que mientras que la explicación de los primeros delitos es socio-económica y en todo caso cultural, la de los segundos se debe exclusivamente al mal radical o a una explicación cuasi-teológica.

⁷⁸ Cfr. EDELSTEIN, *supra* nota 74, p. 20. Tal como nos lo recuerda MILTON en *El Paraíso Perdido*, IX.494. V. MILTON, *Paradise Lost* (ed. Scott ELLEDGE), 2.ª ed., New York, Norton, 1993, p. 211. El primer “enemigo de la humanidad” fue Satán, cuyo nombre significa, literalmente “adversario”.

⁷⁹ Cfr. MANENT, *A World beyond Politics. A Defense of the Nation-State* (trad. Marc LEPAIN), Chicago, Chicago University Press, 2006, p. 214.

⁸⁰ Cfr. ROSLER, *supra* nota 28.

Sin embargo, habría que preguntarse por qué los delitos de lesa humanidad no pueden ser explicados del mismo modo que los delitos comunes, es decir en términos socio-económicos y culturales. Después de todo, NINO, por ejemplo, explica el mal radical en términos culturales: "[d]etrás del fenómeno del mal radical yacen insidiosos patrones culturales que deben ser enfrentados si tal fenómeno quiere ser prevenido",⁸¹ lo cual acerca considerablemente los delitos de lesa humanidad a los delitos comunes.

Por lo demás, hablar de las raíces culturales del mal radical o absoluto es una contradicción en sus términos. En efecto, ante un acto que es tan penalmente reprochable como un crimen de lesa humanidad y por lo tanto digno de castigo, no tiene mayor sentido decir, v.g., "el genocidio es un crimen atroz e imperdonable, *pero* debe ser entendido en contexto". ¿Qué es entonces lo que se supone que agrega el "pero" en cuestión? Es obvio que toda acción, qué decir las criminales, deben ser puestas en contexto ya que es absurdo —o perverso— condenar (o absolver para el caso) una acción sin haberla comprendido.

Ahora bien, lo que suele aparecer luego del "pero" es la referencia a la desigualdad social y económica, la exclusión, patrones culturales, etc., de quienes cometieron el acto. Sin embargo, la explicación que suele seguir al "pero", como toda genuina explicación en el fondo, atenúa —si no es que exonera de— la responsabilidad de los agentes.⁸² Si no hubieran sido víctimas de desigualdad y exclusión, o si hubieran seguido otras pautas culturales, los implicados jamás habrían

⁸¹ NINO, *supra* nota 33, p. 234. FISKE y RAI llegan al extremo de sostener que la violencia humana en general se inspira en un principio de justificación moral o en todo caso cultural: "[l]a violencia a menudo es considerada como la antítesis de la sociabilidad —la gente piensa que la violencia es la expresión de nuestra naturaleza animal, que irrumpe cuando las normas culturales ilustradas colapsan—. La violencia también es considerada como la esencial del mal: es el prototipo de inmoralidad. Pero un examen de los actos y prácticas a través de las culturas y a lo largo de la historia muestra justamente lo opuesto. Cuando la gente hiere o mata a alguien, usualmente lo hace porque siente que debe hacerlo: siente que es moralmente correcto o incluso obligatorio ser violento. Además, los motivos para la violencia generalmente surgen a partir de una relación entre el perpetrador y la víctima, o de sus relaciones con terceras personas. El perpetrador es violento para corregir la relación —para hacer que la relación sea lo que deba ser de acuerdo con sus implementaciones culturales de principios morales de relación universales—. Esto es, la mayor parte de la violencia está motivada moralmente" (FISKE/RAI, *Virtuous Violence: Hurting and Killing to Create, Sustain, End, and Honor Social Relationships*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. xxi). Si FISKE y RAI tienen razón, no tiene sentido prestarle atención al análisis cultural solamente en casos de violencia delictiva común y prestarle atención al razonamiento moral solamente en casos de delitos de lesa humanidad. De otro modo, estaríamos aplicando un garantismo (o un punitivismo para el caso) selectivo.

