

# EXTENSIÓN

Seminarios • Talleres • Encuentros

**Seminario:**

## “AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN AMÉRICA LATINA”

- La anomalía de la adaptación de la penalidad en los delitos contra la propiedad según la ley número 20.931, José Luis Guzmán Dálbora
- Aspectos procesales de la agenda corta antidelincuencia, Julián López Masle
- Expansión del derecho penal en América Latina. Experiencia en Uruguay, Raúl Cervini Sánchez
- Los desafíos del derecho penal latinoamericano, Eugenio Raúl Zaffaroni

Nº 7 • Octubre, 2017

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia



# EXTENSIÓN

Seminarios • Talleres • Encuentros

## **Seminario:**

### **“AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN AMÉRICA LATINA”**

- La anomalía de la adaptación de la penalidad en los delitos contra la propiedad según la ley número 20.931, José Luis Guzmán Dálbora.
- Aspectos procesales de la agenda corta antidelinquencia, Julián López Masle.
- Expansión del Derecho Penal en América Latina. Experiencia en Uruguay, Raúl Cervini Sánchez.
- Los desafíos del derecho penal latinoamericano, Eugenio Raúl Zaffaroni.

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

Santiago de Chile • Octubre de 2017



© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O'Higgins 1449, torre I, piso 8.  
Santiago.

"Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión, de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa del autor y los editores".

Registro de Propiedad Intelectual 284.759

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-05-9 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-52-3 (Volumen 7)

Producción y Edición:  
Defensoría Nacional  
Defensoría Penal Pública

# ÍNDICE

---

Presentación .....	7
Intervenciones inaugurales .....	9
<b>Exposiciones:</b> .....	17
La anomalía de la adaptación de la penalidad en los delitos contra la propiedad según la Ley N° 20.931, José Luis Guzmán Dálbora.....	17
Aspectos procesales de la agenda corta antidelincuencia, Julián López Masle .....	27
Expansión del derecho penal en América Latina. Experiencia en Uruguay, Raúl Cervini Sánchez.....	41
Los desafíos del derecho penal latinoamericano, Eugenio Raúl Zaffaroni .....	51



# PRESENTACIÓN

---

El presente texto reúne las ponencias realizadas en el marco del X Seminario de Derecho Penal y Procesal Penales, organizado por la Defensoría Regional de Valparaíso y la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, actividad académica que tuvo lugar el 4 de octubre de 2016, cuyo tema central fue: "Agenda corta antidelincuencia. Expansión del derecho penal en América Latina".

La finalidad del seminario fue generar una instancia de reflexión académica en relación con la Ley N° 20.931, cuyo contenido incorpora cambios significativos en la normativa clásica del derecho penal, como también de normas procesales directamente vinculadas a las garantías fundamentales consagradas a favor de los ciudadanos frente al ejercicio del poder punitivo del Estado.

La forma en que esta nueva legislación enfrenta la problemática de la criminalidad no es exclusiva de nuestro país, sino que responde a una realidad que también puede observarse en el derecho comparado a nivel global, razón por la cual en esta oportunidad se decidió ampliar el análisis, vinculando la nueva ley con el fenómeno de expansión del derecho penal o endurecimiento punitivo que se observa en el contexto latinoamericano.

Las dos primeras exposiciones se refieren específicamente a las modificaciones incorporadas por la Ley N° 20.931, tanto en materia penal como procesal penal. Así, el texto se inicia con la ponencia del profesor José Luis Guzmán Dálbora, quien se refiere a la anomalía que constituye la creación del denominado marco rígido en la adaptación de la penalidad respecto de los delitos contra la propiedad. Luego el profesor Julián López Masle realiza un análisis de los aspectos procesales que introduce la agenda corta antidelincuencia, destacando las implicancias de la creación del control de identidad preventivo.

Las siguientes exposiciones se refieren, en términos generales, al fenómeno que actualmente se observa en Latinoamérica respecto de la demanda social de seguridad ciudadana, donde el derecho penal y procesal penal suelen ocupar un lugar preponderante como respuesta legislativa. En esta materia, el profesor Raúl Cervini Sánchez trató la denominada expansión del derecho penal y sus manifestaciones en Uruguay, y, por último, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni realizó una revisión general de los desafíos del derecho penal latinoamericano en este contexto.



# Intervenciones Inaugurales

---

Aldo Valle Acevedo

Rector

Universidad de Valparaíso

Este año 2016 se cumple la primera década del seminario de derecho y proceso penales organizado conjuntamente por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso y la Defensoría Regional de Valparaíso.

Las dos instituciones hemos querido celebrar de una manera especial el aniversario, para destacar la continuidad alcanzada en el periodo iniciado en 2007, el creciente poder de convocatoria de estas actividades, que empezaron realizándose en una sala más pequeña de la facultad y desde algunos años tienen lugar en esta Aula Magna de la Escuela de Derecho. También hemos querido relevar el número y la diversidad de los profesores y especialistas que han expuesto en el seminario, la variedad y actualidad de los temas tratados, incluso las publicaciones que en algún caso permitieron documentar estas jornadas de extensión universitaria y capacitación profesional.

También por esto, se extendió la invitación a exponer en el X Seminario no sólo a un destacado jurista nacional, como el profesor Julián López Masle, uno de nuestros mejores especialistas en proceso penal, sino además a dos figuras extranjeras de renombre internacional en el campo de las ciencias penales, me refiero a los profesores Raúl Cervini Sánchez, de Montevideo, y Eugenio Raúl Zaffaroni, de Buenos Aires.

La elección de estos expositores, acompañados por un profesor de la casa y coorganizador del seminario, José Luis Guzmán Dálbora, guarda correspondencia con el tema general de hoy: la llamada agenda corta antidelinquencia como expresión de la expansión del derecho penal y del derecho procesal penal en América Latina.

En 2008 el parlamento chileno aprobó la primera 'agenda corta'. Ésta contenía múltiples modificaciones al Código Penal y, sobre todo, al Código Procesal Penal de 2000. Endureció el régimen de la reincidencia y modificó el

régimen del control de identidad, la detención en situaciones de flagrancia, el contenido de la audiencia de control de legalidad de la detención, la prisión preventiva, la exclusión de prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, etc. La primera agenda corta vino a confirmar y profundizar el sentido de las varias reformas que estaba experimentando el novel Código Procesal Penal, que entonces no contaba todavía con diez años de vigencia.

Tales reformas tendieron a fortalecer los componentes inquisitivo-policiales del Código Procesal Penal, disminuir sus elementos de proceso acusatorio, dilatar las atribuciones de la policía y, paralelamente, reducir la jurisdicción de los tribunales de garantía en su función de cautelar los derechos de las personas que comparecen ante la justicia penal, principalmente, los inculpados.

La llamada agenda corta se convirtió en una regresión larga a tiempos más bien primitivos en la evolución de las instituciones del derecho penal y procesal penal.

Dado que el país no parece contar con una política criminal de largo plazo ni, por tanto, con verdadera política criminal, tampoco ha existido una 'agenda larga', mejor dicho, un trabajo sistemático, fundado en conocimientos científicos y validado por investigaciones o datos empíricos, que entregue al país un marco normativo general que apunte a la prevención de los delitos de mayor ocurrencia o importancia, y una reforma a la legislación penal con que castigar con penas proporcionadas y eficaces esos delitos, sea los más graves de la criminalidad callejera o convencional, sea los que se comete desde o al interior de estructuras de poder financiero, comercial, económico, político o jurídico, pero cuyos efectos alcanzan a un número indeterminado de personas.

Dadas las tendencias que se insinuaron antes de la primera agenda corta y, por otra parte, el ayuno de una agenda larga, no causa asombro que ahora el país asista a la aprobación de la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, que viene a ser la segunda agenda corta. Conocida por la opinión pública a raíz de algunos de sus aspectos más polémicos, principalmente el control de identidad masivo con que se facultó a la policía y el velado intento, que luego se frustró, de impedir que la prensa pueda informar sobre ciertas actuaciones de la investigación del Ministerio Público, la segunda agenda corta trae consigo múltiples modificaciones al Código Penal, al Código Procesal Penal y a la legislación especial que se ocupa de la policía uniformada, la policía civil y los militares.

Al igual que la primera agenda corta, redobla el de suyo draconiano régimen de punición de los delitos contra la propiedad, alterando las reglas generales

del Código en cuanto a la imposición de las penas y, por tanto, introduciendo un subsistema de excepción ya ensayado con resultados desastrosos en la Ley de Tránsito y en la Ley de Control de Armas.

Innova otra vez la disciplina del control de identidad, facilitándolo hasta el punto que no es ya necesario ser sospechoso de haber cometido delito alguno para que esta actuación policial tenga lugar. Amplía los supuestos excluidos del carácter inapelable de la resolución del tribunal de garantía que declara la ilegalidad de la detención de una persona, con el objeto de asegurar la posición de policías y gendarmes; interviene el régimen de apelación de la prisión preventiva en los mismos casos, a fin de mantener al inculpado preso hasta que quede ejecutoriada la resolución de primera instancia que negó, substituyó o revocó esta medida cautelar; introduce para la investigación de delitos comunes medios de investigación usados en los procesos por drogas (como el uso de agentes encubiertos, informantes y provocadores); amplía las facultades de la policía en los supuestos de allanamiento y registro de un lugar cerrado, etc. En fin, aumenta las penas de delitos de homicidio y lesiones cometidos contra policías y funcionarios del servicio de prisiones.

Parte de estas cuestiones serán abordadas hoy por los profesores nacionales que van a disertar. Pero no hay que creer que Chile es en esto ajeno a lo que está sucediendo hace algunos años en el mundo occidental, particularmente en el continente latinoamericano. La expansión del derecho penal, denominación que brinda el título a un conocido libro del profesor español Jesús Silva Sánchez, ha consistido, a veces en una modernización, otras veces en una deshumanización del derecho penal material y del proceso penal.

Algunos críticos extranjeros, como el profesor Zaffaroni, temen tras este panorama un retorno de las prácticas penales de la Baja Edad Media, y otros, cuyo es el caso del profesor Cervini, un especialista en eso que pocas décadas atrás se llamaba 'procesos de descriminalización', divisan la recuperación del poder punitivo por parte del Poder Ejecutivo, todo ello al servicio de una demagogia que incentiva las actitudes punitivistas e intolerantes en las personas.

Excúsenme que intercale, en estas palabras, una referencia más bien emotiva a un querido profesor nuestro, me refiero a Manuel de Rivacoba. Me lo imagino aún, a pesar de los años, con esa mirada inteligente y escéptica, expresiva casi siempre de la distancia que le producía toda regresión a formas menos humanizadas del derecho penal. Hago este recuerdo porque en estas materias de ese profesor recibí los conceptos y principios fundamentales.

Por todas estas razones y motivos, nos parece muy acertado celebrar el décimo aniversario de este importante evento, un encuentro ya tradicional entre el mundo universitario y la praxis del derecho penal y procesal penal en la Región de Valparaíso, tratando un tema de tanta actualidad, gravedad y extensión de la mano de autores tan acreditados en estos saberes.

Claudio Pérez García  
Defensor Regional  
Región de Valparaíso

El 6 de noviembre de 2008, en el Aula ‘Luis Vicuña Suárez’ de esta Escuela de Derecho, realizamos el seminario “Problemas de la agenda corta”, el segundo del ciclo que hoy cumple su décima versión.

Ese día expusieron los profesores Claudio Meneses, sobre el control de identidad y detención en casos de flagrancia; Héctor Hernández, sobre detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba, y José Luis Guzmán, sobre especies y efectos penales de la reincidencia.

Comienzo con este recuerdo, porque hoy, ocho años más tarde, nuevamente estamos analizando la ‘agenda corta antidelincuencia’, plasmada en la Ley N° 20.931, a la cual me referiré más adelante y también a la manera cómo nuestra institución se preparó para enfrentar el conjunto de modificaciones.

Señoras y señores: hoy, para la Defensoría Regional de Valparaíso y esta Escuela de Derecho es un día especial. Celebramos la décima versión del ciclo de seminarios de derecho y proceso penales que se inició el 12 de abril de 2007. En una década, este seminario se ha convertido en un reconocido espacio de debate académico.

Su trayectoria y excelencia se ha logrado por la importancia de los temas escogidos, el destacado nivel de los 27 expositores que han participado en diez años, el público que ha superado los 200 asistentes y las 500 personas que en promedio se conectan a la transmisión vía *streaming* en Chile y en el extranjero.

Este seminario, en su versión 2016, es un hito. Es el primero de carácter internacional. Desde ya agradezco la presencia de los doctores Raúl Cervini, de Uruguay, y Raúl Zaffaroni, de Argentina.

Nuestro seminario es una excelente demostración del valioso trabajo conjunto entre dos instituciones públicas al servicio de la comunidad.

Dos entidades que se unen para aportar al debate académico y a la necesaria reflexión que debe existir frente a la entusiasta y generosa proliferación de leyes y mociones que surgen muchas veces por legislar desde el apuro de la contingencia, la agenda pública, los titulares de los medios de comunicación, encuestas o sondeos de percepción sobre seguridad ciudadana y de candidatos a cargos de elección popular que se ven tentados por promover discursos punitivos.

Señoras y señores: en relación al tema que nos convoca, plantearé algunas consideraciones que me parecen relevantes desde la visión de la Defensoría Penal Pública.

La 'agenda corta antidelincuencia', contenida en la Ley N° 20.931 publicada el pasado 5 de julio, introduce 53 modificaciones a diversos cuerpos legales y establece 3 artículos autónomos y 2 disposiciones transitorias, lo que da cuenta de su importancia, amplitud y magnitud.

Su relevancia no es sólo cuantitativa, sino que se trata de una normativa que incorpora significativos cambios en la forma cómo se entienden aspectos estructurales del sistema penal y procesal penal en el ámbito de los delitos contra la propiedad y de mayor connotación social.

La finalidad de las modificaciones se sintetizaba en el mensaje del respectivo proyecto de ley: "facilitar la *aplicación efectiva* de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y *mejorar la persecución penal* en dichos delitos".

La ley aprobada se extiende más allá de los ámbitos inicialmente propuestos, manteniendo el objetivo dirigido a endurecer la reacción punitiva.

Esta manera de enfrentar la problemática de la delincuencia no es un fenómeno propio y exclusivo de nuestro país, sino que se enmarca en el denominado endurecimiento punitivo o expansión del derecho penal, fenómeno de carácter global que explica y contextualiza esta técnica legislativa.

Una de las modificaciones más significativas de la 'agenda corta antidelincuencia' es la introducción de una nueva forma de determinar las penas respecto de buena parte de los delitos contra la propiedad -los que constituyen aproximadamente el 50 por ciento de los ilícitos que se judicializan en nuestro sistema-, excluyéndolos de las reglas de determinación consagradas en la parte general del Código Penal.

Es lo que se llama "marco rígido", establecido en el nuevo artículo 449 del Código Penal, consistente en que, en los delitos señalados en dicha disposición, el órgano jurisdiccional se ve limitado en el ejercicio de individualización de la pena al marco de penas establecido en la ley para el delito específico, quedando excluida la posibilidad de rebajar las penas más allá de dicho límite.

Ante la posibilidad que esta modificación generara un excesivo aumento de juicios orales, el legislador optó por ampliar el procedimiento abreviado hasta una pena de diez años en los delitos en que se aplica dicho marco rígido, como una manera de incentivar esta forma de término como alternativa al juicio oral.

También en materia penal sustantiva, destaca la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores y la creación de una nueva agravante en el artículo 449 bis del Código Penal, consistente en formar parte de una agrupación u organización destinada a cometer los delitos contra la propiedad indicados en dicha disposición.

En el ámbito procesal penal, un tema muy discutido a nivel constitucional fue la creación del control de identidad preventivo en el artículo 12 de la Ley N° 20.931, y las modificaciones al control de identidad investigativo establecido en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Otras innovaciones que tienen una incidencia importante en los derechos y garantías de las personas son las ampliaciones a las facultades autónomas de las policías; la ampliación de técnicas especiales de investigación a ciertos delitos; ampliación de hipótesis en las cuales se puede dictar orden de detención; ampliación de supuestos de apelación verbal; y nuevas normas de protección a testigos, entre otras.

Sin embargo, tal vez la modificación más compleja para la defensa desde el punto de vista de los derechos fundamentales es la incorporación del juicio en ausencia del imputado cuando no asista a la audiencia de juicio por segunda ocasión, establecida en el artículo 396 del Código Procesal Penal.

A nuestro entender, se trata de una norma que -en palabras del voto de minoría del Tribunal Constitucional-, *“cercena indudablemente el derecho a defensa que le garantiza a toda persona la Constitución Política, en este caso, al imputado en el proceso de que se trate”*.

Al finalizar, deseo destacar el trabajo de los defensores penales públicos. En este nuevo escenario, la calidad de la defensa es determinante en el resguardo de los derechos y garantías de las personas.

Para apoyar a los defensores, el año pasado iniciamos un plan de capacitación y perfeccionamiento. El mismo día en que entró en vigencia la ‘agenda corta’ concluimos el último curso sobre las modificaciones de esta ley, al que asistieron todos los defensores de la región.

A lo anterior se suman las minutas técnicas preparadas a nivel regional y nacional, el seguimiento de jurisprudencia y el trabajo en clínicas jurídicas, todo con el propósito de reforzar y mejorar nuestros argumentos y el debate en general sobre esta reforma legal.

En el marco de nuestro proceso permanente de preparación y reflexión académica se inscribe el presente Seminario Internacional. Muchas gracias.



# Exposiciones

## La Anomalía de la adaptación de la Penalidad en los delitos contra la propiedad según la Ley N° 20.931

---

**José Luis Guzmán Dálbora**

**Doctor en derecho**

**Profesor titular de derecho penal e introducción a la filosofía jurídica y moral en la Universidad de Valparaíso.**

La Ley N° 20.931 introdujo modificaciones al Código Penal, el Código Procesal Penal y varias leyes especiales. En las reformas del procedimiento es evidente el triunfo de las pulsiones inquisitivo policiales que vienen deformando hace rato la estampa tímidamente acusatoria del Código de 2000.

