

LA PENA PIADOSA*

Carlos Alberto Parma
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Católica de Cuyo

*“El Vattimo que se apega a Nietzsche y Heidegger es el Vattimo que decrece,
el Vattimo que se acerca a Vattimo es el Vattimo que crece”.*

1. INTROITO NECESARIO

En tiempos que Europa ha decidido aferrarse a la “caverna” y así someterse a las seguridades y oscuridades propias del averno, Gianni Vattimo asume el rol del filósofo platónico e irrumpe hacia la luz.

Diría el Maestro que es la humanidad misma la que al entrar en la era de la interpretación invita a través del pensamiento débil a superar la metafísica en el sentido que la innovación prevalezca sobre los condicionamientos.

Los “emperadores de los sentidos” –léase los medios de comunicación– han advertido en estos tiempos que el crimen vende, que es un gran negocio de sustentación para su propio “sistema”. El crimen antes iba atado al carro de la reacción judicial ahora lo que importa es que la cuestión la diriman los medios.

La ecuación es simple: dado el crimen debe darse como consecuencia un mensaje “fuerte”, de represión, que sea capaz de generar un espacio significativo de construcción y representación del delincuente como “diferente”, afianzar sobre él el concepto del “otro”. El enemigo en términos de Hobbes, Lombroso o Jakobs.

Y como el hombre es el único animal sobre la tierra que es capaz de desconocer a su propia especie como par, ese enemigo será “no persona” y caerá sobre él el llamado Derecho Penal de enemigo, es decir un máximo de violencia y ausencia de garantías.

En las antípodas de este mensaje aparece Vattimo, pues al pregonar el “pensamiento débil” aspira a una *reducción progresiva* de la violencia en base a una remisión de la metafísica, no a su *eliminación*. Es una superación de ideas a través de la cual cada actividad intelectual no es ya la titular de la verdad, sino más bien propietaria de una *conversación* en la cual todo argumento debe encontrar consenso sin recurrir a autoridad alguna.

* En homenaje al Dr. Gianni Vattimo.

Vista así las cosas, el uso de la fuerza o del terror, desde la óptica vattimiana, es no más que el intento metafísico de apropiarse del ser como presencia, pues el discurso ya lo tienen.

En el exordio de este trabajo intento transmitir que la cultura de la opresión de la cual el derecho penal ha hecho gala ya no se debería desenvolver solamente por la asunción de una herencia, sino mas exactamente por una autodescripción nueva, que culmina en una “autocreación existencial” la que seguramente en algún punto terminará reemplazando el concepto teórico del conocimiento transmitido.

Si partimos de un pensamiento piadoso, más no abandonamos el “método” humanista, es probable que arribemos a conclusiones más felices en el plano de las penas.

2. LA PENA Y SU CONCEPCIÓN EN EL DERECHO PENAL

La idea prístina de la pena privativa de la libertad se encuentra enraizada con la formación del Estado Liberal, especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora¹.

Si bien –para muchos- la piedra angular sobre la cual se apoyara la dogmática jurídico penal en la temática que nos ocupa fue el opúsculo que ensayara en 1764 Cesare Beccaria en su inmortal obra “Los delitos y las penas”², el gran debate sobre el fin y función de la pena sobrevino recién a fines del siglo XIX y aún no finaliza.

Es que la sempiterna discusión entre aquellos que veían al derecho penal como un instrumento al servicio del valor *justicia* frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor *utilidad*³, se trasladó a resolver una primordial cuestión: cuál era la naturaleza de la pena. Surgió así una serie de “principios o axiomas legitimantes” que fundamentan la

¹ “Su *humanitarismo* radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su *utilitarismo* en provecho para el Estado y para regular en el mercado la mano de trabajo ociosa y marginal. Su *resocialización* consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica (Melossi y Pavarini). Cfr.: “Lecciones de Derecho Penal. Volumen I”; Bustos Ramírez - Hormazábal Malarée; pág. 176: Editorial Trotta, año 1997.

² En “*Dei delitti e delle pene*”, Beccaria indicaba que el fin de las penas no es atormentar ni afligir, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Las penas deben ser proporcionadas a los delitos. La pena de muerte no es útil ni necesaria. Así concluía su inmortal obra: “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”

³ Bacigalupo, Enrique; “Manual de Derecho Penal”; pág. 11, Editorial Temis, bogotá; año 1998.

imposición de esta “amarga necesidad”⁴ que venimos a llamar *pena*.