⁸² Cfr. KANT, *Metafísica de las costumbres* (trad. Adela CORTINA), Madrid, Tecnos, 1989, p. 153. Cfr. asimismo BERNSTEIN, *Radical Evil: a Philosophical Investigation*, Oxford, Polity, 2002, pp. 44 y 98-99.

cometido el acto. Pero entonces, el punto es que no fueron libres de actuar de otro modo y el reproche sería un serio error o en todo caso un síntoma de sadismo.

Con independencia de la difícil reconciliación de la explicación con el razonamiento moral, queda en pie el enorme desafío de dar cuenta acabadamente de por qué un ser humano, por súper-criminal que fuera, dejaría de contar con los derechos humanos que se supone corresponden por definición a todos los seres humanos. Después de todo, en otra época solíamos asombrarnos de lo “fascista” que sonaba, v.g., el punitivismo de Radio 10 en relación con los delitos comunes, mientras que ahora se aglutinan multitudes de modo no menos fascista en defensa de otra forma de punitivismo, aunque sin provocar el mismo asombro.

En realidad, se supone que un derecho penal conforme al Estado de Derecho debe contar con una sola teoría del delito que abarque tanto a la transgresión penal común cuanto a la de lesa humanidad, de tal forma que en lugar de prestarse a nuestros sesgos de confirmación ideológicos en relación con quién es el autor del delito, se concentre exclusivamente en el acto cometido y permita que dicho acto sea perseguido penalmente con total observancia de las garantías penales y con independencia de cuáles sean nuestras preferencias políticas y las de los sospechosos, sean insurgentes o gobernantes. No tiene sentido tener un código penal oficial para los amigos y un código penal “en las sombras” para los enemigos, sobre todo si queremos evitar que la pena sea “sencillamente la copia, el *mimus* [reproducción] del comportamiento normal frente al enemigo odiado, desarmado, sojuzgado, el cual ha perdido no solo todo derecho y protección, sino también toda gracia: es decir, del derecho de guerra y la fiesta de victoria del *vae victis* [¡ay de los vencidos!] en toda su inmisericordia y en toda su crueldad”.⁸³

IV. Con ustedes, los intérpretes

Si hay algo que debe figurar en el *top ten* del autoritarismo penal es la sanción de una ley penal retroactiva más gravosa, lo cual es la imagen absolutamente inversa del principio de la aplicación de la ley penal más benigna. Después de todo, el principio de irretroactividad de la ley penal en realidad no es sino un corolario del principio de legalidad penal, constitutivo de la seguridad jurídica que debe proveer todo Estado de Derecho que merezca ser llamado de ese modo. En particular, todavía más importante “es la razón específicamente penal de que no pueden

⁸³ NIETZSCHE, *La Genealogía de la Moral* (ed. Andrés SÁNCHEZ PASCUAL), Madrid, Alianza, 1972, p. 93.

promulgarse leyes *ad hoc* que fácilmente pueden estar influenciadas por la conmoción que produce la comisión de un delito concreto”.⁸⁴

Tal vez sea por eso que el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el principio de irretroactividad mediante la prohibición de “imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. En este mismo sentido, el artículo 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hace referencia a la irretroactividad “en razón de la persona” (*ratione personae*) y estipula por lo tanto en su primer inciso que “[n]adie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor” y en su segundo inciso prescribe que “[d]e modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”.

Vale la pena recordar asimismo que el principio de la irretroactividad penal se remonta por lo menos a los juristas italianos del siglo XV y probablemente incluso a los glosadores como Bartolo de Sassoferrato, y al momento de la *Constitutio Criminalis Carolina* del Sacro Imperio Romano-Germánico de 1532 este principio ya se había convertido en derecho positivo.⁸⁵ Por otro lado, si bien, como dice Monty Python, “nadie espera a la Inquisición Española”, hasta la mismísima Inquisición Española juzgaba “crímenes reales *en virtud de leyes preexistentes*”.⁸⁶

En este mismo sentido, en el número LXXXIV de *El Federalista* consta que “la prohibición de leyes *ex-post-facto*... son tal vez las más grandes seguridades para la libertad y el republicanismo”, debido a que “la creación de crímenes después de la comisión del hecho, o en otras palabras, la sujeción de los hombres a un castigo por cosas que, cuando fueros hechas, no eran violaciones de ley alguna, y la práctica de encarcelamientos arbitrarios han sido, en todas las épocas, los instrumentos favoritos y más formidables de la tiranía”.⁸⁷

⁸⁴ JESCHECK, *supra* nota 2, p. 184.