En las disposiciones relativas a los cuerpos policiales y de prisiones, a los que la 'agenda corta' blindó ulteriormente merced a la agravación de las penalidades de quienes atentan contra sus miembros, se observa un retroceso que recuerda la legislación penal del régimen militar, que creíamos se empezó a superar con las leyes 'Cumplido' de 1991. En fin, la modificación del artículo 433 del Código Penal, pero sobre todo la inserción de un nuevo artículo 449, son un paradigma de voluntarismo político y de irracionalidad legislativa. En lo que viene procuraré demostrar la exactitud de estas calificaciones, que por lo demás son una mácula predicable de casi todas las innovaciones penales de los últimos veinte años.

El nuevo artículo 449 establece un procedimiento inédito de adaptación de la penalidad, que destruye la estructura y el sentido de la conmensuración de la pena al interior del Código Penal. Llamamos conmensuración de la pena al proceso por el cual la abstracta previsión penal de la ley es adaptada y concretada respecto de un suceso delictuoso singular, escogiéndose para éste la magnitud precisa dentro de las posibilidades comprendidas en los márgenes de aquella, magnitud que ha de adecuarse a las particularidades y, por ende, reflejar el grado de injusto y de culpabilidad de ese suceso.

Dentro de ella es dable distinguir dos etapas, la fase de adaptación y otra de concreción. En efecto, antes de que la abstracta previsión de la ley sea fijada por el juez en una magnitud precisa, usualmente es necesario someter la penalidad a una fase de adaptación. Este amoldamiento es propio de la pena determinada relativamente, el supuesto básico de todo el proceso que consiste en conmensurarla.

El sistema integrado por estas penas participa de aquella relatividad en tres sentidos, bajo todos los cuales pulsa una misma razón de ser, proporcionarlas a la gravedad del delito. Primero, como adaptación cualitativa, cuando quiera que la ley haya previsto para éste penas conjuntas o alternativas, lo que significa divisibles cualitativamente.

En seguida, una vez que el tribunal decidió con cuál de los miembros de la disyuntiva proseguirá la tarea de ajustar la sanción, pero también si se trata de penas simples, como adaptación cuantitativa, porque los márgenes de la elegida o, en su caso, la indicada sin opciones por la ley, albergan un espectro más o menos amplio de posibilidades, definir cuál es asunto de la graduación dentro de la penalidad concreta.

El tercer sentido va implícito en la alusión a esta última, pues para llegar a ella se requiere contrastar la penalidad abstracta con ciertos dispositivos, yacentes en disposiciones generales o particulares de los textos legales, que están dotados de la aptitud de mover los márgenes relativos, ampliándolos o estrechándolos, e incluso cambiar la naturaleza de la pena original.

Estos dispositivos representan complementos del sistema, en el que se inscriben por su poder modelador de los bordes flexibles de tales puniciones. Además, comparten con la penalidad graduable el para qué de la conmensuración en general, aquí en sus pródromos.

Sólo que el afán de proporcionalidad que guía la construcción de la penalidad concreta difiere de las penas extraordinarias del derecho común en varios aspectos, de los que interesa poner de relieve el siguiente. Al formar la penalidad correlativa a un delito preciso, la conminación que la ley anuncia para los de su clase, *v. gr.*, el homicidio, es adaptada, no ya a la total individualidad de la ocurrencia delictuosa singular, sino según una serie de apreciaciones hipotéticas con que la ley manifiesta su opinión sobre sendos fenómenos que las infracciones suelen ofrecer en la realidad, con lo que nos referimos a cualquier delito o, por excepción, sólo a los de esa clase.

Expresado en otros términos, así como hay causas de extensión de los tipos delictivos, así también existen factores que otorgan a la pena abstracta una validez que excede su alcance nominal. Si las primeras *"amplían el concepto de delito acuñado en la Parte Especial (o en una ley subordinada) al someterse a una amenaza penal cierta magnitud de la zona que colinda con él"* (M. E. Mayer), como la tentativa y la codeinlucencia, las segundas confieren a la amenaza misma un grado que no coincide con el original, pero dejando intacto el título de imputación. Una mudanza en éste es ajena a las disposiciones en palabra, cuyo fin sigue siendo graduar la pena divisible conforme a la entidad e intensidad del delito.

El carácter de la adaptación de la penalidad fluye de la inserción sistemática de estas reglas. Por un lado, reciben de la penalidad determinada relativamente el sello valorativo de las penalidades abstractas. La valoración que los inspira, en consonancia con la gravedad en que la ley estima cada delito, prosigue a lo largo de las operaciones que rematan en la penalidad concreta. De ahí que esta etapa debiera ser conducida legalmente, en lo que hay que tener en cuenta, por cierto, que la conmensuración de la pena constituye de principio a fin un acto de aplicación del derecho.

La exigencia legalista, la vinculación del juez en su deber de hallar la pena condigna a la fenomenología que trasuntan nuestros dispositivos, tiene que ser tan elevada como en la identificación del tipo delictuoso aplicable y su penalidad, aún no puesta a la prueba de aquellos, a las modificaciones que le imprimen conjeturalmente. Por ende, parece recomendable, incluso imperioso, que la ley asuma la responsabilidad directa de establecer con exactitud, esto es, *"con un grado de precisión y aptitud determinativa análogos a los que se exige para los elementos del tipo"* (Figueiredo Dias), los factores que intervienen en la tarea, el orden en que hay que apreciarlos y sus efectos en los márgenes penales.

Es verdad que la preformación legal de la penalidad concreta, característica de la codificación penal española, suscitó en el pasado airadas críticas que se encarnecieron con la dosimetría de reglas tildadas de aritméticas y pueriles, con ese mecanismo que encerró el arbitrio judicial "en límites mezquinos y estrechísimos".

Aun reconociendo los excesos de semejante organización y el automatismo a que se vio arrastrada por indiferencia o pereza la función judicial, no hay que pasar por alto que esos Códigos buscaron respetar los requerimientos del principio de legalidad, más amenazado en el campo de la pena que en los dominios inelásticos del tipo, ni que la execrada dosimetría dejó abiertos

espacios de genuina decisión judicial, sea en la calificación de los supuestos de hecho de los factores determinantes de la penalidad concreta —el concurso ideal impropio de delitos, entre muchos ejemplos que cabría aducir—, sea en el aumento o la rebaja del grado de pena, el régimen para resolver el concurso heterogéneo de circunstancias, etc., y, por tanto, incardinó en la primera fase de la commensuración elementos atinentes a la segunda.

Tampoco se debe soslayar el dato que en los países donde se acoge situaciones innominadas de atenuación y agravación, la crítica ha puesto de manifiesto la carga de inseguridad jurídica que ello entraña para el hallazgo de la penalidad aplicable, reclamando un mayor protagonismo del legislador, no del juez, en la conducción del proceso. Y con razón, porque aquí está en juego un estadio intermedio entre penalidad y pena, la adecuación de la penalidad como paso preliminar a su concreción en una medida determinada.

Sentido y carácter de este paso se reúnen dócilmente en la concepción política que lo informa, el liberalismo. Puesto que la doctrina liberal reclama, de un lado, sumisión de la pena a la ley y, de otro, que el justiciable sea convocado a responder penalmente, no por lo que él es o por el interés ajeno, sino a causa de actos propios, de donde resulta lógica su inclinación a graduar el castigo según la trascendencia social objetiva del hecho y la participación subjetiva del hechor.

Pero si legalidad y proporción se implican recíprocamente en el plano de las ideas políticas, porque ambas descansan en el racionalismo inspirador de dicha doctrina, otra cosa ofrece su armonización científica, mucho más ardua de conseguir. La dificultad proviene de un conflicto entre las ideas del derecho subyacentes, seguridad jurídica y justicia, vista la generalización inherente a la seguridad y la especialización distintiva de la justicia.

Por eso, lo que se gana en aquella merced al establecimiento de márgenes penales netos, es perdido para ésta en su anhelo de reflejar en la pena la gravedad exacta del delito. Incluso la ganancia en seguridad puede ser dudosa. Si se pone límites estrechos al arbitrio judicial en la cuestión de la pena, él se cobrará revancha de la libertad perdida arrojándose en la ponderación de la culpabilidad, ya que cada límite de la pena será fuente de disputas en la estimación de los elementos graduables del delito. Así, *“cuantos más límites, tantos más serán los casos fronterizos; mientras más casos fronterizos, mayores controversias; cuantas más controversias, tanto mayor será la inseguridad jurídica”* (Radbruch).

Como sea, el Código Penal chileno está inspirado por esa concepción política, racionalista y celosa de la libertad de los justiciables. A ello responde su sistema bifásico de conmensuración de la pena, en que el protagonismo lo tiene la ley, no el juez. Por lo demás, con márgenes penales que pueden ser bastante dilatados, como los del homicidio, la violación o el robo, no es de sorprender que el mismo Código los estreche con sus factores generales de adaptación.

Éstos operan en una secuencia bien precisa, que todos aprendemos en nuestros estudios universitarios. Primero, las disposiciones sobre la penalidad de la tentativa y la participación (artículos 51 a 54); luego, las eximentes incompletas (artículo 73); en seguida, las reglas relativas a circunstancias atenuantes y agravantes (artículos 65 a 68 bis), coordinadas, en su caso, con la prescripción gradual de delito y pena (artículo 103); sucesivamente, la agravación penal del autor, coautor o inductor que se prevalen de un menor de edad responsable penalmente (artículo 72); por último, el régimen de la reiteración de delitos de la misma especie (artículos 351 y 397 del Código Procesal Penal) y del concurso ideal (art. 75). Este orden debía ser seguido por el juez en la aplicación de las penas de cualesquiera delitos, hasta que aparecieron la 'agenda corta' y, poco antes, las modificaciones que se perpetró contra la Ley de Tránsito y la Ley de Control de Armas.

Por cierto, en el derecho extranjero se conoce formas de adaptación anómala, que consiste en un régimen o una sucesión de factores paralelos al común, de alcance más circunscrito que éste, aunque asimismo general, en el sentido de que el paralelismo afecta a clases de infracciones definidas según los conceptos abstractos de la teoría del delito, como sucede en España con las faltas y los hechos culposos. El Código chileno permaneció ajeno a estas manifestaciones. Contiene tan sólo algunas reglas para las faltas (artículos 9, 17 y 498), ciertas agravantes y atenuantes de determinados delitos y una pareja de disposiciones para graduar la pena de la reiteración de los delitos de hurto y receptación (artículos 451 y 456 bis A).

Desafortunadamente, en el último tiempo han creado una *anomalía o malformación* del sistema, antes que un régimen de adaptación anómala, leyes modificatorias que inciden en delitos codificados y no codificados de bastante incidencia práctica. Ellas introducen un defecto estructural por partida doble, dado que no se refieren a grupos generales de infracciones, sino a delitos escogidos nada más que por el específico bien ofendido, y porque descalabran la ensambadura del sistema general de adaptación, cercenándole o desordenándole el poder modelador de las circunstancias.

En realidad, son leyes dictadas bajo la conmovedora impresión de algún hecho delictuoso en particular, en reacción ante desórdenes públicos ocurridos durante manifestaciones de protesta política o, por último, como un movimiento espasmódico revelador de la incapacidad de los poderes públicos para prevenir la delincuencia contra la propiedad, mas presentado en el papel de medidas con que se lleva sosiego a las gentes. Siendo así, nacidas de la alianza de voluntarismo y oportunismo, no es de sorprender que estemos ante leyes sumamente defectuosas desde el punto de vista técnico, siquiera logradas en su intención de trasladar al Poder Judicial de la responsabilidad colectiva por el problema de la criminalidad.

Vayamos por partes.

La Ley N° 20.770, de 16 de septiembre de 2014, endureció las penas de sendas agravaciones específicas del delito de conducción de automotores en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cuando quiera que el conductor cause lesiones gravísimas o la muerte de alguna persona. La sanción privativa de la libertad, presidio menor en su grado máximo y presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, respectivamente, sufre una agravación suplementaria, en el máximo o el grado máximo, si el reo es reincidente en el mismo delito, conductor profesional o, al contrario, tenía su licencia cancelada o estaba inhabilitado perpetuamente para la conducción de vehículos motorizados (artículo 196 de la Ley número 18.290, sobre Tránsito)<sup>1</sup>.

Para estas penalidades, que de ordinario estarían sometidas a los artículos 67 y 68 del Código Penal, de concurrir en el hecho circunstancias agravantes o atenuantes, el artículo 196 bis de la Ley N° 18.290 establece que no se tomará en consideración los artículos 67, 68 y 68 bis, sino otras reglas nuevas, que tratan en verdad sólo de la pena de la conducción con resultado de muerte, pero mezclando heteróclitamente las conocidas de los artículos 67 y 68, salvo la atenuación obligatoria en uno o más grados del concurso homogéneo de atenuantes y la agravación potestativa en un grado del concurso homogéneo de agravantes, y eliminando de raíz la reducción en un grado por la presencia de atenuantes calificadas.

---

<sup>1</sup> En la hiperagravación del inciso final del artículo queda de manifiesto la alianza del derecho penal de autor con el voluntarismo jurídico, el único capaz de homologar situaciones abiertamente disímiles como el transporte profesional de personas o cosas y estar inhabilitado para conducir sobre cuatro, tres o dos ruedas.

Además, el artículo 196 bis da a entender que en este delito son improcedentes las eximentes incompletas<sup>2</sup>. En otras palabras, se limita drásticamente la apreciación circunstanciada del hecho, pero se descarga en el juez toda la responsabilidad de determinar la pena dentro de márgenes legales bastante amplios.

De peor factura, si cabe, es el nuevo artículo 17 B de la Ley N° 17.798, sobre control de armas, modificada por la Ley N° 20.813, de 6 de febrero de 2015. Establece que en la determinación de la pena de los delitos de posesión, tenencia, porte y otros de armas, “y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos” de que trata este cuerpo legal —o sea, la agravante 20<sup>a</sup> del art. 12, que esta modificación hizo evolucionar en la presente anomalía—, “el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”. La disposición aniquila el sistema bifásico de conmensuración del derecho chileno en un número indeterminado de delitos, que van desde el porte ilegal de armas hasta el homicidio, las lesiones, el robo, etc.

Ahora bien, la destrucción de la razón, como en la obra homónima de Georgy Lukács, se ha extendido con la Ley N° 20.391, de 5 de julio de 2016, y hoy alcanza el sistema común de punición de los delitos de hurto, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas y abigeato<sup>3</sup>.

La regla primera del artículo 449, según el tenor que le impuso la reforma, marcha decididamente en la línea de la Ley de Armas. En estos hechos patrimoniales, “dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y enti-

<sup>2</sup> El tribunal no puede imponer una pena mayor o menor al marco fijado por la ley, dice el número 5, a menos que, tratándose de la eximente del número 11 del artículo 10 (estado de necesidad exculpante), concurriere la mayor parte de sus requisitos, pero no todos. La reducción llega a un grado, no a los tres del artículo 73.

<sup>3</sup> Se salvaron del desastre nada más que los delitos de hurto de hallazgo (artículo 448, párrafo primero), apropiación de plumas, pelos, crines o cerdas de animales ajenos (art. 448 quinquies) y receptación (art. 456 bis A). De la intemperancia con que se redactó esta reforma ilustra, entre otros ejemplos que cabría señalar, que el actual artículo 449 del Código somete a su régimen especial de conmensuración penal los delitos de los párrafos 1 a 4 bis del título IX, por lo que no se explica que luego excluya expresamente la receptación, para la que existe hace pocos años un párrafo especial, el 5 bis del mismo título (¿!).

*dad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia”.*

La voluntad de liberar al juez de las exigencias legalistas opera en tres direcciones: 1º) por la cancelación del poder modelador de las circunstancias, 2º) por la referencia al ‘mal causado’ —de contornos potencialmente más vastos que el ‘mal producido por el delito’ que se lee en el artículo 69 del Código, incluso en la malhadada Ley de Armas— y 3º) por la insólita cláusula de que el tribunal fundamente en su fallo la concreción de la penalidad, en circunstancias de que este es su deber en la aplicación de cualesquiera penas, pero ahora parece que dejó de serlo, salvo en las del hurto y el robo.

Con todo, la ley se cobra revancha en la regla segunda. De ser el condenado reincidente verdadero, o sea, si incurre en reincidencia específica después de haber cumplido la pena principal o aquella que la substituyó con arreglo a la Ley 18.216, *“el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado”.*

En los grados o el tramo de grado que deje disponibles este gesto cruel e incomprensivo hacia el reincidente, que deja sobrevivir la recidiva en el papel de único factor de adaptación de la penalidad, podrán obrar en fase de concreción las demás circunstancias, pero nunca pudiendo las atenuantes compensar la hiperagravación, ya que aquí se mantiene un sistema bifásico mutilado en perjuicio del malhechor. Esto, sin mencionar que la reincidencia cambió derechamente las penalidades de hurto y robo, cuyos límites inferiores aumentaron en un grado o la mitad de un grado.

Tengamos presente que la concreción de la penalidad, regida en lo medular por el artículo 69 del Código, opera después de su adaptación legal. Que el artículo 69 permita volver a considerar las circunstancias atenuantes y agravantes que hubieran sido computadas, pero no totalmente valoradas en la aplicación de los artículos 65 a 68 bis, dista mucho de cancelar el significado jurídico y político que ellas poseen en el proceso de adaptación. Sin embargo, este significado, racionalista y liberal, se troca en su opuesto gracias a la malformación de la Ley de Armas y la ‘agenda corta’ con su obsesión por los delitos contra la propiedad.

No es sólo que en materia de circunstancias la adaptación y concreción de estas penalidades caen a un pozo monofásico, sino que se entrega al juez la libertad y se lo grava con toda la responsabilidad de concretarlas sin otra limitación que sus márgenes mínimo y máximo. En el tipo básico del robo, por

ejemplo, si fue cometido con armas, el tribunal deberá ajustar la pena entre cinco años y un día y veinte años de presidio. Lo mismo cabe decir del robo cometido sin armas, salvo que el hechor fuere reincidente, en cuyo caso la penalidad del delito es de presidio mayor en su grado medio a máximo. Cómo juegan las circunstancias al interior de este vastísimo espectro, eso que lo averigüe por su cuenta el tribunal. Sea que imponga una muy alta u otra baja, la culpa será siempre suya.

En resumen, la idea inspiradora de estas reformas, que combinan con dudoso arte formalismo, voluntarismo y oportunismo, es que la responsabilidad colectiva por la delincuencia en Chile recaea íntegramente en los jueces, nunca en los legisladores. Es jurídica, no política ni social. Un ademán insulso de pseudo purificación que, como el celeberrimo de la historia antigua —el de Poncio Pilatos—, no consigue eludir la propia responsabilidad. Pero ahora su autor no es un prefecto. Es el mismísimo legislador, que la traslada a los jueces.