Bacigalupo describe con su habitual profundidad y minuciosidad el tema. Nos dice que las respuestas a la naturaleza de la pena llevan ya más de dos mil años sugiriendo sus puntos de vista. “Estas respuestas han sido formuladas como teorías de la pena. Sin embargo, cabe señalar que las “teorías” de la pena sólo son tales, en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por lo tanto las “teorías” de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el “ser” de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo que condiciones es legítima la aplicación de una pena?”⁵ Las denominadas teorías absolutas propugnaban que “un mal se pague con otro mal”, dicho de otra manera sería “la moneda con que la sociedad le paga al delincuente el mal cometido”. En la primera idea se enrolaban Kant (fundamento ético) y Hegel (fundamento jurídico)⁶. La segunda expresión que hemos utilizado era de Carrara (siglo XIX), quien además se arriesgaba a decir que la “reparación” que la pena llevaba traía tras de sí tres resultantes, a saber: corrección al culpable, estimular a los buenos y desalentar a los mal inclinados. Esto era todo un avance para la época. Lo medular entonces estaba dado en que la pena tendría carácter retributivo⁷, lo que implica un pago por el mal uso de la libertad o bien por violentar la norma, precisamente en un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien y el mal. Por todo esto la pena a aplicar debe ser *justa*, es decir proporcionada al mal causado⁸. Así la pena retributiva –se dijo- mira el pasado.

Lo verdadero es que la etapa retribucionista no aportó bases sólidas, útiles y humanas al flagelo de la pena, de allí que el propio Vattimo sentencie con claridad: “Lo máximo a lo que el sistema penal ha llegado, después de Beccaria, es a la idea de que el crimen debe ser reeducado”.

⁴ El proyecto alternativo del Código Penal alemán rezaba así: “... una amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como son los hombres...” (Cfr.: “Lecciones de Derecho Penal”; Berdugo Gómez de la Torre y otros; pág. 26; Ed. Praxis, Barcelona, año 1999).

⁵ Bacigalupo, Enrique; “Manual de Derecho Penal”, Temis, Bogotá, 1998, ps. 12.

⁶ “Si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de Hegel, la irracional secuencia de dos males”. Cfr.: “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal Funcional”; Jakobs, Günther; pág. 17; Editorial Civitas, año 1996. También puede verse al respecto: “El pensamiento de Günther Jakobs”, Parma, Carlos; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.

⁷ Dable es recordar que Santo Tomás le daba a la pena carácter “medicinal” y no retributivo. Así decía el Aquinate: “Las penas de la vida presente más bien son medicinales que retributivas, porque las retributivas están reservadas al juicio divino, que se hará, según la verdad ...”(Cfr.: “El fin de la pena en Santo Tomás”; Siro de Martini, con intervención de Carlos Parma; en El Derecho, nro. II, Suplemento de filosofía del Derecho; 30/10/01; Argentina).

⁸ Se suele citar académicamente el ejemplo que dado por Kant cuando enseñaba que “aún en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción”.

Así en las antípodas de la retribución se encuentran las que han venido a llamarse “las teorías relativas de la pena”. Estas intentan contestar la siguiente pregunta: ¿para qué sirve la pena...hay alguna función... cuál es su utilidad?. Aunque hay una pregunta aun más angustiante que no ha tenido respuesta: **¿vale la pena la pena?**⁹. En esta cosmovisión, el derecho penal se justificará por razones de política criminal y no por un criterio utilitarista de costos y resultados. Lo nuclear entonces pasa a ser “*la prevención*”¹⁰. A fuerza de ser sincero se trata de una nobleza extrema el “buscar” un sentido a la paradoja (en términos de Zaffaroni) que es la pena. Más la gravedad de esta idea tal vez esté en la no comprobación científica de sus postulados. Dicho de manera mas cruel: la pena nunca resucitó a nadie, ni restableció ningún himen ni hizo caminar a ningún paralítico. Lo que pone de manifiesto su inocuidad reparadora. Pero quienes creen en la prevención formulan conjeturas, hipótesis e ideas. Unos aceptan la “prevención general”, donde la pena se dirige parte de sociedad (en forma negativa) para que “se abstengan a delinquir” los posibles futuros delincuentes o bien a toda la sociedad (en forma positiva) para que la gente vea que la “ley se cumple”, es decir la norma no se ha resquebrajado. En tanto la prevención especial apunta al delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que no vuelva a reincidir en el camino del crimen o bien neutralizándolo en tal sentido¹¹. Las denominadas “teorías de la unión”¹² se han sumado al debate. En síntesis articulan prevención y represión. Baumann llama a estas teorías *conciliadoras* y afirma que ellas pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines¹³. Ya se mencionó que los exponentes máximos intelectuales de la retribución fueron Kant y Hegel. Hegel decía sobre la pena: “el que la sufre, tiene el deber y no sólo es un mal sino un bien para el derecho de someterse a ella y auto gratificarse así éticamente”. Kant lo señalaba: “la pena *debe ser* aun cuando el estado y la sociedad ya no existen. Si robas a otro te robas a ti mismo”. En ambas

⁹ Puede verse: www.carlosparma.com.ar. “Reexaminando el derecho penal”. También: Parma, Carlos en “El pensamiento penal posmoderno”; Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo; nro. 30, año 1998, San Juan; pág. 107/111 y en “Derecho Penal Posmoderno”, Perú, Editorial ARA, 2005.