⁸⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 38, p. 613.

⁸⁶ DE MAISTRE, *Lettres à un gentilhomme russe sur l'inquisition espagnole*, París, Méquignon Éditeur, 1822, p. 14, énfasis agregado.

⁸⁷ MADISON/HAMILTON/JAY, *The Federalist Papers* (ed. Isaac KRAMNICK), Harmondsworth, Penguin, 1987, p. 474. De ahí que la prohibición de la ley penal retroactiva figure en la Constitución de los Estados Unidos, art. I, sec. 9(3).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

Por lo tanto, si algún arqueólogo penal hubiera deseado encontrar un ejemplo reciente de leyes penales retroactivas tendría que haber tomado el túnel del tiempo y dirigirse por ejemplo hacia la Alemania nazi y bajarse en 1935 en la así llamada “*lex van der Lubbe*”, la cual impuso la pena de muerte para el supuesto incendiario del Parlamento.⁸⁸

Sin embargo, en mayo de este año el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 27362 de “interpretación auténtica”, la cual excluye el beneficio del 2 x 1 para casos de delitos de lesa humanidad *retroactivamente*. Da la impresión entonces de que en este año 2017 muy altas instituciones del Estado argentino como la Cámara Federal de Casación y el Congreso de la Nación parecen haberse puesto de acuerdo para montar un verdadero parque temático, una especie de “Jurassic Park” punitivista, ofreciendo de este modo al mundo el espectáculo de la denegación de la aplicación de la ley penal más benigna sumada a la sanción de una ley penal retroactiva, no solamente en democracia, sino que además sancionada en tiempo récord y casi por unanimidad. Si hubiera un público para el turismo de arqueología penal, Argentina indudablemente estaría en inmejorables condiciones de acaparar el mercado y hacerse de ese modo de una considerable fuente de divisas.

En verdad, a los historiadores del futuro les resultará bastante difícil creer la ironía de que el único representante que votó en contra —aunque por las razones equivocadas— fue Alfredo Olmedo, ya que suele ser considerado filo-fascista por al menos parte de la opinión pública. La ironía se ve agravada por el hecho de que ni siquiera el nazismo se tomó la irretroactividad de la ley penal tan a la ligera, ya que si bien sancionó leyes penales retroactivas —para no entrar en detalles sobre las demás atrocidades—, sin embargo el *Volksgericht* (o Tribunal del Pueblo) para casos de traición empezó a aplicar leyes penales retroactivas recién en 1940, varios años después de haber llegado el nazismo al poder.⁸⁹ En cambio, en Argentina hay tribunales que a los pocos meses de su sanción ya están aplicando una ley penal retroactiva.

A esta altura, no es de extrañar que quienes suscriben el eslogan punitivista “*nullum crimen sine poena*” difícilmente se muestren preocupados por la inconstitucionalidad de una ley penal retroactiva. El garantismo, en cambio, considerará que por más auténtica que fuera una ley interpretativa, es decir por más que una interpretación provenga de su autor —que es exactamente lo que quiere decir “auténtica”— eso no le da derecho a violar la Constitución, la

⁸⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 38, p. 630.

⁸⁹ Cfr. la bibliografía citada en EDELSTEIN, *supra* nota 74, pp. 269-270, n. 50.

cual establece diáfamanamente en su artículo 18 que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Como muy bien dice ZAFFARONI, “las llamadas ‘*leyes interpretativas*’ o [de] ‘interpretación auténtica’” constituyen “modificaciones a las leyes penales y a su respecto rigen los principios del art. 2º [del Código Penal sobre la ley más benigna]”, ya que de este modo el legislador puede ampliar retroactivamente y de modo sustancial una ley penal.⁹⁰

En rigor de verdad, hablar de “ley interpretativa” para hacer referencia a la ley 27362 no tiene mayor sentido. En efecto, dado que según el Congreso de la Nación la ley 24390 no contempla v.g. los delitos de lesa humanidad, la ley 27362 precisamente *agrega* varios elementos nuevos, como por ejemplo que “el artículo 7º de la ley 24.390... no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”. Por lo cual, queda claro que la ley 27362 no *interpreta* el significado de la ley 24390, sino que *cambia* la ley ya que hoy la ley 24390 es diferente a lo que era cuando fue sancionada, debido a que, otra vez, precisamente cuando fue sancionada, v.g., no excluía los delitos de lesa humanidad de los beneficios del 2 x 1.⁹¹