# Aspectos Procesales de la Agenda Corta Antidelincuencia

---

Julián López Masle

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

Master en Derecho de la Universidad de Harvard.

Buenas tardes. En primer lugar, quiero agradecer la invitación que se me ha extendido para participar en este seminario. Para mí es realmente un honor estar en esta universidad, compartiendo una mesa con profesores tan destacados, y para hablar de un tema tan importante. Debo comenzar por confesar que cuando fui invitado a este seminario tuve una duda fundamental: si mi misión era tratar de presentar una manera de entender, esto es, de convivir con las normas impuestas por la 'agenda corta antidelincuencia' o si más bien era tratar de entender en qué problema estamos metidos cuando estamos hablando de este tema.

En esa disyuntiva, me di cuenta de que la Defensoría Penal Pública -uno de los organizadores de este seminario- tiene un excelente informe, que trata de proponerle a los defensores penales públicos una forma de interpretar y aplicar estas normas. Y por esa razón me pareció que tal vez sea un mayor aporte tratar de entender cómo fue que llegamos a tener esta ley y qué es lo que ella significa. Me parece, además, que en un seminario en el que participan profesores tan destacados como el profesor Zaffaroni y el profesor Cervini, podemos, además, aprovechar de contarles los problemas que estamos enfrentando en Chile.

La nueva agenda corta es, sin duda, un capítulo más en la breve pero intensa historia de la tensión existente entre las libertades fundamentales y el interés de la persecución penal, en nuestro país, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del año 2000.

Lo que está detrás de esta discusión es cuál es el punto de equilibrio razonable entre esas libertades individuales y los intereses de la persecución penal. Nuestra reforma procesal penal del año 2000 constituye un esfuerzo notable

por racionalizar las facultades policiales para actuar por iniciativa propia; formular exigencias de proporcionalidad en la adopción de medidas cautelares y medidas intrusivas; y poner tanto las actuaciones de la policía como del Ministerio Público bajo el control judicial, principalmente bajo el control de los jueces de garantía.

Cuando uno observa lo que ha ido ocurriendo durante estos años con la reforma procesal penal chilena, la primera constatación es que, en su origen, las normas del Código Procesal Penal no difieren demasiado de las del Código de Procedimiento Penal de 1906, en aquello que tiene que ver con el control del ciudadano en la calle y con las posibilidades que tiene la policía de privar de libertad a una persona sin una orden judicial previa.

Si uno mira, por ejemplo, las normas sobre flagrancia, se puede constatar que lo que se hizo en el año 2000 fue trasladar esas normas literalmente, desde el Código de Procedimiento Penal al Código Procesal Penal, sin introducirles modificación alguna. Sin embargo, cuando no había pasado más de un año de la entrada en vigencia del Código en las regiones que operaban como piloto, nos encontramos con que esas normas, que como digo habían funcionado desde 1906 hasta el año 2000, sin que a nadie le preocupara su alcance, comenzaron a ser fuertemente criticadas por su excesivo “garantismo”.

Noten, por favor, que lo único que había cambiado era que por primera vez en Chile teníamos jueces controlando su ejecución y aplicación práctica. Entonces, todo parece indicar que mientras no hay control judicial sobre las normas, a nadie le importan las disposiciones sobre flagrancia. Pero, cuando comienza el control judicial, entonces las normas se convierten en un obstáculo para la persecución penal que debe ser removido.

Así las cosas, lo que está diseñado para operar en un sistema virtuoso, en que la conducta policial se ajuste a las normas, comienza a convertirse en una demanda persistente por lograr que las normas se ajusten a la conducta policial. Creo que esta primera constante es lo que uno observa, por ejemplo, cuando revisa qué ha pasado con todas las modificaciones legales que se han ido introduciendo a lo largo de estos años y que podríamos denominar “reformas a la reforma”.

La primera reforma fue la de la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002. Fíjense, por favor, que el Código Procesal Penal entró en vigencia en las regiones piloto el 16 de diciembre de 2000 y poco más de un año después, el 30 de enero de 2002, ya teníamos completamente tramitada, promulgada y publicada su primera modificación. Le siguieron la Ley N° 19.942 de 15 de abril de 2004; la Ley

N° 20.074 de 14 de noviembre de 2005; la Ley N° 20.253 de 14 de marzo de 2008 (la primera 'agenda corta antidelincuencia'); y, ahora, la Ley N° 20.931 de 2016, nuestra segunda 'agenda corta antidelincuencia', que es la que motiva este encuentro. No voy a explicar aquí, íntegramente, el contenido de cada una de estas reformas, porque resultaría sumamente tedioso. Me voy a concentrar en las modificaciones que están más directamente relacionadas con aquello de lo que estamos hablando.

En la Ley N° 19.789 se modificaron las reglas sobre control de identidad. Originalmente teníamos, como recordarán, un control de identidad diseñado para permitir a la policía actuar frente al indicio de que se hubiere cometido un crimen o un simple delito. Era, además, un control de identidad que no autorizaba el registro de vestimentas, equipaje o vehículo, sino que solamente la constatación de identidad hasta por un máximo de 4 horas. La Ley 19.789 extendió el control de identidad para el indicio de que se hubiere cometido una falta; autorizó el registro de vestimentas, equipaje o vehículo durante el control de identidad; autorizó a la policía a tomar huellas digitales y extendió la duración del procedimiento de control de identidad de 4 a 6 horas.

Pasaron poco más de dos años y entró en vigencia la Ley N° 19.942, que autorizó ahora a la policía a detener a la persona cuya identidad se está controlando si existen indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa. Así se atendió a un reclamo policial, según el cual había perplejidad en la ciudadanía por el hecho que no se permitiera la detención de personas que habían cometido faltas. Se partió rompiendo, entonces, con el principio de proporcionalidad, que supone que una falta sancionada con multa no debería dar lugar a una privación de libertad durante el procedimiento.

Pasó poco más de un año y el 14 de noviembre de 2005 tuvimos una tercera ley, la N° 20.074, que autorizó a la policía a entrar a un lugar cerrado, sin autorización judicial previa, cuando se encontrara en la persecución actual de un imputado (norma que es importante recordar ahora, porque acaba de ser materia de extensión a una hipótesis que antes no existía). La ley amplió también la hipótesis de flagrancia que está construida para permitir la detención de una persona señalada como responsable por la víctima de un delito.

Y llegamos al año 2008. Tuvimos aquí la Ley N° 20.253 que es la primera oportunidad en que un gobierno (el primer gobierno de la Presidenta Bachelet) decidió denominar a un proyecto legal como 'agenda corta antidelincuencia'. Se trató de un golpe más macizo que los anteriores a toda la estructura de proporcionalidad, excepcionalidad de la prisión preventiva y criterios de peligrosidad

respecto de las medidas cautelares. Se comenzó, nuevamente, modificando el control de identidad (que ahora se extendió a ocho horas) y se pretendió reducir las posibilidades de revisión judicial del criterio aplicado por la policía, instaurando el criterio policial como un fundamento por el control, con la pretensión -bastante ingenua, en todo caso- de que los jueces se inhibieran de la revisión posterior de la conducta de los policías.

Además, se modificó la detención por flagrancia rebajando la exigencia de inmediatez, ya que se pasó a entender que respecto de algunas hipótesis el tiempo inmediato que exigía la ley es todo el tiempo que transcurre entre la comisión del hecho y la captura del imputado, hasta por un lapso de 12 horas, con lo cual la flagrancia como concepto constitucional, que supone percepción directa por los sentidos, se ignora por completo. Se modificó, también, el control de legalidad de la detención, el cual dejó de posibilitar la libertad inmediata del detenido, y se permitió su revisión vía recurso de apelación para ciertos delitos.

Desde entonces, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 20.931, el 5 de julio de 2016, que es producto del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet y fue denominada, nuevamente, 'agenda corta antidelinuencia', transcurrieron seis años sin modificaciones legales importantes en esta materia. No obstante, durante el anterior gobierno del Presidente Sebastián Piñera, concretamente en 2012, tuvimos una iniciativa que se denominó la 'reforma a la reforma'. Para estudiar la necesidad de reformas al sistema procesal penal se formó una comisión de expertos, designada por el Presidente de la República, en la cual tuve el honor de participar. Se le encomendó a esta comisión estudiar una modificación completa al Código Procesal Penal, todo a partir de un caso muy bullado, que había detonado cuestionamientos acerca de la razonabilidad de que no se detuviera a personas que admitieran la comisión de delitos graves cuando no había realmente razones cautelares que lo ameritaran.

El ánimo que impulsaba esa iniciativa era lo suficientemente intenso como para alentar que el proyecto fuera denominado como 'reforma a la reforma'. ¿Y qué pasó? Pasó que esta comisión de expertos trabajó durante un mes de una manera muy intensa, reuniendo información de los diferentes operadores del sistema, y la conclusión a la que llegó -y que pareció convencer finalmente al gobierno de la época- fue que los problemas que la reforma procesal penal planteaba no eran problemas de diseño legislativo, sino que problemas de errónea aplicación de las normas vigentes y, fundamentalmente, de coordinación institucional entre el Ministerio Público y las policías.

Empezamos a descubrir que había una enorme cantidad de casos, por ejemplo, en que los funcionarios policiales se sentían inhibidos de actuar, pese a que de acuerdo con una interpretación razonable de la norma, todos entendíamos que tenían facultades suficientes para hacerlo.

Ese diagnóstico fue sometido a la evaluación de las diferentes instituciones y la policía planteó, en ese minuto, cuáles eran sus pretensiones. Y yo diría que sus pretensiones se pueden resumir en dos grandes temas: primero, un reclamo por mayor autonomía, es decir, un reclamo por obtener la posibilidad de realizar actuaciones de investigación autónomas y no sometidas a las instrucciones de los fiscales y, en segundo lugar, una pretensión de menor control judicial sobre las actuaciones policiales, es decir, mayor discrecionalidad, con el objeto de lograr que la conducta o la práctica policial no quedara sometida al control posterior de algún juez, que era visto como alguien o menos experimentado o menos criterioso en la aplicación de la solución al caso concreto. Una persona que no “tenía calle” y no conocía en terreno los problemas con los cuales el policía tiene que lidiar día a día.

Tal vez fue esta discrepancia entre estas pretensiones y las conclusiones de la comisión, que inspiraron el proyecto, la razón por las cuales éste nunca despertó mucho entusiasmo ni llegó a ver la luz. Alcanzó a tramitarse en primer trámite constitucional, concretamente en la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento del Senado, pero ese texto quedó durmiendo cuando se produjo el cambio de gobierno que impulsó luego, en su reemplazo, esta segunda agenda corta que acaba de entrar en vigencia.

De las numerosas normas de carácter procesal que contiene esta ley y que el señor Defensor Regional ha recordado, quiero concentrarme en las que tienen que ver con problemas de tensión entre libertades fundamentales e intereses de la investigación.

Fíjense ustedes. Bajo la nueva ley tenemos una norma que incorpora la facultad policial de registrar e incautar el lugar en que se escondiere el individuo del cual se encontrare en actual persecución. Es decir, una facultad de entrada y registro, sin orden judicial previa, accesoria a la persecución de un imputado al que se pretende detener; también una ampliación de las hipótesis que facultan la entrada y registro en lugares cerrados sin orden judicial previa cuando existe algún indicio de que se está produciendo la destrucción de objetos o documentos; se exime ahora de la exigencia de orden judicial previa, para proceder a la incautación de los hallazgos casuales; se establece la posibilidad de apelar la

resolución que denegare la orden de detención; y se amplía el catálogo de delitos en que la resolución que declara la ilegalidad de la detención es apelable.

¿Por qué me concentro en estas normas? Porque creo que aquí se materializa lo que es el común denominador de las modificaciones legales que hemos tenido a lo largo de estos años. Diría que si hay algo que podemos detectar como un hilo conductor de estas modificaciones, es lo siguiente: la persistencia de una visión conforme a la cual son las reglas protectoras de derechos fundamentales las causantes del problema de la criminalidad y del aumento del temor ciudadano en nuestro país.

Si miramos cuáles son las instituciones que son más frecuentemente afectadas por modificaciones legales, vamos a encontrar que son las autorizaciones judiciales para medidas intrusivas, el control de identidad, el control de ilegalidad de la detención, la detención por flagrancia y la prisión preventiva. A éstos los he llamado en algún artículo “los sospechosos de siempre”. Cada vez que en Chile aumenta el temor ciudadano, en la rueda de sospechosos están estas cinco instituciones. Para la clase política, alguno de éstos -si no todos- es el culpable del aumento de la criminalidad en Chile.

Pero existe una segunda característica común en estas modificaciones legales, que consiste en una constante erosión del poder del juez de garantía para controlar las actuaciones policiales. Lo anterior se logra por dos vías distintas: desde abajo, mediante la imposición de estándares menos exigentes o criterios de actuación imperativos para el juez, de manera que disminuyan las posibilidades de control judicial, y desde arriba, mediante el incremento de los controles jerárquicos a las decisiones de los jueces de garantía, con lo cual éstos -que eran en el diseño los actores protagónicos de la reforma procesal penal y del aseguramiento de las garantías fundamentales- pasaron a convertirse en una especie de funcionarios de los cuales se espera, cada vez con mayor intensidad, que se limiten a estampar timbres de aprobación sobre las actuaciones de las policías y del Ministerio Público.

Una última característica común que conviene destacar en todas estas modificaciones legales es un incremento sostenido de las facultades de actuación autónoma de la policía. ¿Por qué esto nos debería preocupar? Porque, en primer lugar, es indudable que mientras más aumentamos las facultades de actuación discrecional y más disminuimos los controles judiciales, debilitamos el estado de derecho. Eso parece algo evidente desde la teoría, pero cuando uno quiere tratar de entender en qué nivel estamos en esta materia, me parece que es necesario que empecemos a mirar los resultados. Es decir, que nos aleje-

mos un poco de nuestros libros de texto –a los que estamos acostumbrados- y empecemos por una vez a mirar los números.

Si uno se pregunta, por ejemplo, ¿qué es el control de identidad en Chile? En términos de las experiencias más estudiadas en el mundo, creo que nuestro control de identidad no se diferencia demasiado de lo que en Estados Unidos ha sido denominado la política del “*stop and frisk*”, que hoy ha vuelto a ponerse sobre el tapete a propósito del debate de la campaña presidencial en los Estados Unidos.

La política del “*stop and frisk*” es una herramienta que en Estados Unidos rige desde fines de los años ‘60. Parte con el caso de “*Terry vs. Ohio*” de 1968, en el cual básicamente la Corte Suprema norteamericana establece que una persona puede ser “detenida” por la policía –en el sentido de limitar momentáneamente su libre desplazamiento- sobre la base de una “sospecha razonable” de que esa persona está involucrada en una conducta criminal grave. En esto consiste el “*stop*”. Si, adicionalmente existe una sospecha razonable de que esa persona está armada y es peligrosa, se faculta para que, además de detenerlo momentáneamente, se le pueda someter a un examen exterior de las vestimentas. En esto consiste el “*frisk*” que, correctamente traducido, corresponde a lo que nosotros denominaríamos “cacheo”.

En los 45 años que siguieron al caso de “*Terry vs Ohio*”, y que dieron lugar a los denominados “*Terry stops*”, esto es, detenciones bajo el régimen del caso Terry, el poder de la policía para realizar las detenciones se fue ampliando exponencialmente.

En 2012, la Corte Suprema estadounidense aumentó bastante la potencialidad del registro, ya no limitándolo a sospecha razonable de conductas muy graves, sino que a conductas bastante triviales, pero fundamentalmente este régimen encontró su mayor exposición o adquirió su mayor fama a partir de la forma masiva en que fue utilizado en la ciudad de Nueva York. Ahora, si miramos esa realidad hay ciertas cosas que a uno le llaman la atención y que se pueden observar en estos gráficos<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> <http://www.nyclu.org/content/stop-and-frisk-data>



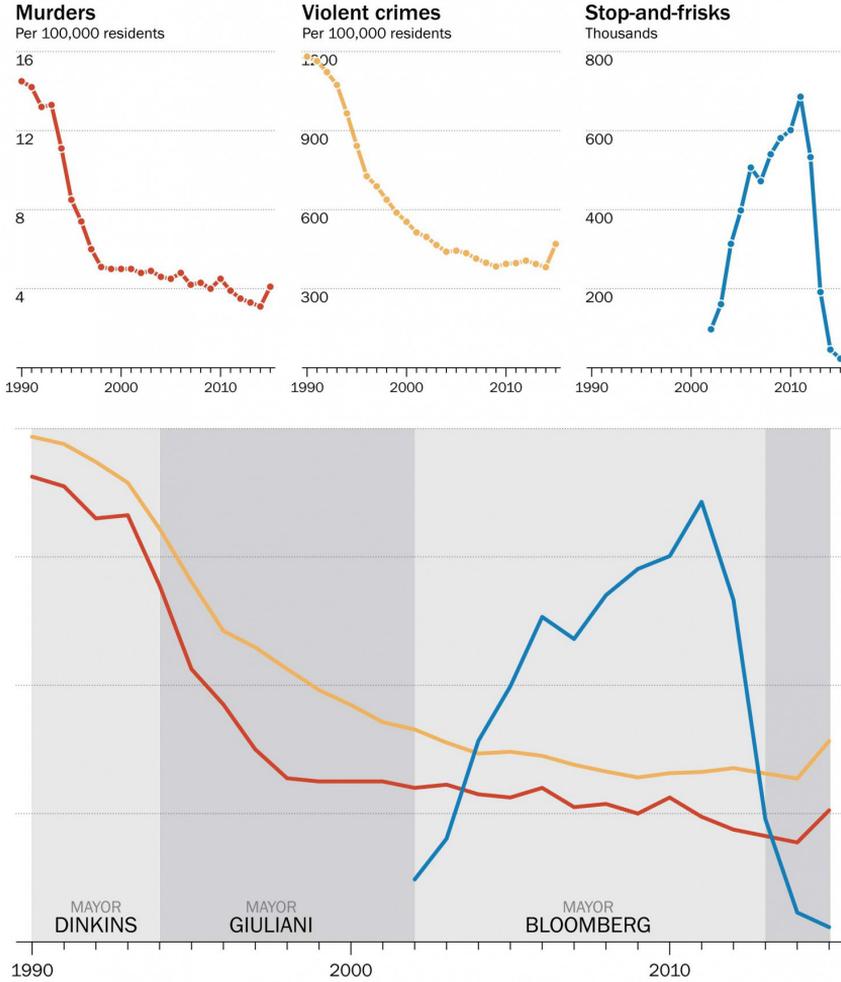
Fijense primero en lo que dicen los números acerca de la cantidad de detenciones “*stop and frisk*” que se practican en Nueva York entre los años 2002 y 2015. Lamentablemente no hay estadísticas oficiales anteriores a 2002, de manera que básicamente estamos frente a la alcaldía del mayor Bloomberg y no tenemos estadísticas sobre el periodo de Giuliani. Aún así, fíjense que el *peak* en el número de detenciones se alcanza en 2011, pero debe considerarse que en una ciudad de ocho millones y medio de habitantes, es decir, exactamente la mitad de los habitantes de nuestro país, ese *peak* significa que se llega a 685 mil 724 intervenciones, que entre nosotros sería el equivalente funcional de nuestros controles de identidad. Por favor, retengan ese número.

Ahora fíjense en el año 2015. Se observa que el número ha descendido notablemente por un cambio en la política, fundamentalmente a partir del fallo de un juez federal que declara inconstitucional las políticas de “*stop and frisk*” y que reduce en pocos años el número de intervenciones a 22 mil 565.

Veán este segundo gráfico<sup>5</sup>:

### Is there a link between stop-and-frisks and crime?

Data from the FBI, the Brennan Center for Justice (2015 crime data) and the ACLU.



Aquí hay alguna información sobre la vinculación entre la incidencia estadística del “*stop and frisk*”, que está en azul, con la disminución de los índices de delincuencia que incluyen en rojo los asesinatos cada cien mil habitantes y los crímenes violentos cada cien mil habitantes. Fíjense en la falta absoluta de co-

<sup>5</sup> <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2016/09/21/it-looks-like-rudy-giuliani-convicted-donald-trump-that-stop-and-frisk-actually-works/>

rrelación entre las dos políticas y la disminución de los delitos que, se supone, esta política trata de evitar.

Comparemos ahora estos datos con Chile, conforme a las cifras informadas por Carabineros en su página web institucional:

¿Cuántos controles de identidad se practicaron en 2012? 2 millones 781 mil 492. Es decir, cuatro veces la cifra récord de los peores tiempos de la ciudad de Nueva York, pero con sólo el doble de habitantes. En 2013, un millón 732 mil 928. En 2014, un millón 853 mil 244. Es decir, tenemos que durante los tres años que preceden a la discusión de la 'agenda corta', el promedio anual es de 2 millones 122 mil 554. Si uno divide eso por 365 días del año, se encuentra con que hay un promedio diario de 5 mil 815 controles de identidad realizados en Chile durante ese período.

¿Qué ha pasado con la 'agenda corta'? El temor de quienes nos opusimos al proyecto era que, pasando de un régimen donde los controles de identidad solo podían realizarse sobre la base de indicios de actividad delictiva a un régimen de absoluta discrecional policial, en el cual basta ser mayor de 18 años y encontrarse en la vía pública o en un lugar de acceso al público para ser sujeto de control, lo que iba a ocurrir era que aumentaría exponencialmente el número de controles de identidad que se iban a practicar diariamente. Pensábamos: si antes teníamos 5 mil 815 casos en que la policía había observado indicios de criminalidad, con plena discrecionalidad policial íbamos a tener, ahora, el doble, digamos, otros 12 mil casos en que se iba a controlar la identidad a cualquier persona que se encontrara parada en la calle.

Pero, fíjense lo que ha ocurrido. En lo que llevamos desde la entrada en vigencia de la 'agenda corta', desde el 11 de julio de 2016, Carabineros de Chile ha entregado en dos oportunidades estadísticas consolidadas. La primera fue cuando la 'agenda corta' llevaba 12 días, entre el 11 de julio y el 22 de julio de este año, y el otro cuando llevaba 61 días, entre el 11 de julio y 9 de septiembre de este año.

Primer resultado: ¿Cuántos controles de identidad se realizaron en los primeros doce días de la agenda corta? 49 mil 403. Cuando uno divide esa cifra por el número de días y lo proyecta, lo que ocurre es que hay una disminución enorme en la cantidad de controles de identidad que se están desarrollando. Pero no le demos importancia a este dato. Pensemos que tiene que ver con que todavía estábamos en un proceso inicial, eran los primeros doce días.

Hay información consolidada más relevante a los 61 días: se informa que, a nivel país, se han practicado 255 mil 925 controles de identidad por el nuevo artículo 12 de la Ley N° 20.931 y 84 mil 734 por el antiguo artículo 85 CPP.

Y tenemos las primeras reacciones: el diputado Gonzalo Fuenzalida, uno de los impulsores del proyecto, dice: *“Este informe echa por tierra a todos los agoreros y a todos quienes hablaron en contra del control de identidad preventivo que no iba a servir para nada y que iba a ser una herramienta que solo serviría para discriminar”*<sup>6</sup>.

¿Tiene la razón? Analicemos los números.

En primer lugar, veamos qué control de identidad se muestra más eficiente para cumplir el propósito que inspiró la reforma, y que era detectar y lograr la aprehensión de individuos que tuvieran órdenes de detención pendientes. De acuerdo con los números que entrega la policía, en los controles de identidad del artículo 85, para lograr la detección de mil 875 casos en que existían órdenes de detención pendientes, se controló la identidad de 12 mil 446 personas que no la tenían. Por su parte, en los controles de identidad practicados al amparo del artículo 12, para lograr la detección de mil 208 casos en que existían órdenes de detención pendientes, se controló la identidad de 33 mil 874 personas que no la tenían.

En términos porcentuales, esto significa que cuando se controla identidad por artículo 85 se detectan órdenes de detención pendientes en el 13,09 por ciento de los casos y cuando se controlan por artículo 12 se detectan órdenes de detención pendientes apenas en el 3,44 por ciento de los casos. La nueva herramienta demuestra ser mucho menos eficiente que la antigua.

Pero sigamos: ¿cuál es el promedio diario de controles de identidad? Vamos a ocupar aquí la estadística de los 61 días, porque parece más conveniente a la mirada optimista de los autores del proyecto, ¿no es cierto? Pues bien, antes de la ‘agenda corta’ eran 5 mil 815 controles diarios, ahora son 5 mil 584 controles diarios. Es decir, estamos ante una cifra que no aumenta, sino que se mantiene estable. Entonces, la pregunta que surge, inevitablemente, es: ¿por qué fue necesario crear una nueva herramienta para practicar más o menos la misma cantidad de controles de identidad que teníamos bajo el sistema anterior?

No hay diferencia en el número total, pero fíjense en el aspecto en que sí hay diferencia: los controles de identidad que se practican bajo el régimen del ar-

---

<sup>6</sup> La Tercera, 31 de julio de 2016.

título 85, caen desde 5 mil 815 diarios a mil 389 diarios. Eso no puede dejar de llamar la atención, porque lleva necesariamente a la siguiente reflexión: si la policía estaba observando directamente indicios de actividad criminal en 5 mil 815 casos diarios, ¿qué ha pasado para que hoy en día apenas observe indicios de actividad criminal en mil 389 casos diarios? ¿Será que la policía ha dejado de cumplir su misión y está sorprendiendo a menos personas que desarrollan una actividad delictiva?

No me parece que esa sea una hipótesis razonable pero, lo que es irrefutable, es que la policía nos dice que en esos otros 4 mil 195 casos ha efectuado el control de identidad aplicando el artículo 12, lo que es tanto como decir que lo ha hecho sin que existiera ningún indicio de actividad criminal que justificara un control bajo el régimen del artículo 85. Si se mira esto en su debido contexto, y se observa que, no obstante, el número total de controles se mantiene constante, todo indica que la policía no ha cambiado su conducta pero sí su fundamento. Es decir, que prefiere invocar el artículo 12 en vez de invocar el artículo 85 para controlar a la misma cantidad de personas que ha controlado siempre.

Lo que no se debe pasar por alto, sin embargo, es que el artículo 85 es una herramienta más intrusiva, porque permite registrar vestimenta, equipaje y vehículo del controlado, algo que el artículo 12 no permite. Y esto implica, entonces, que al reemplazar los controles de identidad del artículo 85 por los del artículo 12, la policía ha empezado a usar una herramienta menos intrusiva para desarrollar la misma cantidad de controles de identidad que desarrollaba en el sistema antiguo.

En conclusión, si uno se pregunta ¿cuál es el único sentido que ha tenido la ‘agenda corta’?, la respuesta es que su efecto no ha sido el de expandir el control ciudadano por la vía del control de identidad preventivo, sino el de facilitarle a las policías una herramienta que los somete a menos control judicial posterior. La policía está haciendo lo mismo que hacía antes, pero prefiere hacerlo invocando una herramienta discrecional, que no le exige demostrar la existencia de ningún indicio.

¿Por qué es esto importante? Porque refleja el problema de nuestras políticas públicas en materia de derecho procesal penal y en materia de seguridad ciudadana, y ese problema tiene que ver con proyectos como éste, que carecen de toda evidencia empírica que los respalde; con proyectos que profundizan la lógica según la cual la mayor eficacia en la prevención y persecución de los delitos puede obtenerse solo a costa de la erosión de las libertades fundamentales; proyectos que vienen persistentemente rompiendo con el principio de

proporcionalidad y de *favor libertatis*, estableciendo formas de afectación de la libertad de desplazamiento que no deben satisfacer requisito alguno desde el punto de vista de la finalidad; y con políticas que consagran derechos legales a la arbitrariedad que difícilmente soportan test de constitucionalidad serios, y que tienen potencial discriminatorio, porque se prestan para el control indiscriminado de los sectores más vulnerables.

En Valparaíso, una ciudad que no tiene la culpa de que estas leyes se discutan en ella, creo que es el momento para decir que esto debería terminar. En algún minuto alguien tendrá que darse cuenta que el camino que hemos transitado tantas veces no es el adecuado para lograr el objetivo de tener una persecución penal eficiente, pero que respete los derechos y las libertades fundamentales de los chilenos.

Muchas gracias.



# Expansión del derecho penal en América Latina, experiencia en Uruguay

---

Raúl Cervini Sánchez

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República de Uruguay.

Catedrático Emérito Derecho Penal de UCUDAL e ISEDE- Uruguay.

Cuando uno escucha el panorama de inconsistencias expuesto por los colegas de Chile, en mayor o menor grado, se siente reflejado. Les debo confesar que estas falencias no sólo se constatan en América Latina, sino que visiblemente responden a una tendencia bastante más generalizada. Procuraremos ser sintéticos en nuestras consideraciones.

Nosotros en Uruguay, por ejemplo, ingresamos en el 2000 en una **política criminal ambivalente** muy curiosa. Nuestros legisladores adoptaron el discurso de los medios masivos de comunicación: la inseguridad ciudadana, la inoperancia de las agencias de control social, con énfasis particular en la judicial, etc. Y a través de sucesivas leyes fueron incrementando penas, creando delitos, desplazando atribuciones de investigación proactiva de las susceptibles de causar gravamen irreparable en los ciudadanos más allá del poder de los jueces.

Pero, curiosamente, cada uno de estos impulsos de corte claramente represivo, en una suerte de *corsi recosí*, era a breve término seguido de medidas de tono liberal: libertades anticipadas, clausura de causas de menores, etc. En realidad, esas políticas no reflejaban un reencuentro con la razón de una sana política criminal, sino que respondían imperativo locativo, simplemente no teníamos lugar dónde encerrar a más gente. El hacinamiento, las revueltas, la pérdida de control efectivo de los establecimientos por parte de la guardia, la sobrecarga de expedientes en los juzgados, el aumento escandaloso de los presos sin condena, etc.

Lamentablemente esta era la bisagra de nuestra “renovada” política criminal. Se llegó a designar uno de estos proyectos como “Ley del desempapelamien-

to”. Esta secuencia hipócrita se dio, creerlo o no, en cinco oportunidades a lo largo de la década, un pujo represivo seguido de soluciones pragmáticas de apariencia liberal.

A vía de simple ejemplo: la primera Ley de Urgencia, en el año 2001, modifica represivamente el tratamiento de la tentativa, la rapiña, crea agravantes especiales en cantidad de delitos, modifica el atentado violento al pudor, altera las causas de justificación, la punibilidad de la conspiración seguido del acto preparatorio en rapiña y acopiamiento. Crea una absurda figura que es “el juego de la mosqueta”. Un juego en la vía pública donde la habilidad se hermana con el ardid y termina normalmente con algún sujeto presumiblemente engañado. Todo este movimiento, que incrementó rápidamente la población carcelaria, tiene luego su “contrafuego” en el mismo año, con la Ley N° 17.272 de suspensión provisoria de la actuación judicial, “Ley del desempapelamiento del Poder Judicial”, que instaura un sistema excepcional de clausura de los procesos penales para imputados o penados primarios que se hallaren en libertad o procesados en prisión. Eso permitió transitoriamente el aumento de los cupos. Este proceso se repitió varias veces, sin colmar realmente las expectativas depositadas por los legisladores en este doble discurso, tal como reflejan los números.

En el año 2000, Uruguay tenía 2 mil 600 internos. Sé que parecen cifras pequeñas. No olviden que estamos hablando de un país de poco más de 3 millones de habitantes. Actualmente tenemos una población carcelaria de 10 mil 500 internos. O sea que el proceso de depuración locativa evidentemente, como no podría esperarse de otro modo, fue a la saga de los pujos de prisionización. Les exonero de escuchar más hipocresías, historias de nuestra política criminal. Voy a las notas más actuales.

Es evidente que en los últimos años la percepción social del fenómeno de la delincuencia -particularmente violenta contra la propiedad-, tanto de mayores como juvenil, se ha incrementado notoriamente en toda América Latina. Esto es un patrón que responde tanto a un incremento real indiscutible, a una realimentación mediática y también a la grotesca manipulación política de este fenómeno. No verlo es ceguera. Esto ha llevado a una creciente desnaturalización del derecho penal y del derecho procesal penal, que tiene como elementos denotativos una serie de características preocupantes que denuncian

más la impotencia del sistema del control penal que de su afinamiento técnico o afirmación responsable.

Un primer factor a llamar la atención es **la imposición de instrumentos sustantivos y procesales foráneos. La tendencia llamada al control global.** Patrones no siempre rigurosos en su conformación y de dudoso ajuste a nuestra realidad. Esto nos pasa en toda América Latina. La legislación sobre el lavado de activos, criminalidad organizada, terrorismo internacional, tráfico de armas, tráfico de personas, legislación sobre delitos sexuales, delitos en el ciber espacio, etc. se han transformado en una especie de cajón de sastre siempre en expansión.

Basta ver el delito de lavado de activos, que nace vinculado a un conjunto excepcionalmente limitado de delitos antecedentes (narcotráfico y delitos conexos). Hoy tenemos en el Uruguay 23 categorías de delitos antecedentes. En otros países, prácticamente todos los delitos revisten el carácter de antecedentes. Igualmente esta normativa nace con un conjunto limitado de sujetos obligados y esto se va expandiendo, expandiendo. En el Uruguay la desnaturalización de la reserva ya está en las orillas del despacho del abogado.

Dentro de los cubículos de estos sistemas especiales se ubica un enjambre de medidas proactivas que, eufemísticamente, las autoridades de GAFI-OCDE denominan “innovaciones derivadas o derivados proactivos”, mecanismos considerados como idóneos o imprescindibles para la mayor eficacia en la percepción del delito del tercer milenio. Ahí nace la “delación premiada”, el agente encubierto, el agente provocador, el sistema especial de incautaciones, la interceptación telefónica, la interceptación telemática, cada día más complejas de controlar por parte del Poder Judicial. Todo ello, siempre y cuando los magistrados logren preservar esa natural atribución.

En este camino queda para el mejor recuerdo del derecho penal liberal, la última *ratio*, la razonabilidad de un sistema de garantías.

Otra característica saliente es **el incremento de la cooperación administrativa directa, en detrimento de la cooperación judicial penal internacional.** A partir de 1977, con el acuerdo de cooperación judicial penal internacional entre Estados Unidos y Suiza, nace una multiplicidad de acuerdos bilaterales y multilaterales.

Estos acuerdos originarios se basaban en un trípode conceptual, manteniendo una debida tensión dinámica entre la necesidad de una cooperación judicial penal internacional propia de un mundo globalizado, en tensión con el

respeto a la soberanía de los Estados parte involucrados y también considerando (una tercera pata), los derechos de las personas concernidas, o sea aquellas eventualmente afectadas en sus derechos en el decurso de esas distancias de CJPI.

Hoy día, frente a ese panorama histórico estructurado sobre “*la necesaria tensión entre la eficacia y las garantías*” (Polimeni), nos encontramos con un creciente proceso de acuerdos bilaterales y multilaterales de cooperación policial internacional, cooperación administrativa fiscal internacional, cooperación en materia de agencias tributarias, en materia de terrorismos, en materias de delitos sexuales, particularmente la pedofilia, de delitos del ciber espacio, donde las agencias ejecutivas en contacto directo, en cooperación directa, pasan a detentar el protagonismo de la interacción procesal penal internacional y el magistrado que era y debe seguir siendo el garante final natural, custodio singular de toda interacción procesal penal internacional, pasa a ser un personaje secundario, al cual se da noticia, se informa someramente de lo actuado o se limita a refrendar lo ya consumado entre agencias ejecutivas de las jurisdicciones cooperantes.

Piensen ustedes, por ejemplo, que la cooperación directa en materia de prostitución infantil, particularmente la pedofilia, se coordina a nivel internacional desde EUROPOL Alemania. Naturalmente todos sabemos la incidencia que tiene en materia de terrorismo la lista de la OFAC, la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos tiene su página web con las personas que generan prioridades.

A partir de la Enmienda Kerry, remontándome a 16 años atrás, se consagra la posibilidad de que las agencias federales de Estados Unidos puedan intervenir en cualquier jurisdicción cuando se encuentren involucrados los intereses fundamentales de la gran nación americana. Hoy esto se ha amplificado, porque esa situación, que estaba reservada en la Enmienda Kerry a las agencias norteamericanas, particularmente al FBI, hoy también -actos de terrorismo mediante- tiene derivativos en potestades de acción directas de otras agencias nacionales.