No podemos confundir entonces la supuesta desambiguación del significado de un significante existente —a lo que se supone que apunta la así llamada “ley interpretativa auténtica” en cuestión— con la creación de un nuevo significante. En todo caso, ¿cuál sería el significante viejo al cual la ley 27362 viene a darle un significado nuevo? De ahí que la ley 27362 es “auténtica” ya que proviene del mismo autor que la ley 24390, pero no es en rigor una interpretación, sino una obra diferente y encima, lo que más nos preocupa, retroactiva y más gravosa en materia penal.

Así y todo, alguien podría insistir con la vía hermenéutica para proponer una tercera posición que suele ser designada como interpretativismo, la cual permitiría resolver satisfactoriamente la cuestión de la ley penal retroactiva sancionada por el Congreso sin tener que apelar al garantismo positivista o al punitivismo iusnaturalista. Según esta tercera posición, sea que el derecho quede reducido a normas positivas o que consista en el razonamiento moral, en ambos casos es *siempre* un

⁹⁰ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, 1.ª ed., Buenos Aires, 1980, vol. I, p. 472.

⁹¹ Por si hiciera falta tal vez convenga recordar que para NINO “[l]a prohibición de leyes penales retroactivas está ligada al requerimiento de que uno debe consentir en asumir la responsabilidad del castigo. Cuando un nuevo crimen es creado y/o modificado, o el castigo que lo acompaña es *ampliado*, esto socava el requisito del consentimiento” (NINO, *supra* nota 33, p. 281, énfasis agregado).

concepto interpretativo y por lo tanto solamente sabremos cuál es el derecho vigente precisamente merced a su exégesis.

Ciertamente, no dejaría de ser sorprendente que el interpretativismo se ofreciera como tercero en discordia para resolver esta cuestión, ya que está en su naturaleza sostener que hasta — o quizás sobre todo— una ley interpretativa tiene que ser objeto de interpretación. Con esto, la expresión misma “ley interpretativa” debería ser considerada como un epítome de la redundancia y el comienzo de una regresión al infinito. Si no lo fuera, el interpretativismo terminaría colapsando en una de las dos posiciones anteriores, sea el garantismo positivista o el punitivismo iusnaturalista, antítesis que se suponía el interpretativismo venía a superar. Sea como fuere, salta a la vista entonces que por más interpretativistas que seamos, el desafío continúa siendo el de tomar partido entre el garantismo y el punitivismo.

Por otro lado, si por alguna razón fuéramos dworkinianos, tendríamos que conceder que el interpretativismo tomaría partido por el garantismo, ya que es este último, merced a su naturaleza liberal, el que muestra al derecho en su mejor luz, tal como reza el credo dworkiniano.⁹² Habría que recordar, además, que según DWORKIN las garantías penales liberales consagran una asimetría normativa —o unilateralismo— entre aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado y este último, a favor de los primeros: “[e]l acusado en un caso criminal tiene derecho a una decisión en su favor si es inocente, pero el Estado no tiene un derecho paralelo a una condena si es culpable”.⁹³

Supongamos ahora, también en aras de la argumentación, que alguien sostuviera que incluso en el caso de la ley 27362 las garantías penales no se verían afectadas, ya que la irretroactividad de la ley penal alcanza al texto de la ley penal pero no a su interpretación, de tal forma que no hay retroactividad porque aunque la interpretación sea de hoy, el texto al que se refiere la interpretación se mantiene en el pasado.

Según este hipotético argumento entonces alguien podría sostener, por ejemplo, que los derechos de propiedad son derechos adquiridos y que dichos derechos están sujetos a interpretación, sin que la interpretación afecte el derecho de propiedad. Tendríamos entonces un derecho adquirido a X, X estaría sujeto a interpretación, debido a la interpretación podríamos

⁹² Cfr., por ej., DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986, p. 52.

⁹³ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Avon, Duckworth, 1978, p. 100; cfr. DWORKIN, *supra* nota 92, pp. 142-143.

perder X, pero sin que nuestros derechos adquiridos sobre X hayan sido afectados. No hay que ser un *rocket scientist* para darse cuenta de que se trata de un escenario ideal para un sketch de Monty Python.