Tercer elemento destacable, “la trasposición inadecuada de soluciones que son excepcionales a la criminalidad convencional”. Todo ese aparataje de proactividad que bien indicaba la Convención de Palermo, estaba pensada estrictamente para el crimen organizado. Hoy se expande a multiplicidad de delitos. Fíjense, por ejemplo, en un caso notorio de Uruguay, la regulación de la pasta base. La Ley N° 19.007, de 1912, que tiene un decreto reglamentario donde el Esta-

do toma una especie de función terapéutica respecto del consumo de determinadas sustancias. Esta normativa permite varios medios proactivos en una expansión desnaturalizada hacia el consumidor, más o menos aislado de lo que se había pensado excepcionalmente para el crimen organizado. Desde el punto de vista punitivo, la ley parece estar dirigida al primer eslabón de la cadena y, sin embargo, se le termina aplicando la pena propia de una organización criminal, que es una pena de cárcel.

Otra cosa, la Ley de Armas. Uruguay había recogido de la ley brasileña el tráfico de armas como antecedente, pero durante años no tipificó el tráfico de armas. Se le hizo esa observación varias veces, al punto que se termina abordando el tema. Se promulga una ley de tráfico de armas nacional e internacional. A complementarse con un decreto interpretativo... El primer proyecto era absolutamente draconiano. Cualquiera que sea la posición que se pueda tener sobre el tema, sorprendería conocer ese texto original. Aquel paisano nuestro que en el interior tuviera una vieja escopeta o algún Winchester -resabio de las guerras del principio del siglo pasado-, tenía la mismas penas inexcarcelables que las de un sujeto que se le sorprendiera con 500 armas automáticas no regulares.

Entre otras cosas, eso se fue modificando. Se pudo con un esfuerzo terrible ir separando las aguas. Demostrar que no es lo mismo el interior de Montevideo, en que las situaciones son diferentes. También las armas pueden ser de diferente ofensividad. Pese a ello, la ley requería una regulación, una reglamentación. Se generó una suerte de puja interna en el Uruguay, entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Defensa.

El tema está en la resolución. Lo que quiero decirles es que desde el punto de vista de la aplicación de los delitos y de las penas, y pese a la ausencia de la regulación de la reglamentación, la Procuraduría dispuso una directiva técnica jurídicamente inconsistente e inaplicable incluso en el caso de organizaciones criminales. En virtud de tal directiva, podemos encontrarnos con una tipificación por rapiña agravada por el uso de armas en reiteración real con el delito de tenencia de arma.

Incluso abrimos el portón a otros engendros, como el delito de homicidio en reiteración real con el delito de tenencia de armas. Esto, por una directiva de la Procuraduría y ello ocurre en un sistema hasta la fecha inquisitivo, con un proyecto aprobado acusatorio, pero que no se pone en funcionamiento por dificultades de medios, de ausencia de medios. Moraleja: la grosería jurídica tiende a desmadrarse.

La Ley N° 17.815, modificada por la Ley N° 18.914 sobre violencia sexual sobre niños y adolescentes, es el emporio de las limitaciones a las garantías: cercena las posibilidades de defensa. La ausencia de peritajes sólo encuentra parangón en la criminalización de la normativa de la minoría infractora. (Ley N° 17.823, actualizada y distorsionada por Leyes N° 18.777 y 19.055).

Hoy todos sabemos, en todos los países de América Latina, que el estereotipo del delito es igual a un menor normalmente pobre que, además, está drogado. Ese es el esquema que se le vende a la gente.

En atención a ello, nosotros sufrimos dos niveles de desnaturalización. Primer nivel, la recurrente tendencia a bajar la edad de la imputabilidad penal, lo que fue rechazado en la última elección a través de un plebiscito popular, pero van a volver a intentarlo... Por otro lado, se desnaturaliza -por vía regulatoria y por el imperio de la praxis- el régimen propio de la vía infractora, para tratar de asimilarlo paso a paso a la delincuencia de mayores.

El eje debería estar, según establece el propio artículo 76 de la ley, en la finalidad de preservar el interés del adolescente. El interés no se protege bajo ningún punto de vista. No se protege, porque los locales son inadecuados. No se protege, porque el menor infractor no recibe ni educación primaria por ausencia personal. No se persigue, porque entre la infinidad de medidas socioeducativas que se podían tomar en los hechos, la medida principal es la privación de libertad, violándose la norma que establece la obligación de fundar por qué se toma la medida de privación de libertad. Esa privación de libertad, reitero, se da en locales absolutamente inhóspitos, donde aflora la violencia por todos lados del sistema, interna y externa, donde las dificultades de la defensa son terribles.

Ayer escuchamos y acá también que hay un serio problema. No saben exactamente cuántos menores hay internados. No digo que pase eso, pero que sí que un menor puede ser trasladado, según me informan, en desconocimiento absoluto de la defensa, que se va entregar en forma tardía y en todo este campo del ámbito de las políticas de internación tardío es absolutamente equívoco, reversible el daño, ya pudo haberse consumado.

Otra característica que quisiera simplificarles es **el falso paradigma de la mano dura**, como si el único procedimiento razonable para encarar el enfrentamiento a la delincuencia fuera la prisionización y el endurecimiento de la pena, etc. Trayecto que ya venimos llevando 25 años sin ningún éxito aparente. Políticas educativas, compromiso de referentes comunitarios, políticas de reinserción, parecen no tener mayor acogida. La pena es el eje de nuestras

inquietudes públicas, sobre todo lo que hace los delitos contra la vida y contra la propiedad.

Hace más o menos un año el Presidente Vázquez, frente a esta inquietud retroalimentada, genera la cumbre de la seguridad pública. Sucesión de reuniones periódicas con pseudo especialistas, de los diferentes partidos políticos uruguayos. Discusión va, discusión viene.

Son largos debates. Las conclusiones o resultados son mínimos y lamentables por el momento. Hay consenso en el fuerte incremento de las penas en los delitos contra la vida y la propiedad. Hay acuerdo respecto de que los reclusos reincidentes no podrán acceder al beneficio de la libertad anticipada, en caso que cometan violación, lesiones graves, lesión gravísima, hurto agravado, rapiña, extorsión, secuestro y homicidio, por ahora. El hurto se salvó de casualidad por un momento de iluminación del oficialismo.

Pero aún en este contexto y de la garganta más insospechada nacen determinadas palabras que generan cierta esperanza. El fiscal de corte, doctor Jorge Díaz, es convocado por la cumbre de seguridad pública y miren lo que dice, *"para disminuir la cantidad de delitos no hay que aumentar la penas, sino ser más eficientes en la investigación y persecución criminal. De nada vale tener penas elevadísimas si usted no agarra a nadie. Vamos a decir las cosas claras. Del 100 por ciento de las denuncias que se presentan en el país, dejemos de lado la cifra dorada, y la cifra negra, solamente el 18 por ciento llega al sistema judicial, apenas el 4,5 por ciento termina en una imputación penal y ello mayoritariamente debido a defectos de la investigación, a la obtención de la prueba incorrecta por parte de la policía"*.

Agregó Díaz: *"Recuerdo que cuando se endurecieron las penas, se crearon nuevas figuras delictivas y se crearon nuevas agravantes, el efecto en la cantidad de delitos fue insignificante. El delincuente no piensa en términos de la teoría de los riegos. El delincuente no está pensando en la pena. Y si lleva un arma al delito, está pensando en asegurar el resultado. No está pensando en que si voy y uso el arma y cometo homicidio me inculpan por homicidio agravado, que tiene tal y tal pena. No piensa así. No está en un laboratorio delictivo haciendo un análisis de riegos. Por lo general, estas personas son llevadas al delito por un cúmulo de circunstancias que no se encuentran, en general, en condiciones de controlar"*.

En conclusión, yo entiendo -como tantos- que el derecho penal no puede hacerse cargo de las disfunciones de la estructura social, así como el derecho procesal penal no puede hacerse cargo de las dificultades probatorias. El

mero incremento de las penas y las agravantes no justifican las expectativas que, en general, el ciudadano medio cree, las mismas que un grupo de especuladores del estado de derecho bien conocen, peor usan y descartan de plano.

Por otro lado, y en el estricto ámbito de mi especialidad (derecho penal económico- financiero), ante tanto impulso legislativo de corte represivo, me entra una preocupación. ¿Qué pasa con algunos vacíos normativos que tiene Uruguay y que son inocultables? ¿Cómo se explica que la responsabilidad penal de los directores de las sociedades anónimas se siga rigiendo por una ley hecha por mercantilistas en 1893, en la época del barco a vela, e incluso cómo explicar que alguno de sus artículos -eventualmente peligroso para un sector- fuera derogado ante algún caso notorio?

¿Cuál es la razón por la cual no se aborda la reestructura normativa de nuestra quiebra fraudulenta, absolutamente inaplicable en el país? y ¿cómo se justifica la virtual desaparición del sistema normativo nacional de las insolvencias punibles? Llegamos a tener siete categorías vigentes. Hoy con suerte sobreviven cuatro, una de las cuales tiene un requisito de procesabilidad absolutamente infranqueable, que es el agotamiento por la vía civil para obtener el recupero. Nunca nadie sabe cuándo se agota realmente.

Si vemos acá la reciente ley anticorrupción, basada en la Convención de Caracas y otras cosas, más que nada lo que nos llevó a esa ley era poner como antecedente del lavado de activos. Esta ley, después de tanto debate, elimina del anteproyecto normas fundamentales, que dejan afuera a determinados funcionarios y acciones. Entre otras carencias, no realiza ningún tipo de mención a la corrupción entre privados. ¿En Uruguay no hay corrupción entre privados? La ley de corrupción no la prevé. No la vio. Hay mucha gente que dice que entra toda la estafa.

Esta es una de las cosas más hipócritas que he escuchado. Parece que en Uruguay sólo hay delitos contra la propiedad, contra la vida, hacienda pública, buenas costumbres, etc. Parece que no tenemos casos de responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Parece que no tenemos casos de responsabilidad de directores de corporaciones, ni tenemos quiebras fraudulentas ni insolvencias punibles.

Solo tres casos de fraudes bancarios de los años 2000 tuvieron un valor 20 por ciento superior (valor en términos constantes) al dinero que salvó y permitió sortear la crisis financiera de la época, gracias a un generoso préstamo

de los Estados Unidos del amigo Bush. Se trata de los mil 700 millones de dólares que salvaron el sistema financiero nacional colapsado.

Tal vez ocurra que estos macro tipos penales no tengan la suficiente y constante difusión que por su daño justifican o su vigencia y perfeccionamiento técnico no otorgue suficientes réditos políticos. Como dicen en mi tierra, "es lo que hay", cosa bien diferente a lo que la razón indica y una conciencia democrática se empeña en cambiar.

Muchísimas gracias.



# Los desafíos del derecho penal Latinoamericano

---

Eugenio Raúl Zaffaroni

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral

Juez Integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina

Queridos amigos, muchísimas gracias por esta invitación. Para mí es un verdadero honor y un enorme placer volver a Chile, volver a esta universidad. Quiero agradecer profundamente la invitación de José Luis Guzmán, al Defensor Regional de Valparaíso, la hospitalidad de esta casa de estudios, al señor Rector, al Decano y las palabras de José Luis.

1. **Derecho penal.** Llamamos *derecho penal* a la *doctrina jurídico-penal*, es decir, a la labor de los juristas, distinguiéndolo del *poder punitivo*, ejercido por las agencias ejecutivas estatales (*policías* en sentido amplio) y de las *leyes penales*, que son materia de los legisladores (*políticos*).

El derecho penal que escriben los penalistas es un discurso con un objetivo práctico: se destina a los operadores jurídicos, con la aspiración que éstos lo acojan y lo conviertan en jurisprudencia. Por ende, es un programa técnico pero *político*, pues proyecta decisiones de un poder estatal y, por la naturaleza de las cosas, toda sentencia es un acto de gobierno de la *polis*.

Este discurso (doctrina jurídico-penal) opera siempre en un marco de poder, que en este momento de *globalización* es mundial, aunque con consecuencias regionales. Las siguientes son las más notorias características del marco mundial y de sus consecuencias latinoamericanas.

2. **El marco de poder mundial.** Dos tercios de la población del planeta carecen de lo necesario para vivir con dignidad (algunos para sobrevivir), mientras un tercio consume mucho más de lo necesario, al tiempo que se le inventan nuevas necesidades.

De pretender elevar el nivel de consumo de los desfavorecidos hasta el del tercio beneficiado, se agotarían las condiciones de vida humana en el planeta

(las ilusorias soluciones *tecnológicas* son parte de una publicidad sedativa). Esos dos tercios son *descartables*, pues el poder financiero no los necesita para reproducirse e invaden el territorio de los beneficiados.

Siempre que una población sin posibilidad de incorporación al sistema se volvió molesta, se la eliminó o desplazó a otra región. Tratándose de todo el planeta, la opción se daría entre agotar su habitabilidad humana y una *neropolítica genocida*, que elimine a buena parte de los dos tercios sobrantes. Es urgente hallar una tercera solución, como lo reclama la *Laudato si*.

**3. Aparato financiero.** La satisfacción de necesidades innecesarias ya está dañando gravemente la habitabilidad del planeta, y el capitalismo financiero -que domina el sistema- camina al suicidio. El capitalismo siempre se integró con un aparato productivo y otro financiero, siendo éste último (succionador) menor que el productivo. Ahora se invirtió la relación y el financiero está desarmando al productivo.

El poder financiero creció concentrado en corporaciones y conglomerados transnacionales que alteraron el tradicional equilibrio con la política: el *establishment* ya no se vincula con la política, sino que la domina y se desplaza supranacionalmente, mientras la política sigue limitada territorialmente.

El capital productivo permitía la mediación del estado entre capital y trabajo. El capital financiero (corporaciones) es anónimo, no lo manejan sus dueños, sino empleados con la única misión de garantizar su reproducción, sin espacio de negociación, so pena de ser reemplazados. Para optimizar su ineludible mandato, sus empleados barren límites éticos y legales, al amparo de un aparato transnacional de dinero ilícito en que se confunde el macodelito económico con la actividad lícita.

**4. Marco de poder regional.** Desde el final del colonialismo originario, nuestra región sufrió el *neocolonialismo*, que se ahorró la ocupación territorial, dominando primero mediante oligarquías locales, y más tarde valido de las fuerzas armadas, alienadas con la *doctrina de la seguridad nacional*, de origen colonial francés.

Hoy vivimos una etapa *avanzada del colonialismo*, ejercida por el capital financiero, cuyas corporaciones tratan de imponer estados modeladores de sociedades excluyentes (30 por ciento incluido y 70 por ciento excluido). La región registra los coeficientes de Gini más altos del mundo: es la de mayor inequidad en la distribución (África es más pobre, pero tiene menor concentración de riqueza). Al mismo tiempo -y no por azar- tiene también los índices de homicidios más altos del mundo, salvo el cono sur.

Para controlar al 70 por ciento marginado, el modelo excluyente represiviza el aparato punitivo, legitima el *terrorismo penal* y normaliza la violencia homicida, valiéndose de la creación mediática de realidad de los monopolios de medios audiovisuales, que son parte de las corporaciones transnacionales.

5. **Medios y muerte.** La realidad creada mediáticamente explota y profundiza los peores prejuicios, crea estereotipos racistas, sexistas, étnicos, clasistas, etc., lo que debilita el sentimiento de comunidad mediante una suerte de *fascismo mediático* (al decir de Boaventura de Souza Santos).

Entre otras artimañas, manipula a algunas víctimas para desviar su pulsión de venganza contra una clase, estereotipo o grupo, cuyos integrantes nada les han hecho. Este recurso es análogo al del *crimen de odio*, pues convierte la comprensible pulsión retaliadora de la víctima hacia el agresor, en odio hacia un grupo, legitimando el ejercicio letal de *poder punitivo* sobre éste.

No obstante, el Estado no es la mayor fuente directa de muertes violentas, sino una política que permite e incentiva los conflictos entre los propios excluidos o las capas más bajas de incluidos precarios. En la medida en que se agreden entre ellos, se les hace imposible el diálogo, la coalición y cualquier protagonismo político coherente con sus intereses.

Los políticos son rehenes de los monopolios mediáticos, que a través de una alucinación bélica les marcan la agenda de sus leyes penales irracionales, con total desprecio hacia las garantías constitucionales. Los jueces penales suelen sufrir *linchamientos mediáticos*, a los que se suman los políticos inescrupulosos.

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

6. **Errores posibles.** Gravísimo error sería hacerlo sin tomar en cuenta el marco de poder y los datos de la realidad social en que se debe operar, limitándose a reproducir elaboraciones provenientes de otros contextos e incluso de otros tiempos.

Pero otro error -no menos grave- sería creer que desde el derecho penal se cambiará el marco de poder regional y mundial. Si bien el derecho penal debe contribuir al cambio y paliar las consecuencias, no debe caer en la omnipotencia, porque todo cambio profundo de poder sólo puede ser político, cultural y civilizatorio. Como ciudadanos, incumben a los penalistas deberes de promoción del cambio, pero como penalistas deben tener ante todo clara consciencia del limitado poder que disponen, como presupuesto para la programación óp-

tima de su uso. Serían errores igualmente graves no hacer lo máximo posible, tanto como pretender hacer lo imposible. Lo primero sería una falta ética; lo segundo, una ingenua alienación.

7. **Nuestras armas.** El penalista carece de armas físicas, sus únicas armas son *discursivas*, dispone del *poder del discurso* como *proyecto técnico-político*. No es demasiado, pero tampoco es poco, porque sin discurso no hay poder que se sostenga. El discurso puede limitar el accionar de quienes tienen las armas y ejercen el poder punitivo. No en vano todas las dictaduras controlan los discursos.

¿Qué puede hacer el penalismo con sus discursos? Ante todo -para no caer en la megalomanía-, desbaratar la arraigada convicción que su discurso regula el ejercicio del poder punitivo, cuando en realidad está dirigido sólo a quienes ejercen el *poder jurídico*, no el *poder punitivo*.

8. **Poder punitivo.** *Poder punitivo* es el que ejerce (o deja ejercer) el Estado, cuando no tiene por objeto reparar un daño o detener un proceso lesivo en curso o inminente, es decir, cuando no entra en el esquema reparador del derecho privado o en la coerción directa del derecho administrativo. En este sentido sociológico, también es *poder punitivo* (informal) la institucionalización de ancianos, niños, psiquiatrizados, inmigrantes o disidentes (*estado de sitio* y similares), como también el servicio militar obligatorio, el ejercicio arbitrario de la *policía de costumbres*, la detención con pretexto de *identificación* y, también, por supuesto, la prisión preventiva.

Es obvio que este es el *poder punitivo* lícito, sin mencionar al ilícito (torturas, detenciones ilegales, ejecuciones sin proceso y desaparición forzada e incluso un sistema penal subterráneo).

Como puede verse, la mayor parte del *poder punitivo* no pasa por su aspecto *formal* -único que incumbe al derecho penal-, sino por el *informal*. Tampoco tiene mayor significación política prisionizar a una reducida minoría de personas, porque la política se preocupa por controlar mayorías. Todo esto demuestra que el *poder punitivo* no se agota ni mucho menos en el *formal*, pero ni siquiera éste lo ejercen los juristas.

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

9. **El poder jurídico.** El *poder jurídico* sólo decide si el *poder punitivo* que ponen en funcionamiento las agencias ejecutivas continúa o se interrumpe. Es una suerte de semáforo, que da luz verde al poder punitivo que ya se está ejerciendo sobre una persona imputada por un delito grave; enciende luz roja si se trata de un hecho insignificante, o la luz amarilla para decidir luego lo que hará en otros casos no tan claros. *El derecho penal es, pues, un discurso que se ofrece a los juristas para regular el ejercicio de su poder jurídico, o sea, un proyecto técnico-político de funcionamiento del semáforo judicial.*

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

Basta imaginar una sociedad en la que el *poder jurídico* (códigos, jueces, fiscales, abogados y tribunales) desaparezca. En tal caso, el *poder punitivo*, lejos de desaparecer, sería ejercido sin límite alguno por las agencias ejecutivas, lo que acabaría en una masacre o en un genocidio. Así fue como todos los genocidios del siglo XX fueron cometidos por agencias del poder punitivo o por fuerzas armadas en función punitiva.

Todo genocidio se produce ante la desaparición del *poder jurídico*, pero esto no se traduce en un caos en que el *poder punitivo* se dispara en todo sentido, sino que el vacío de *poder jurídico* de contención da paso automáticamente a las pulsiones que hasta ese momento estaban contenidas y que se desarrollan criminalmente en forma sistemática y conforme a patrones. De allí que el genocidio siempre sea un *crimen de sistema*.

11. **La protección de bienes jurídicos.** Se sostiene que *el derecho penal tutela o protege bienes jurídicos* mediante los tipos penales, e incluso que esa es su función esencial y hasta única. Si eso fuese cierto, cuantos más tipos penales hubiere, más bienes serían tutelados y, por ende, la sociedad ideal sería aquella en que todas las conductas fuesen típicas, puesto que cualquier acción, en ciertas condiciones, es potencialmente peligrosa para algún bien jurídico. Pero el realismo más elemental nos muestra que la *protección* no es una cuestión normativa, sino fáctica, plano en el que con frecuencia la criminalización afecta más bienes jurídicos que los que pretende *proteger o tutelar*.

El concepto de *bien jurídico* se introdujo para prohibir la punición de cualquier acción que no afecte un *bien jurídico* (principio de *ofensividad*). El penalismo idealista tergiversó esta limitación y, de la exigencia *reductora* de *lesividad*, dedujo el concepto *amplificador* de un supuesto *bien jurídico tutelado*.

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

No obstante, la afirmación de que *el derecho penal tutela bienes jurídico* es correcta, sólo que en mucha mayor medida que la sostenida por la doctrina corriente, porque el debilitamiento del *poder jurídico* y la consiguiente expansión sistemática y criminal del poder punitivo no hace caer sólo una parte del orden jurídico, sino que produce su implosión total.

Si bien sería grave que se desbaratase el área laboral o comercial, bien puede quedar en pie el resto y reconstruirla, pero cuando se desmorona el *poder jurídico* que contiene al *poder punitivo*, este último se desboca y no deja en pie ni al derecho constitucional, que sólo podría mantenerse formalmente (así, la Constitución de Weimar tuvo vigencia formal durante el nazismo).

Por ende, no sólo incumbe al *poder jurídico* la contención del *poder punitivo* como *prevención de genocidios y masacres*, sino también la de proveer de *tutela de todos los bienes jurídicos*, frente a la amenaza del derrumbe completo del orden jurídico.

**12. La prevención del genocidio.** Siendo la vida el más valioso de los bienes humanos, el primordial objetivo del derecho penal debe ser la prevención de su destrucción masiva. Esta afirmación no es metajurídica o de *derecho natural*. Sin negar la importancia de la discusión *jusnaturalismo-positivismo*, a los efectos prácticos la disputa perdió importancia, pues los viejos principios *del derecho natural* (en especial del llamado *liberal*) son hoy derecho positivo. En otros tiempos, Carrara deducía el derecho penal de la *razón* y Feuerbach daba a la filosofía el rango de fuente. Nada de eso. No es hoy necesario, pues las máximas leyes nacionales e internacionales consagran los derechos humanos, que pueden sintetizarse en la fórmula *todo ser humano es persona y debe ser respetado y tratado como tal*.

La contención del *poder punitivo* por el *poder jurídico* no se deriva hoy de una ideología ni de ningún *derecho natural*, sino que la impone un *mandato* de derecho positivo. El discurso jurídico-penal, como programador de esta función preventiva y contentora, debe tender a su más óptimo cumplimiento, por expreso y máximo mandato legal, y no por otras razones.

**13. La capacidad de nuestro derecho penal.** Cabe preguntarnos si nuestra doctrina jurídico-penal dispone de los elementos idóneos para cumplir con el

mandato de programar el ejercicio del *poder jurídico* de control y contención, es decir, si sus bases, premisas y método son idóneos a ese efecto, o si, por el contrario, arrastran resabios y prejuicios de otro tiempo, inidóneos para ese objetivo en el actual marco de poder mundial y regional.

Creemos que una relectura del curso seguido por el derecho penal latinoamericano proporciona elementos suficientes para programar un eficaz control jurídico del poder punitivo frente a los desafíos del siglo XXI. No obstante, la abundancia de citas alemanas, la renovada importación de teorías, las filigranas de *escuelas* y la reiteración de juicios desvirtuados por la ciencia social dificulta vincular ese *totum revolutum* con el objetivo estratégico que manda la ley positiva de máxima jerarquía.

14. ¿Estamos discutiendo algo nuevo? Para abrirnos paso en esta *selva selvagia e aspra e forte*, se debe comenzar por demoler la ilusión de que manejamos pensamientos nuevos, cuando en verdad *hace más de 400* años que discutimos las mismas cuestiones. Para el narcisismo penalístico esto resultará tan desilusionante como lo fue para la humanidad advertir que vivimos sobre un pedrusco que gira alrededor de una estrellita en una galaxia del suburbio más extremo del universo, y que llegamos hace menos de medio minuto en tiempos cósmicos.

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

15. **Retribucionismo y peligrosismo.** El *retribucionismo*, con múltiples variables discursivas, recorrió un larguísimo camino doctrinario, pero *la estructura fundamental del pensamiento retribucionista* proviene de los orígenes mismos del derecho penal (glosadores, posglosadores y prácticos), que lo tomaron de la filosofía griega clásica. Conforme a esa idea y a la misoginia de la época, la mujer debía ser menos penada que el hombre, por considerarla de inferior inteligencia y, por ende, con menor consciencia o comprensión de la antijuridicidad.

Pero cuando fue menester legitimar la quema de brujas, se hizo necesario abandonar la retribución de la culpabilidad, apelando a la *peligrosidad*. Pese a que hasta hoy se repite que la *peligrosidad* es un invento del siglo XIX, al igual que la criminología etiológica biológica, basta leer el *Maleus Maleficarum* (fines del siglo XV) para encontrar lo que Alessandro Baratta llamaba el *modelo integrado* de Liszt o de Ferri, sólo que alimentado con otros datos culturales.

Mal que les pese a quienes presumen de ancestros menos contaminantes, los primeros criminólogos etiológicos fueron los demonólogos, y su base teórica era la inferioridad biológica: consideraban más *peligrosa* a la mujer, porque la estimaban biológicamente inferior al hombre (como un *hombre incompleto*).

16. **Medidas de seguridad y fascismo penal.** En el siglo XVI, Jan Wier sostuvo que las brujas eran enfermas de *melancolía* (que luego pasó a ser *histeria*) y pretendió sustraerlas a la competencia de los jueces, para entregarlas al poder médico, con lo que inventó las medidas de seguridad curativas (prevención especial positiva). Por ende, éstas no se inventaron en el proyecto suizo de Stooss ni en los códigos del siglo XX.

Contra Wier reaccionó nada menos de Jean Bodin, uno de los teóricos fundadores de la idea de soberanía, quien lo difamó groseramente en defensa del monopolio de la jurisdicción sobre las brujas por parte del monarca absoluto, como único ofendido por la hechicería, por ser el garante de la religión. Se trata de una estatización de bienes jurídicos, convertidos en intereses del estado. Cuatro siglos más tarde, el fascismo italiano lo plasmaría en el código de Rocco de 1930. La legalidad fascista no fue la liberal, pues no era garante del ciudadano, sino de la voluntad punitiva del Estado, único ofendido por el infractor.

17. **El derecho penal de voluntad.** El nazismo alemán -a diferencia del fascismo- sostenía que la fuente del derecho no era el Estado, sino la *Volksgemeinschaft* (comunidad del pueblo), como unidad formada sólo por los de raza aria, portadores biológicos de un innato sentimiento de justicia. La misión del derecho penal nazista era la identificación de *degenerados* que revelaban una voluntad contraria a la comunidad del pueblo, depurando a la *comunidad* de esos *enemigos internos* (los *enemigos externos* judíos y gitanos eran eliminados administrativamente).

Para detectar al *degenerado* no se necesitaba esperar un delito y ni siquiera una tentativa, bastando cualquier muestra de voluntad contraria a la comunidad, lo que se llamó *derecho penal de voluntad* (*Willensstrafrecht*).

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

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

Spee se desentendía de la discusión teórica sobre el poder de las brujas, para centrarse -como buen crítico- en el sistema penal, con despiadado y crudo realismo, sin omitir estigmatizar a nadie: repetidores teóricos, inquisidores extorsionadores, confesores corruptos, verdugos delincuentes sexuales, príncipes que se desentendían de sus funcionarios, predicadores que fomentaban la ignorancia pública, para concluir que la quema de brujas equivalía a los asesinatos de cristianos por Nerón y que cualquiera sometido a la tortura y a ese procedimiento sería condenado por brujería. Sin duda, se trata de la obra pionera de la actual *criminología crítica*.

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

Es obvio que el actual derecho penal latinoamericano es tributario de la dogmática penal alemana. Debemos, pues, tener claro cómo usar esa dogmática en nuestro marco de poder, lo que nos impone analizar a fondo lo que trajimos de Alemania. Pero ante todo, cabe explicar cómo llegó y por qué, desde mediados del siglo pasado, el penalismo alemán domina nuestra doctrina.

20. ¿Por qué trajimos la dogmática alemana? La dogmática penal alemana se trajo para llenar el hueco que había dejado el derrumbe del paradigma anterior, provocado por razones políticas, como siempre mundiales y regionales.

En efecto: el discurso penal latinoamericano había acogido muy pronto al positivismo italiano y francés (Lombroso, Ferri, Lacassagne), que respondía al marco ideológico racista de Spencer, usado también para legitimar las repúblicas oligárquicas regionales, proconsulares de los intereses neocolonialistas (el *Porfiriato* mexicano, la *República Velha* brasileña, el *Patriciado* peruano, la *oligarquía vacuna* argentina, etc.). Ese penalismo se basaba en la criminología biologista traída por José Ingenieros en la Argentina y Raimundo Nina Rodrigues en Brasil (ridiculizada en la novela *Tenda dos milagres* de Jorge Amado).

Las repúblicas oligárquicas fueron combatidas por los movimientos populares (Cárdenas, Haya de la Torre, Velasco Ibarra, Vargas, Yrigoyen, Perón, etc.), el racismo se desprestigió en la Segunda Guerra y, además, se volvió intolerable la arbitrariedad del *peligrosismo* propio de la alianza de médicos y policías, todo lo cual hundió al positivismo y creó la necesidad de sustituirlo por un discurso más técnico, racional y previsible.

Las anteriores miradas penales hacia Alemania (Tobías Barreto y una traducción portuguesa de Franz von Liszt en Brasil), habían pasado sin despertar interés. Apenas con la crisis del positivismo -y con buen criterio-, se trajo a América Latina su dogmática jurídico-penal, por ser el discurso teórico más elaborado que se hallaba disponible en el mundo. El método no era nuevo, pues desde los comienzos del saber jurídico en las universidades del norte de Italia se percibe el *afán constructivo de sistema*, aunque fue formulado orgánicamente -por analogía con la química- por Rudolf von Jhering, al distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad en el derecho privado.

21. **La recepción latinoamericana.** Es claro que la dogmática es un método mucho más depurado que el burdo positivismo, pues aporta a los casos concretos soluciones más precisas, razonadas y previsibles, al tiempo que da coherencia al sistema.

El penalismo latinoamericano se encandiló con la nueva doctrina. En la posguerra, en que la física había cobrado un alto prestigio, los penalistas aspiraban a un similar sitio académico con jerarquía de *científicos*. El deslumbramiento fue tal, que consideraron que su *ciencia* era a la vez políticamente aséptica, pero -curiosamente- garantía del *derecho penal liberal*.

Este giro comenzó con cierta importación de von Liszt, seguida por una amplia divulgación de obras neokantianas, en particular la de Edmund Mezger (a través de la traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz). Más tarde, por los años setenta del siglo pasado, llegó a la región el finalismo de Hans Welzel y, más cercanamente, el llamado *postfinalismo*.

Se recibieron sucesivamente estas construcciones, creyendo que la más reciente es siempre una superación técnica de la anterior, como si importásemos automotores. En cierta forma, parece mantenerse la idea que se trae un saber científico acumulativo y políticamente aséptico aunque *liberal*, pese a que se hable menos de derecho penal *liberal* (por el desprecio a las garantías en los medios monopolizados y también por el abuso de la expresión con el *neoliberalismo económico*).

22. ¿La entendimos correctamente? Con independencia de lo contradictorio, cabe preguntarse si nuestra recepción de la doctrina alemana como *ciencia políticamente aséptica* y como garantía de *liberalismo* penal es correcta. La respuesta que proviene de Alemania es negativa y, de paso, verifica que los colegas alemanes no son culpables de lo que nosotros entendimos, que corre por cuenta de nuestra exclusiva responsabilidad.

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

Binding era un normativista apegado al positivismo jurídico, para quien las normas no eran las leyes, sino las prohibiciones antepuestas a los tipos (el infractor cumple el tipo, *matar a otro*, e infringe la norma: *no matarás*). Su monumental obra ("*Las normas y su infracción*"), la elaboró sobre esta base, sin cuestionar la legitimidad de las normas, que no ponía en duda, pues la presuponía por el mero hecho de que *emergen del estado*.

Ni siquiera era hegeliano, pues no admitía un deber de penar necesario para cancelar el injusto (como Hegel), sino que, simplemente, el estado lo hacía sólo porque tenía el poder.

Esta omnipotencia estatal correspondía a su tiempo, que era el de la unidad alemana, cuando después de la derrota francesa en Sedán se proclamó el imperio en Versalles, liderado por Otto von Bismarck. Alemania había logrado ser un estado y debía consolidarse. Con alguna razón se dijo que este estatismo de Binding resucitó en el fascismo italiano (no en el nazismo, que subordinaba el estado a la comunidad del pueblo).

Nadie trajo a Binding a América y hasta hace algunas décadas pocos lo leyeron en estas tierras. Quien llegó, aunque por poco tiempo, fue Franz von Liszt, un positivista moderado.

Liszt compartía la criminología etiológica y en base a ella proyectaba la lucha contra el delito, a la que llamaba *política criminal*. Como la *política criminal* necesitaba un límite, lo proveía el derecho penal, al que consideraba la *Carta Magna del delincuente*. En su esquema, la política criminal se enfrentaba al derecho penal y con la criminología *integraba un sistema*.

En términos políticos, el derecho penal le trazaba límites a la policía, o sea que la corporación policial era limitada por la judicial, dentro del corporativismo estatal vertical creado por Bismarck. Su pensamiento es propio del segundo momento del imperio alemán (Guillermo II), con un estado que intervenía en

la economía y limitaba a la policía, para frenar a los socialistas mediante un incipiente programa *prekeynesiano* de estado social (algunos llaman a estas medidas *socialismo de estado*, lo que parece exagerado).

El positivismo de Liszt era claro: su teoría del delito era determinista, dividida en causación física (antijuridicidad) y psíquica (culpabilidad), reducida a lo que hoy llamamos injusto. La culpabilidad psicológica era descriptiva y carecía de elemento valorativo, por lo que la medida de la pena era la *peligrosidad*.

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

24. **El neokantismo alemán.** El penalismo alemán no siguió la construcción de Binding, sino la de Liszt, pero ambos autores desaparecieron al final de la Primera Guerra y la generación siguiente ensayó otro camino, porque comenzaba la crisis del positivismo, pero también porque éste subordinaba el derecho penal a la criminología médica, lo que no agradaba a los juristas.

Así fue como en la primera década del siglo pasado aparecieron los primeros ensayos de elaboraciones neokantianas. Kant había dejado abiertos dos caminos críticos: la razón pura y la razón práctica. El derecho se montó sobre la razón pura con la llamada *escuela de Marburgo* (la corriente de Kelsen), que no prendió en el derecho penal, cuya dogmática abrazó el camino de la razón práctica en la vertiente de *Baden o sudoccidental*.

25. **Los valores.** El neokantismo de Baden adoptó la clasificación de las ciencias en *naturales y culturales*, originaria de Heinrich Rickert, según la cual las ciencias naturales toman del mundo todos los entes, pero no así las culturales.

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

Para los neokantianos, lo que pone orden en el mundo y lo hace disponible, es el *valor*. A la pregunta ¿Qué son los valores? responden que *los valores no son, sino que valen*. Quedaría pendiente saber *para quién valen*, tal vez para quienes los imponen, pero eso es otro problema (subjetividad u objetividad de los valores). A efectos prácticos, para esta teoría del conocimiento, los datos del

mundo no ordenados por el valor no se incorporan a la construcción jurídica, porque no se pueden usar.