Por supuesto, están previstos casos en los cuales se puede sancionar una ley de expropiación. Pero se supone que son casos excepcionales, justificados por utilidad pública, en los cuales los perjudicados se ven compensados de alguna manera y, para no dar ideas, semejantes consideraciones no suelen ser invocadas en relación con casos penales (no en países “civilizados”, al menos por ahora).

Nobleza obliga, ya que hemos sido bastante duros con el jacobinismo penal, es hora de recordar que la Constitución jacobina de 1793 en su artículo 14 consagra explícitamente el principio según el cual “la ley que castigara delitos cometidos antes de que ella exista será una tiranía; el efecto retroactivo dado a la ley será un crimen”.

V. *De Nobis Fabula Narratur*

Si esta exhibición histórico-conceptual de los dos modelos de derecho penal ha servido para algo, quizás sea hora de prestar atención cuidadosamente a la tesis de PRODI según la cual “nuestra justicia, la justicia de libertades y garantías, pudo desarrollarse en Occidente debido a la coexistencia histórica de distintos reglamentos, es decir, por la competencia entre varios órdenes de normas, por una pluralidad de fueros ante los cuales el hombre era convocado a responder de sus acciones. Ello no niega —antes bien, lo presupone— que cada uno de estos reglamentos haya intentado someter o absorber a los demás, en sentido teocrático o secular; sin embargo, en nuestra cultura, a diferencia de lo que sucedió en otras sociedades sobre la faz de la Tierra, siempre hubo un anticuerpo lo suficientemente resistente para detener los procesos de degeneración y restablecer un equilibrio”.⁹⁴

El “anticuerpo” del que habla PRODI está enraizado “en la tradición griega y semítica, tal como se desarrolló en el territorio de la cristiandad occidental” y afloró “entre la Edad Media y la Edad Moderna” en la forma de una “pluralidad de reglamentos jurídicos y el dualismo entre conciencia y derecho positivo, entre normas morales y normas jurídicas”.⁹⁵

⁹⁴ PRODI, *supra* nota 35, p. 417.

⁹⁵ PRODI, *supra* nota 35, p. 417.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

En nuestros días, sin embargo, “por primera vez en Occidente, nos encontramos ante la norma ‘unidimensional’ y, por ende, ante un solo fuero: el del derecho positivo”. Esto se debe a la incorporación del discurso de los derechos humanos en todos los ordenamientos jurídicos, el cual suele reclamar una autoridad moral incontestable, so pena de considerar fascista a quien pusiera en duda tales credenciales. Ahora bien, justo en la época en la cual merced al discurso de los derechos humanos los derechos de *todos* los seres humanos deberían haber alcanzado su apogeo, particularmente en el ámbito penal, es en nombre de los derechos humanos que se violan garantías penales que durante varios siglos habían sido consideradas como sagradas.

Hoy más que nunca entonces no podemos darnos el lujo de “concebir el Estado de Derecho como una conquista definitiva a defender solo contra ataques externos, como pudieron parecer en nuestro siglo —en una historiografía impostada— los regímenes totalitarios. En realidad, *el mal siempre está dentro de nosotros, y aun en los regímenes democráticos más avanzados la amenaza proviene en cierto modo desde el interior, de la tendencia a sacralizar la política*”.⁹⁶

Por alguna razón, a veces el valor de las garantías penales se aprecia mejor cuando el aparato punitivo del Estado es puesto en marcha en contra de uno, que cuando ese mismo uno quiere que se ponga en marcha el aparato punitivo del Estado. El caso de SCHMITT es bastante ilustrativo al respecto. En efecto, a pesar de haber defendido, tal como hemos visto, el punitivismo cuando el nazismo estaba en el poder, mientras era “desnazificado” en Nuremberg SCHMITT tuvo la *jutzpah* de verse atraído por el garantismo cuando anotaba en su diario que “la pena... debe atenerse a las previstas por la ley”, “*sobre todo frente a criminales inauditos*”, ya que “incluso en períodos de guerra civil, todo acto de venganza —incluso aquel aprobado en un primer tiempo por el sentimiento de justicia de los hombres— se transmuta en una práctica horrible”.⁹⁷

⁹⁶ PRODI, *supra* nota 35, pp. 12-13, traducción ligeramente modificada, énfasis agregado.