En definitiva, el derecho penal neokantiano mantuvo en esencia la sistemática del delito de Liszt (objetivo-subjetivo) y le adosó la culpabilidad normativa (redescubrió a Aristóteles), aunque incluyendo al dolo, con incoherencias que luego el propio neokantismo iría corrigiendo (von Weber y el Graf zu Dohna).

26. **La criminología neokantiana.** El neokantismo consideró a la criminología como una ciencia natural a la que el derecho penal le imponía su límite epistemológico al definir el delito, limitada a estudiar sus *causas*, con lo que la subordinación positivista se invertía y ésta pasaba a ser una disciplina *auxiliar* del derecho penal. Aunque en el neokantismo no es muy prolija la delimitación de una ciencia natural por otra cultural, permitía que la criminología siguiese siendo positivista y en preferentes manos médicas, aunque en un rincón de la facultad de derecho.

27. **Neokantianos liberales y no liberales.** Como con la mencionada teoría del conocimiento todo es posible, el derecho penal neokantiano tuvo construcciones liberales y autoritarias.

Es innegable que hubo penalistas neokantianos liberales, en particular durante la República de Weimar (Gustav Radbruch, Max Ernst Mayer y -a nuestro juicio- Helmuth von Weber. De los dos primeros se conocieron en castellano sus trabajos jusfilosóficos, pero no los penales. Sólo en los últimos años, como dato histórico, se tradujo a M. E. Mayer y a von Weber).

El neokantismo alemán difundido en nuestra región fue más cercano a Edmund Mezger, cuyas tesis eran marcadamente autoritarias (culpabilidad de carácter y por la conducción de la vida, *ceguera al derecho* como equivalente del dolo, nula referencia a la Constitución de Weimar, etc.). Francisco Muñoz Conde investigó la vinculación de Mezger con el nazismo hace un par de décadas, en especial el proyecto de 1944 sobre *extraños a la comunidad* (en coautoría con Exner), para internarlos en campos de concentración e incluso su visita a uno de ellos.

Merece recordarse también su lamentable polémica de 1941, con Filippo Grisipigni (último representante del *peligrosismo* italiano), en la *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Ambos catedráticos (de München y de Milano) competían acerca de qué teoría (el *peligrosismo* positivista o el neokantismo de Baden) era más idónea para legitimar la legislación penal nazista.

28. **La discusión con Kiel.** La llegada del nazismo al poder provocó un interesantísimo debate dogmático-jurídico, pues dos autores -Georg Dahm y

Friedrich Schaffstein-, conocidos como *la escuela de Kiel*, sostenían que *cada construcción dogmático-penal debe responder a un modelo político* y que, por ende, la de los neokantianos no servía para aplicar el derecho penal nazista. Los neokantianos respondían que su dogmática era *científica y no política*, y que, por tanto, *servía para cualquier sistema político*. Ambos competían para demostrar que la suya se avenía mejor al derecho penal nazista. Como Dahm y Schaffstein imputaban *liberalismo* a los neokantianos, sin quererlo difundieron la peregrina idea que éstos eran *liberales*.

La teoría del conocimiento neokantiana permite construir cualquier derecho penal, porque el *valor ordena* y también deja fuera lo que le pluguiera -incluyendo un genocidio-, por lo cual es muy problemática para el principio rector de los derechos humanos, dado que también puede dejar fuera a la *persona*.

Cabe señalar que los nazistas de Kiel llevaban razón en cuanto a la necesidad de que la construcción dogmática se corresponda con el sistema político y, en este sentido, eran los más coherentes. Pero lo cierto es que entre 1932 y 1945 *no se debatió entre nazistas y disidentes, sino sólo entre nazistas*. Los disidentes ya no estaban en Alemania (como Goldschmidt) o estaban fuera de la cátedra o investigando historia (como von Weber, Eberhard Schmidt o el propio Gustav Radbruch).

29. **El realismo de Welzel.** Pasada la Segunda Guerra, la Constitución de 1949 creó el *Bundesverfassungsgericht* (tribunal federal constitucional) y en la doctrina resurgió el *jusnaturalismo* en todas sus variantes, invocado incluso en las primeras sentencias constitucionales, porque la omnipotencia legislativa asustaba después de la experiencia nazista.

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

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

30. **El postfinalismo.** Después de Welzel el *postfinalismo* alemán volvió al idealismo neokantiano, en versión liberal con Klaus Roxin, quien había tenido un importante papel en el llamado *proyecto alternativo* de los años sesenta. Es un autor propio de los tiempos posteriores a la reconstrucción (socialdemocracia de Willy Brandt), en que se pensaba que el estado de bienestar, elevando el nivel de vida y eliminando las *causas sociales* del delito, dejaba un delito *residual* por *causas individuales*, por lo que aconsejaba un sistema *vicariante*, en que las penas pudiesen ser sustituidas por *medidas*.

Minoritariamente se presenta en el *postfinalismo* alemán una versión con terminología sociológica funcionalista, aunque con fondo neohegeliano, encabezada por Günther Jakobs, que parece corresponderse con el momento reunificador de Helmut Kohl.

En los últimos años aparecieron varias obras generales, que tienden a elaborar el derecho penal con base preferente en la jurisprudencia y con menos referencias doctrinarias e históricas.

A América llegaron las dos primeras variables; la tercera es poco viable en países que carecen de un cuerpo de jurisprudencia tan sólido como el condicionado por la estructura constitucional alemana. No obstante, todo el *postfinalismo* implica una vuelta al idealismo, y en particular al rechazo del realismo de las estructuras lógico-reales de Welzel.

31. **La reacción idealista.** En verdad, el *Lehrbuch* de Welzel parece escrito por dos autores, porque su teoría del delito no es coherente con su teoría de la pena, en la que mantiene una posición totalmente idealista. Sería absurdo reprocharle que no haya encarado la teoría de la pena conforme a su realismo, porque de ese modo hubiese puesto en cuestión todo el derecho penal de su época. Sin duda que de esto se percató el penalismo posterior, lo que motivó en Alemania la vuelta al idealismo.

Debemos recordar que en nuestras tierras se registró al respecto un episodio absurdo. La llegada del finalismo causó un escándalo en el neokantismo local, que aulló que *el dolo en el tipo era nazista*. Pero en verdad, no se reparó mucho en el realismo de base, salvo algún doctrinario al que no le pasó por alto y en voz baja descalificó a esa teoría como *marxista*, lo que a la sazón era físicamente peligroso. Si bien eso era aberrante -pues Welzel era un demócrata cristiano de la época de Konrad Adenauer-, no faltó un tratadista rioplatense que lo escribió en plena dictadura. También aquí alguien se percató de los riesgos del realismo welzeliano, en caso de ser llevado a la teoría de la pena.

32. **Derecho penal político alemán.** Como vemos, en Alemania ninguna de las teorías del derecho penal fue ajena a la política. Si bien no fueron elaboradas por orden de los políticos, respondieron a las condiciones políticas, socio-económicas y culturales de cada época. Es claro el marco bismarckiano del normativismo de Binding, el intervencionismo estatal del imperio guillermino en von Liszt, el liberalismo neokantiano de Weimar con Radbruch a la cabeza, el autoritarismo neokantiano de Mezger y la politización de Kiel propios de la época nazista, el realismo de la reconstrucción de Adenauer en Welzel, el estado de bienestar socialdemócrata en Roxin, una matizada admisión del *neopunitivismo* de tiempos de Kohl en Jakobs y, ahora, un refugio pragmático en la jurisprudencia en tiempos inestables, cuando cunde la *formación de juristas prácticos* del *Plan Bologna*.

Los alemanes construyeron su derecho penal según sus momentos históricos, o sea que su discurso de *asepsia política* importado a nuestra región fue *teórico, pero nunca una práctica*.

33. **El discurso de asepsia.** La declaración alemana de *asepsia* se explica por razones que nada tienen que ver con nuestra historia. Por un lado, en tiempos de dictadura, es una autodefensa asegurar que el penalista hace *ciencia* y no política. En segundo lugar, Alemania pasó en menos de un siglo por los regímenes políticos más dispares (imperio; revolución de 1918; República de Weimar; nazismo; derrota, ocupación y partición; reconstrucción con la República Federal y la Democrática; reunificación). El penalista alemán que pretenda continuidad en su doctrina necesita subestimar el vínculo con la política.

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

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

*La dogmática jurídico-penal permite la elaboración racional del derecho penal.* Si bien puede ser manipulada *irracionalmente*, esto es, con incoherencia normativa (contradicción interna), fáctica (negadora de datos de realidad) o política (tributaria de una política irracional), el uso descaminado de la herramienta

no debe confundirse con su naturaleza: aplastarse un dedo con un martillo no prueba la inutilidad del martillo.

35. **El romanticismo penal.** El poder punitivo asume ahora el carácter de un ídolo omnipotente (falso Dios), que resuelve todos los problemas con describirlos en un tipo. Nuestro antepasado cavernícola dibujaba animales de presa en las paredes y confundía imagen y objeto. Hoy lo indeseado lo describimos en los boletines oficiales.

Es necesario perfeccionar las aduanas ideológicas y en especial cerrarle el paso a un material muy peligroso: el *romanticismo*, que es la opción a la dogmática penal, que alega que el derecho surge de la intuición de los pueblos.

Con el renacer actual de xenofobias y racismos, no faltarán quienes rechacen por *teóricas* las construcciones jurídicas, para apelar a la *intuición del gaucho*, la *libertad del llanero*, el *sentimiento del hombre trabajador*, la *mística de la montaña*, o cosas parecidas que gustan a los medios monopólicos.

El romanticismo atrasó un siglo en Alemania la codificación civil y degeneró en el delirio ario de Nicolai. No debemos creer en su alardeado *nacionalismo*, porque también es un material importado y, por cierto, que de la más pésima calidad. Frente a este peligro -nunca del todo ausente- *debemos reafirmar el valor del método dogmático y extremar el cuidado en su aplicación con máxima coherencia normativa, fáctica y política.*

36. **La verificación de Marx.** Es bueno, como paso previo, preguntarse si en realidad, en el actual marco de poder, podemos elaborar un derecho penal preventivo del genocidio, o si, por el contrario, esto es una ilusión, porque el derecho es por esencia un instrumento de las clases dominantes y, por ende, sólo queda el camino de la política pura y tal vez de la violencia.

La afirmación de que el derecho es el instrumento de las clases dominantes proviene de Marx y era una constatación -no un destino-, bastante válida en su tiempo. Pasó casi un siglo y medio, el derecho es algo más que eso, pero hay quienes pugnan por volver a lo que Marx constataba en el siglo XIX. Es curioso, pero no lo hacen los marxistas, sino el capital financiero mundial. Este desplazamiento requiere una explicación.

A lo largo de la historia los poderosos cometieron genocidios y matanzas horribles en el mundo colonizado o impotente, hasta que sucedió lo inevitable: los crímenes atroces se cometieron en su propio territorio, reuniendo las peores técnicas de los anteriores y con víctimas de igual carencia de melanina que ellos.

37. **El miedo y el caballo de Troya.** El pánico provocado por estos crímenes atroces hizo que los estados declarasen tímidamente los derechos humanos en 1948, cuya síntesis máxima -reiteramos- es que *todo ser humano es persona*. Si bien nuestra especie necesitó milenios para reconocer lo que otro animal hace por instinto y, además, lo hizo por miedo y no por reflexión, siempre es esperanzador verificar que no carece del todo de la pulsión de supervivencia.

La timidez se fue venciendo y creció en el campo jurídico un *caballo de Troya*, que introdujo una enorme contradicción, pues abrió una trinchera contra los que forman parte de las clases dominantes y pretenden que el derecho sea realmente un instrumento a su servicio.

*Esta contradicción hace del derecho un campo de lucha que ahora posibilita un derecho penal de contención, preventivo del genocidio y tutelar de bienes jurídicos. El camino del derecho está expedito, queda al penalismo la faena de recorrerlo.*

38. **Nuestra contradicción importadora.** Para hacerlo debemos comenzar por superar un vicio que proviene de la importación de casi toda la doctrina jurídica -salvo la del derecho constitucional- de países europeos que eran *estados legales de derecho*, pues no conocieron el control de constitucionalidad hasta la última posguerra, dado que los ensayos previos habían fracasado (así, la *Oktoberverfassung* austríaca) y el *Reichsgericht* se lo había atribuido, pero para anular leyes laborales (con el insólito argumento de que la Constitución de Weimar no se lo prohibía).

Esto fue una palmaria contradicción, dado que los estados de la región -al menos formalmente- desde siempre fueron *estados constitucionales de derecho*, que reconocen el control de constitucionalidad, debido a la común inspiración en la Constitución norteamericana, que era el único modelo republicano disponible en el siglo XIX.

39. **El derecho penal humano.** Es indispensable superar los vicios que provienen de esa importación, pues la tarea que se impone consiste en la profundización máxima de la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales, en el sentido que Peter Häberle llama *estado de derechos fundamentales (Grundrechtsstaat)*, destinado a su realización óptima (*optimale Grundrechtsverwirklichung*). Este proceso está en marcha, pues el *control de convencionalidad* generó una corriente de *internacionalización del derecho constitucional* y -a la vez- de *constitucionalización del derecho internacional*.

Es urgente desarraigar el temor reverencial a la *ley* inferior a la Constitución y no a los principios de ésta, para invertir los términos: intocable debe ser la ley suprema (nacional e internacional). La *constitucionalización e internacionalización* del derecho penal bajo la premisa que *todo ser humano es persona*, es la tarea de un *derecho penal humano* que privilegie la vida, sobre todo ante la amenaza de su destrucción masiva.

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

Este vicio proviene de la fábula reiterada desde nuestra adolescencia, según la cual el poder punitivo lo ejerce primero el legislador, luego los jueces que cumplen sus leyes y en menor medida las policías que cumplen las órdenes de los jueces. La realidad muestra que el poder punitivo se pone en marcha selectivamente por policías; los jueces sólo tienen la posibilidad de operar las luces del *semáforo* de contención jurídica, y los legisladores abren ámbitos de selección criminalizante, con tipos que nunca saben cuándo ni contra quiénes se dispararán.

41. **Tobías Barreto y Anton Bauer.** Es necesario vencer el narcisismo penalístico y convencerse de que carece de sentido comenzar la teorización penal preguntando cuál debe ser la función de la pena que, como dijo claramente en el siglo XIX el brasileño Tobías Barreto, se trata de un *hecho político*.

Por cierto que esto no significa -ni mucho menos- que la pena no sirva para nada, sino todo lo contrario. Como todo *factum político*, es muy *polifuncional* en muchos sentidos que incluso no conocemos y ni siquiera sospechamos, no obstante lo cual se insiste en reducirla a *funciones* (deber ser) que la legitiman, pero que sólo rara y casi accidentalmente coinciden con la realidad.

Es tan curiosa esta primera tarea de la tradición doctrinaria, que a veces imaginamos que el autor de la bisecular clasificación repetida hasta hoy de las llamadas *teorías de la pena* -Anton Bauer- llega desde Göttingen a una reunión de los penalistas de los últimos dos siglos, con una bandeja de bocadillos y cada uno elige el que más gusta: prevención general o especial, positivas o negativas, retribución, expiación, etc. Cada penalista se sirve un *deber ser* de la pena para escribir su tratado de derecho penal destinado a que los jueces autoricen penas, y los jueces lo hacen, con penas que *son* y se cumplen como *son*, pero que jamás son como el bocadillo del penalista dijo que *debían ser*.

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

Para verificar esta disparidad basta echar un vistazo a los habitantes de las cárceles, donde, aparte de algunos psicópatas y neuróticos graves, hay personas de estratos sociales inferiores, casi todos ladrones o repartidores de tóxicos en las clases medias, algún poderoso que perdió cobertura en conflicto con otro poderoso y, en general, una mayoría de estereotipados jóvenes presos preventivos, todos mezclados, padeciendo visitas íntimas vergonzantes, hacinamiento, suciedad, carencias sanitarias y alimentarias, falta de espacio, de luz, de cubaje de aire, cobro de privilegios, castigos físicos, humillaciones, requisas de ano, destrucción de pertenencias, largos aislamientos en celdas reducidas, violencia, en síntesis, cárceles convertidas en *ghettos*, otras más semejantes a campos de concentración, todo lo cual no tiene relación alguna con los bocadillos del viejo Bauer.

43. **La selectividad.** Las cárceles para pobres que cometen delitos groseros desmienten la igualdad que presupone el famoso contrato del *derecho penal idealista*: no hay allí autores de crímenes económico-políticos (así los llama Wolfgang Naucke), altos responsables de violencia institucional ni del mundo financiero que mezcla lo lícito con el delito y recicla dinero.

Es indiscutible que la selectividad es también producida por una contención del poder punitivo, pero según un derecho penal *inhumano*, que lo reparte en relación inversa al poder: a mayor poder menor punición y viceversa. Todo el derecho penal es selectivo y contiene al poder punitivo, pero su *humanidad o inhumanidad* depende de la dirección en que haga.

La composición de la población carcelaria es el resultado increíblemente *selectivo* del poder punitivo filtrado por el *derecho penal idealista*, con sus bocadillos de Bauer. Su discurso cae al más ligero roce de la estructura lógico-real referida a la pena y sus cultores se aterran ante esta perspectiva. Pero cuidado con las imputaciones ideológicas, porque no empleamos un instrumento teórico anarquista, marxista o *foucaultiano*, sino uno creado por un demócrata cristiano conservador.

44. **Persona es un concepto con base óptica.** Dado que la premisa rectora del *derecho penal humano* debe ser la síntesis jushumanista *todo ser humano es persona*, es menester partir de una base realista y de un dato óptico. El dato óptico (biológico) es el *ser humano*. Se discutirá la precisión de su comienzo y fin, pero sin duda en medio hay un *animal humano*. Por ende, el concepto de *persona* tiene base óptica y no puede burlarse la premisa básica sosteniendo que *persona es una construcción jurídica*, para atribuir o negar esa condición a gusto del poder.

45. **La cautela.** Con esta consigna básica es posible construir una dogmática jurídico-penal *humana*, no concebida como una mera construcción normativa estática, sino como un *derecho penal dinámico, partisano y de lucha*, porque la confrontación es inherente al derecho mismo. Pero advertimos que tampoco es una novedad un derecho penal de contención.

Tal como lo señalamos antes, Friedrich Spee hablaba en 1629 de *cautela*, prudencia, contención frente a los fenómenos de selectividad, crueldad, genocidio de mujeres, corrupción, oportunismo político, fabricación de enemigos, doctrinas falsas, funcionarios venales y engaño al público. Esta era, sin duda, una abierta confrontación del *derecho penal humano* con el *inhumano*.

46. **El ser hacia el deber ser.** El mandato supremo *-todo ser humano es persona-* es un *deber ser* que está lejos de *ser*, pues no todo ser humano es tratado como persona, como lo prueban la distribución del poder mundial y los coeficientes de Gini de la región. Es tarea del derecho en general -y del derecho penal en la parte que le incumbe- *impulsar el ser hacia el deber ser*, no por un camino llano, sino como confrontación entre el *derecho penal humano* y el *inhumano*. Por eso el primero no es nunca políticamente neutro, sino clara y decididamente *partisano*.

En verdad, si todo derecho pretende eficacia, nunca podría ser políticamente neutro, porque el *ser* nunca coincide del todo con el *deber ser*: si algo *debe ser*, es porque *no es* o puede *no ser* como *debe ser*. No hay ley que mande que *lo que es sea* (que ordene que las piedras caigan hacia abajo). Del *ser* sólo proviene el dato óptico que pone un límite elemental al *deber ser*: el *ser* debe *poder llegar a ser* como lo manda el *deber ser*, porque un *deber ser* imposible no es derecho, sino un disparate.

47. **El juego de pulsiones.** El *estado de derecho* debe ser el garante de la igualdad jurídica inherente al respeto a la persona, pero no existen ni existieron *estados de derecho* perfectos, sino que cada uno de ellos es un envase que

mantiene encerrados a unos *pigmeos autoritarios*, que tratan de romperlo, dando lugar a un *constante juego de pulsiones y contrapulsiones*.

Al estado que pretende una sociedad incluyente, se opone el *pigmeo financiero* jugado por un modelo de sociedad excluyente; al poder político que procura mayor igualdad, el *pigmeo elitista* que pretende una oligarquía; al modelo que desmonta la invención de *enemigos satanizados*, el *pigmeo* que los inventa; al que quiere repartir más máscaras de *persona*, el que las quiere sólo para su grupo de *pigmeos*; al que busca prevenir un genocidio, el *pigmeo* que quiere practicarlo. Y, finalmente, al modelo de *derecho penal humano* que quiere contener al poder punitivo, se le opone el *pigmeo* del *derecho penal inhumano*, que busca expandirlo.

Nadie puede ser realmente *aséptico* y *políticamente neutral* en estas confrontaciones, porque entre las pulsiones que chocan no queda espacio para la neutralidad. Quien dice serlo, cae en un grave mecanismo neurótico de huida, o bien es un hipócrita.

48. **Los datos de la ciencia social.** El derecho penal nunca podría impulsar el *ser* hacia el *deber ser* sin datos empíricos, porque siempre es -por esencia- un programa *político*, y resulta inconcebible que como tal prescinda de la realidad social, tanto para conocer el cuadro de situación en que debe operar, como los medios eficaces para alcanzar su objetivo. Por eso, el *derecho penal humano* necesita los datos sociales que le informen el *estándar de realización* del *deber ser*, tanto como los medios óptimos para su impulsión.

49. **La falsa disyuntiva.** Varias veces en su historia el derecho penal temió ser absorbido por un reduccionismo sociológico, enclaustrándose en el reiterado normativismo esquizofrénico, centrado en la coherencia interna del sistema, para lo cual elevó la lógica a ontología y dejó de lado la realidad.

Sólo una disciplina insegura de su objetivo puede temer a la absorción sociológica y, por cierto, al derecho penal idealista le asisten razones para sentirse inseguro, entre otras cosas, porque se basa en la legitimación de un poder punitivo que ilusiona y a veces alucina, al igual que la omnipotencia de su propio poder.

Es falsa la disyuntiva entre normativismo y sociologismo, puesto que es perfectamente posible y deseable una construcción inclusiva de datos normativos y sociales, a condición de respetar las tres antes mencionadas coherencias básicas: *jurídica* (no contradicción en el sistema), *fáctica* (en cuanto a los datos sociales que debe incorporar) y *política* (en lo que hace al objetivo impulsivo del *ser* hacia el *deber ser* en cada caso).

50. **La negación inhumana de la humanidad.** Para confrontar con un *derecho penal inhumano* es necesario -ante todo- desnudar su *inhumanidad*, es decir, explicarnos cómo se las arregló para ocultarla con éxito durante tanto tiempo.

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

51. **La fabricación del enemigo.** Lo hizo mediante la constante fabricación de *otros enemigos*. El escándalo causado hace pocos años por el breve artículo de Jakobs no tiene sentido: el derecho penal siempre ha sido *derecho penal del enemigo*; el pecado de Jakobs fue sólo la ingenuidad de decirlo expresamente y llamarlo por su nombre, destapando la olla en que se cocinó por siglos un horrible menjunje de odios y prejuicios.

En efecto: al crear al *otro enemigo*, el *yo* se define por exclusión: *no soy ese otro* (judío, inmigrante, negro, obeso, discapacitado, enfermo mental, *gay*, desocupado, villero o lo que sea). No sé quién soy, sólo sé que no soy *el otro*. En lo individual esto es neurótico; en lo colectivo, dejamos abierta la pregunta. Lo cierto es que se niega al ser humano, tanto en el *enemizado* (*satanizado*: *Satán* en hebreo significa *enemigo*) como en el *enemizante*. Las subjetividades falsas se inventan en ambos extremos, aunque el *enemizante* no se percate.

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

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

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

estrictamente la base óptica del ser humano. El derecho positivo no admite un *ser humano no persona*.

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

La máscara de *enemigo* que oculta al ser humano y le inventa una subjetividad irreal, siempre se confecciona con argamasa de odio y es común a todas las discriminaciones y semilla de todos los genocidios. Es una constante histórica del derecho penal, muy anterior a la racionalización perversa de Carl Schmitt.

53. ¿También en el derecho penal **liberal**? Sin embargo, en la historia de nuestra disciplina hay algo que desconcierta, porque parece hacer excepción: se trata del *derecho penal liberal*, lo que puede llevar a confundir al viejo *derecho penal liberal* con el *derecho penal humano* que requiere este siglo XXI.

La cuestión está íntimamente vinculada al cuestionamiento de la *modernidad* y a la discusión acerca de una posible superación dentro de sus parámetros o, si por el contrario, será menester buscarla fuera de ellos, cuestión que nos supera.

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

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

54. **Los enemigos peligrosos del liberalismo penal.** Europa terminó sus *guerras de religión* porque no podía seguir peleando *in eternum* (lo que tampoco convenía al comercio), y optó por un *armisticio* antropológico *demostrable*,

que en síntesis fue el *racionalismo* de la época. Pero siguiendo a Descartes, glorificó esa *razón* y la limitó al *ser humano*, separándolo radicalmente de la naturaleza, a la que relegó todo *lo irracional* para convertirla en un *objeto de apoderamiento* mediante un saber explotador *progresivo y acumulativo* (entendido como el *saber para poder* de Bacon). Pero no relegó a lo irracional sólo al planeta y a los demás animales, sino que *declaró también parte de eso a los habitantes del mundo colonizable*. Limitó la *razón* al *ser humano europeo*.

Europa ya había extinguido a una parte de los indios para obtener minerales y traficaba esclavos africanos para cultivos intensivos. El colonialismo y la esclavitud la proveyeron de medios de pago y materias primas, provocando el subdesarrollo de medio planeta. Ese fue el complemento indispensable de su economía, o sea, la contracara que hizo surgir a la burguesía europea, cuyo ascenso dio lugar al reclamo de contención del poder punitivo que hasta ese momento ejercían las clases nobles.

La burguesía europea avanzó exigiendo para sí la condición de personas, pero no para los colonizados ni para las clases subalternas del mundo colonizador, cuya explotación necesitaba para lograr y mantener su hegemonía. Los *salvajes* colonizados y las clases subalternas metropolitanas fueron excluidos de la *humanidad*, formando un *otro* de *negros e indios* potencialmente peligrosos, a los que se asemejaban mucho sus propios excluidos centrales que se concentraban en sus ciudades, lo que destacó luego el propio Lombroso. De allí que los europeos se sorprendiesen cuando los *negros* de Haití promulgaron una Constitución más *liberal* que la de ellos; nadie se lo perdonó a Haití hasta el presente.

**55. La máscara que nos puso el liberalismo.** El Iluminismo y el liberalismo europeos *enemizaron* y repartieron máscaras de *no persona* a todos los grupos sometidos y discriminados del planeta que estaban o vinieron a dar a América Latina y que hasta hoy interactúan entre sí y sincretizan sus cosmovisiones.

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

El liberalismo, como la luna, muestra con claros y oscuros la misma cara y oculta la opuesta, la del colonialismo y el esclavismo, que hizo nacer a la burguesía reductora del poder punitivo de la nobleza, pero que apenas logró la hegemonía,

adoptó el racismo de Spencer para legitimar su neocolonialismo y se repartió África en el congreso de Berlín de 1885, convocado por Bismarck.

56. **La crisis socio-ambiental.** El *antropocentrismo* europeo relegó a los colonizados al mundo de la *irracionalidad* junto a toda la naturaleza, y aún sufrimos sus consecuencias, pues en este siglo XXI, al enfrentar la realidad de que hablamos al comienzo, con el riesgo de un genocidio de proporciones inconmensurables, no hemos logrado aún poner de cabeza a Descartes y ni siquiera a Hegel con su historia del *Geist* colonizador. Nos cuesta mucho abandonar un *antropocentrismo* que separa al ser humano de la naturaleza, para vincular la indigencia de dos tercios de la humanidad con la exclusión de la naturaleza, convertida también en un *otro peligroso, enemigo y explotable*. Con razón se ha dicho que *no hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental* (“Laudato si”, 139). El neoconstitucionalismo latinoamericano (Bolivia y Ecuador) abrió esta conexión en el campo del derecho constitucional.

El *salvaje*, o sea, el *otro enemigo* del derecho penal liberal, dejó su huella en la teorización posterior del derecho penal, por lo que es ineludible señalar claramente su diferencia con el *derecho penal humano* que exige nuestro siglo.

57. **Limitaciones del liberalismo penal: el idealismo.** El derecho penal liberal lo desarrollaron pensadores de una burguesía que luchaba por el poder cuando Europa no había acumulado aún mucho capital productivo y su estratificación social era enorme. El objetivo clasista de ese derecho penal no le permitía exigir una igualdad *real*, lo que le imponía evitar una teoría del conocimiento realista. Marat introdujo en el contractualismo el dato de realidad de la concentración de riqueza, y hasta hoy se glorifica a Charlotte Corday. El penalismo liberal debió abrazarse al idealismo, para evitar que los datos de la realidad punitiva le desbaratasen su legitimidad. El *derecho penal humano* que reclama nuestro tiempo, en sentido diametralmente opuesto, no puede eludir la incorporación de esos datos de la realidad social y, para eso, es inevitable basarlo en una teoría del conocimiento realista.

58. **El deductivismo liberal.** Acorde con la privación de datos de realidad, la construcción liberal -en general- optó por imaginar un *sistema* del que deducir un estado racional, del que a su vez *deducía* lo que *la pena debía ser*. La más genial, modélica y fina expresión de esto se halla en Kant, que llega a la retribución por deducción a partir del imperativo categórico. Desde el viejo Bauer se dice que su teoría de la pena es *absoluta*, y muchos afirman que esto significa que la pena se justifica por sí misma. Creemos que Kant jamás hubiera dicho eso, pues

nada en este mundo puede justificarse *por sí mismo*. En verdad, es la construcción total de su sistema lo que le permite deducir la legitimidad de la pena retributiva, cuidándose como nadie de no contaminarla con ningún dato inductivo.

Por el contrario, dado que el *derecho penal humano* que necesitamos en nuestro siglo requiere los datos sociales, le es indispensable un componente decididamente *inductivo*.

59. **Legitimar poder punitivo para deslegitimarlo.** En todas sus variantes, el derecho penal liberal legitima una parte del poder punitivo para deslegitimar el resto. Cada autor, cualquiera sea el bocadillo de Sauer elegido para legitimar el poder punitivo que admite, parece decir *hasta aquí se puede, más allá no*.

El penalismo liberal luchaba por pasar del poder punitivo arbitrario de la nobleza, a otro más previsible al servicio de la burguesía y, por ende, legitimaba sólo la parte que cada autor creía adecuada a la hegemonía de la clase en ascenso. Este objetivo se hace más evidente en el hegelianismo penal.

De allí deriva no sólo el *deductivismo* y el *idealismo* del derecho penal liberal, que lleva a los jueces a imponer penas *reales* en un *estado real*, pero legitimadas según deducciones de un *estado racional imaginario*, sino también que, como el *imaginario estado racional es inmóvil*, se cae en un derecho penal estático, con una legitimación supuestamente parcial del poder punitivo, fijada de una vez para siempre.

60. **Avanzar más allá del derecho penal liberal.** La comparación del *derecho penal humano* con el liberal y la crítica a este último, nos permite perfilarlo más, pero esto en modo alguno implica una ruptura o negación del liberalismo penal.

Hemos dicho más arriba que -nos guste o no- pensamos impulsados por los aportes de los iluministas y liberales de hace dos siglos: sería un error gravísimo creer que en este mundo podemos inventar algo de la nada e ilusionar cortes bruscamente interruptivos de las ideas y del pensamiento. Por el contrario: no es posible marchar más que con continuidad, crítica y superación.

Si bien el derecho penal liberal fue pensado en favor de una clase en ascenso frente a otra hegemónica, es innegable que esa empresa sacó a la luz también el perfil de la *persona*, aunque la limitación de su objetivo le generase contradicciones y le impidiese llevar más adelante su labor esclarecedora.

Es indiscutible que el derecho penal liberal respondió a un impulso liberador, aunque no falten quienes en lugar de retomarlo, prefieren negarlo, aferrándose justamente a sus limitaciones para pretender mantenerse en sus límites, pero subestimando y minimizando esa pulsión. El *derecho penal humano*, por el con-

trario, debe realimentar y reforzar ese impulso liberador, para desenredarlo de sus contradicciones. No se trata de una ruptura con el iluminismo y el liberalismo penales, sino precisamente, de la superación de sus limitaciones.

61. **Desenmascarar antropológicamente.** Al contrario del derecho penal liberal de la burguesía europea, el *derecho penal humano* debe *desenemizar*, arrancar las máscaras de *enemigo* elaboradas por el odio y, en su lugar, repartir máscaras de *persona*, construidas de solidaridad, como único modo de crear *empatía*, o sea, de permitir que cada quien pueda *colocarse en la perspectiva del otro*.

Esto implica un giro en la base antropológica del derecho penal, sin que deban pasarse por alto las variables culturales que admite el concepto jushumanista de *persona*, que lejos de debilitarlo, lo enriquecen y dinamizan.

62. **Lo real y los modelos ideales.** Como el *derecho penal humano* estará en permanente contrapulsión con el *derecho penal inhumano* (pulsionador de la expansión ilimitada del poder punitivo), no puede concebirse en forma estática, sino en permanente dinámica confrontativa, aunque sin pretensiones de partir ni de llegar a una sociedad *ideal* y mucho menos alucinarla. Imaginar un posible modelo de *estado de llegada* puede ser una tarea interesante para otros fines, pero innecesaria y hasta perturbadora para la elaboración del *derecho penal humano*.

De allí que éste deba diferenciarse del *deductivismo* del derecho penal liberal y, consecuentemente, de su *idealismo*, para asentarse en una teoría del conocimiento realista, conforme a la demanda de incorporación de datos sociales.

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

Por el contrario, el marco de poder mundial y regional muestra tendencias genocidas y masacradoras que indican su *irracionalidad*, razón por la que el *derecho penal humano* -que en él debe operar- está forzado a ser siempre *contrapulsionador* de fuerzas irracionales, debiendo valorar *racionalmente* en cada caso el grado de irracionalidad selectiva del poder punitivo que le incumbe filtrar, para evitar el paso de sus manifestaciones más irracionales, pero sin

pretender demarcaciones estáticas e invariables, puesto que su actividad confrontativa es por esencia incompatible con señalizaciones de esa naturaleza.

En este sentido, la empresa del *derecho penal humano* es un *unfinished*, que lo priva de una falsa certeza imaginaria, para dotarlo de la seguridad de un camino confrontativo.

**63. La coherencia política cierra la coherencia total.** La elaboración del *derecho penal humano* debe ser una tarea siempre en parte pendiente pero inevitable, porque el marco de poder mundial determinará su constante impulsión, mejor temprano que tarde. Será *racional en su contención de lo irracional*, para lo cual no podrá abandonar el método dogmático, configurándose como sistema de interpretación.

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

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

La *coherencia fáctica* es la que, con datos de la realidad social, muestra el cuadro de situación y la posible eficacia del medio impulsor del estándar de realización de la premisa básica.

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

No se trata de contener arbitraria y antojadizamente cualquier poder punitivo, porque -ya se ha dicho-, el *derecho penal inhumano* también contiene, pero sólo el poder punitivo susceptible de alcanzar a los más cercanos al poder social. La *coherencia política* debe hacer del derecho penal un programa de contención *contraselectiva*, que filtre el poder punitivo de los más vulnerables, por ser los más lejanos del poder.

Es elemental que el *derecho penal humano* privilegie la contención del poder punitivo que afecte *directamente* la vida humana (masacres y genocidios), pero con eso no basta, porque la vida y la persona se afectan también y con mayor amplitud, con la *lesión al derecho al desarrollo humano, producto de la posición colonizada de nuestra región*.

Si bien la superación del subdesarrollo, de la estratificación social o de los altos coeficientes de Gini no son objetivos que estén al alcance del poder jurídico de contención que proyecta el derecho penal -siendo claramente tareas propias de la política general-, le incumbe a un *derecho penal humano* contener al poder punitivo que pretenda cerrar los espacios de protesta, desbaratar los esfuerzos solidarios o perseguir a quienes los impulsan.

Dado el número enorme de víctimas del subdesarrollo, que en la región asume la forma de un *genocidio por goteo*, la preservación de los espacios de dinámica social frente a toda tentativa de obstaculización por parte del poder punitivo es también una clara tutela de la vida humana y del avance del reparto de máscaras de *persona* entre los habitantes de las sociedades que ocupan nuestra posición en el marco del poder mundial.

Muchas gracias.



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

**[www.dpp.cl](http://www.dpp.cl)**