⁹⁷ SCHMITT, *Glosario* (ed. Petra DAL SANTO), Milano, Giuffrè, 2001, p. 201, notas del 1.V.1948, énfasis agregado. En este pasaje SCHMITT hace referencia a un discurso senatorial de un joven Julio César en *La Conjuración de Catilina* de SALUSTIO, que vale la pena citar en su totalidad: “en las Guerras Púnicas, a pesar de que los cartagineses repetidamente, en la paz o en las treguas, habían perpetrado muchas acciones criminales, jamás los nuestros, ni siquiera habiendo tenido ocasiones para ello, hicieron nada semejante: atendían más a lo que pedía su dignidad que a lo que con todo derecho podían hacer contra sus enemigos. Eso mismo debéis mirar también vosotros, padres conscriptos, que no pese más en vuestro ánimo el delito de Publio Léntulo y de sus compañeros que vuestra dignidad, y que no atendáis más a vuestros deseos de venganza que a vuestra reputación. Si se considera que ese castigo guarda proporción con su delito, yo apruebo esa insólita determinación; pero *si la magnitud del delito es tal que supera todo lo imaginable*, entonces pienso que debemos

En conclusión, si nuestras creencias políticas y jurídicas entonces no son suficientes por sí mismas para poder decidir cuál de los dos modelos filosófico-penales, el garantista y el punitivista, es el que más nos atrae, ojalá que esta narrativa histórico-conceptual nos ayude a dar un paso en la dirección correcta y que los penalistas vuelvan a ser cuanto antes lo que alguna vez fueron, sabuesos entrenados para detectar garantías penales insatisfechas, antes que portadores de la conciencia punitiva del sano sentimiento del pueblo.

VI. Bibliografía

ARENDT, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, ed. rev., New York, Penguin, 1992.

BARTELSON, Jens, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (ed. bilingüe al cuidado de Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ), Madrid, Trotta, 2011.

BERMAN, Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983.

BERNSTEIN, Richard, *Radical Evil: a Philosophical Investigation*, Oxford, Polity, 2002.

CICERÓN, *Sobre la república. Sobre las leyes* (ed. José GUILLÉN), Madrid, Tecnos, 1986.

— *Sobre los deberes* (trad. José GUILLÉN CABAÑERO), Madrid, Tecnos, 1989.

— *Discursos contra Marco Antonio o Filípicas* (ed. José Carlos MARTÍN), Madrid, Cátedra, 2001.

— *Catilinarias* (ed. bilingüe de Nicolás GELORMINI), Buenos Aires, Losada, 2006.

CONSTANT, Benjamín, *Écrits politiques* (ed. Marcel GAUCHET), París, Gallimard, 1997.

— *Principios de política aplicables a todos los gobiernos* (trad. Víctor GOLDSTEIN), Buenos Aires, Katz, 2010.

tomar otras medidas que vengan avaladas por nuestras leyes”. Cfr. SALUSTIO, *La conjuración de Catilina. Guerra de Jugurta* (ed. Avelina CARRERA DE LA RED), Madrid, Akal, 2001, p. 157, énfasis agregado.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

DE MAISTRE, Joseph, *Lettres à un gentilhomme russe sur l'inquisition espagnole*, Paris, Méquignon Éditeur, 1822.

DOLINA, Alejandro, *Crónicas del Ángel Gris*, Buenos Aires, Colihue, 2003.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Avon, Duckworth, 1978.

— *Law's Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986.

EDELSTEIN, Dan, *The Terror of Natural Right. Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, Chicago University Press, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (trad. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN y Rocío CANTARERO BANDRÉS), Madrid, Trotta, 1995.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

FISKE, Alan Page y RAI, Tage Shakti, *Virtuous Violence: Hurting and Killing to Create, Sustain, End, and Honor Social Relationships*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

GAT, Azar, *War in Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

GEUSS, Raymond, *History and Illusion in Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

GROSS, Raphael, *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*, 2.ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 2005.

HALL, Jerome, "Nulla Poena Sine Lege", *Yale Law Journal*, N° 47, 1937, pp. 165-193.

HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2.ª ed. (eds. Joseph RAZ y Penelope BULLOCH), Oxford, Oxford University Press, 1994.

HOBBS, Thomas, *Leviathan. 2. The English and the Latin Texts (i)*, (ed. Noel MALCOLM), Oxford, Oxford University Press, 2012.

HÜNING, Dieter, "Hobbes on the Right to Punish", en SPRINGBORG, Patricia (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal* (trad. S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), Barcelona, Bosch, 1981, vol. I.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Losada, 1950, vol. II.

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed. (ed. Matthias JESTAEDT), Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

KOSELLECK, Reinhart, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973.

— *Vergangene Zukunft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989.

MACLEAN, Ian, *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *The Federalist Papers* (ed. Isaac KRAMNICK), Harmondsworth, Penguin, 1987.

MANENT, Pierre, *A World beyond Politics. A Defense of the Nation-State* (trad. Marc LEPAIN, Chicago, Chicago University Press, 2006).

MARX, Karl, *La Cuestión Judía* (ed. Reyes MATE), Barcelona, Anthropos, 2009.

MILTON, John, *Paradise Lost*, 2.ª ed. (ed. Scott ELLEDGE), New York, Norton, 1993.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899.

NAUDÉ, Gabriel, *Considérations politiques sur les coups d'état*, París, 1667.

NIETZSCHE, Friedrich, *La Genealogía de la Moral* (ed. Andrés SÁNCHEZ PASCUAL), Madrid, Alianza, 1972.

NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1980.

— *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, 2.ª ed. (ed. Gustavo MAURINO, trad. Martin BÖHMER), Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

NOLTE, Ernst, *La guerra civil europea, 1917-1945. Nacionalsocialismo y bolchevismo* (trad. Sergio MONTALVO CASTAÑEDA, Julio COLÓN GÓMEZ y Adriana SANTOVEÑA RODRÍGUEZ), México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

PASTOR, Daniel, “La deriva neopunitivista de activistas y organismos como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

PETTIT, Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

PRODI, Paolo, *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho* (trad. Luciano PADILLA LÓPEZ), Buenos Aires, Katz, 2008.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, ed. rev., Oxford, Oxford University Press, 1999.

ROSLER, Andrés, “Derechos humanos: ¿moral o política?”, en CAPALDO, Griselda, SIECKMANN, Jan y CLÉRICO, Laura (comps.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 615-629.

— “Estado de Derecho, delito político y terrorismo”, en STEINER, Christian (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XX, 2014, pp. 805-822.

— *Razones Públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016.

ROSLER, Andrés y JENSEN, Guillermo, “¿Nullum crimen sine poena o nullum crimen sine lege? Consideraciones sobre el fallo ‘Muña’”, *La Ley*, Año LXXXI, N° 108, 2017, pp. 3-5.

SAINT-JUST, Antoine-Louis de, *Oeuvres Complètes* (eds. Anne KUPIEC y Miguel ABENSOUR), Paris, Gallimard, 2004.

SALUSTIO, *La conjuración de Catilina. Guerra de Jugurta* (ed. Avelina CARRERA DE LA RED), Madrid, Akal, 2001.

SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928.

— *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1934.

— *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963.

— *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982.

— “Der Führer schützt das Recht” (1934), en *Positionen und Begriffe*, 2.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

— “Der Rechtsstaat” (1935), en *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969* (ed. Günter MASCHKE), Berlin, Duncker & Humblot, 1995.

— *Glosario* (ed. Petra DAL SANTO), Milano, Giuffrè, 2001.

SIEDENTOP, Larry, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, N°. 86-87, 2008, pp. 149-171.

SOREL, Georges, *Reflexiones sobre la violencia* (trad. F. TRAPERO), Madrid, Alianza, 1976.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I* (trad. Gladys ROMERO), Madrid, Edersa, 1982.

SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la Función Antropológica del Derecho* (trad. Silvio MATTONI), Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

VERGES, Jacques, *Estrategia judicial en los procesos políticos* (trad. María Teresa LÓPEZ PARDINA), Barcelona, Anagrama, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1980, vol. I.

— *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

ZOLO, Danilo, *La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad* (trad. Elena BOSSI revisada por Pablo EIROA), Buenos Aires, Edhasa, 2007.