¹⁰ Roxin objeta esta tesis diciendo que “la idea de un derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social... pero no da una justificación a las medidas estatales...”.

¹¹ Puede verse un interesante cuadro de Pérez Manzano en “Culpabilidad -lineamientos para su estudio-“; Parma, Carlos; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997, ps. 137.

¹² Roxin también ha dicho: “una teoría unificadora dialéctica, pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas... el delincuente es una persona débil y urgentemente necesitada de tratamiento terapéutico - social, pero por otra parte debe ser concebido de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable...”(Cfr.: “Problemas básicos del derecho penal”; Roxin, Claus; pág. 34, Editorial Reus; Madrid, año 1976.

¹³ “Determinación de la pena”; Romero, Raúl; en Revista de “ciencias penales contemporáneas”; nro. 1, año 2001, pág. 161, Ediciones Jurídicas Cuyo.

posiciones –como se anticipó- se trata de un mal para otro mal. La tesis retribucionista y peligrosista es un pasado nefando que siempre intenta volver¹⁴.

Introduciéndonos en la actualidad Hirsch nos cuenta que la idea de prevención general positiva está adquiriendo un papel preponderante en la ciencia alemana del derecho penal, siendo el denominador común “los efectos positivos “que la pena genera en la sociedad. Una primera corriente se apoya en la idea que el derecho penal puede influir en la actitud de las personas en tanto la otra entiende que no son las personas las que están en el centro de la cuestión, sino que se trata del sometimiento del sistema normativo. Adenades – que está en la primera tesis- acentúa la influencia educadora de derecho penal, especialmente en lo que hace al control social y el clima moral general. También se piensa que la finalidad de la pena no es la influencia moral sino el fortalecimiento del sentimiento jurídico (véase Müller – Dietz). Aquí aparece Jakobs afirmando que el subsistema del derecho sirve a la estabilización de expectativas de conducta y que visto así la función del derecho penal es la ratificación de la validez de las normas (validez formal) independientemente de su contenido valorativo¹⁵.

Para el siglo XXI la dogmática jurídico penal evidenció la polémica entre Roxin y Jakobs. Para Jakobs el **fin de la pena** es la *prevención general positiva*: prevención general, porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos, positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena¹⁶, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena. La prevención general positiva tiende a asegurar la confianza en la norma¹⁷.

En esta novedosa posición jakobiana del Derecho Penal del Enemigo hay una desvalorización del ser humano a cambio de una exaltación de la normativización

Esta tesis ante todo confirma la confianza en la vigencia de las normas, luego se orienta al “ejercicio de la fidelidad” a la ley y, finalmente, con su imposición se aprende a soportar sus costos o consecuencias.

Roxin en cambio elaboró en su tiempo lo que llamó la teoría dialéctica de la pena. Así la pena tendría una triple función: cuando la ley AMENAZA con

¹⁴ Al respecto se observan las ideas de Tolerancia Cero, el Derecho Penal del Enemigo, etc.

¹⁵ Hirsch, Andrew von; “Prevención general positiva y reprobación”, Conferencia dictada en el Seminario de Derecho Penal en el Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, año 2005, traducción Enrique Bacigalupo.

¹⁶ Aquí se marca una diferencia con la teoría de Hart sobre “la situación del asaltante”, donde este autor equiparaba tal actitud con la permanente amenaza de pena que la norma tiene para con quienes deben cumplir una obligación jurídica, ya que se hallan en similar situación de coacción (Ver: “ Lenguaje jurídico y realidad”; Olivecrona , Karl; pág. 14; Editorial Fontamara, México, año 1992.

¹⁷ Cfr.: “Temas de derecho procesal y penal”; Parma y Vigazzola; pág. 18; Ed. Jurisprudencia de Mendoza; año 1999.

penas cumple una función de prevención general; cuando APLICA penas tiene una función retributiva (nunca más allá de la culpabilidad) y cuando EJECUTA penas se trata de una cuestión de prevención especial (resocializa). Según Jakobs tal combinación es de imposible realización.

Este criterio roxiniano tiene amparo jurisprudencial en varios países de Latinoamérica. A modo de ejemplo vemos el pronunciamiento de la Corte

Constitucional de Colombia: “La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones, un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”¹⁸

Es dable aludir al aporte dado por Mir Puig que propone un sistema claramente alternativo en su conjunto al retributivo, sobre bases (modelo de Estado social y democrático de derecho y la pena con una misión política de regulación activa de la vida social) que resultan ineludibles¹⁹.

Es notorio que las ideas de la prevención han fracasado en la práctica. Pero esto no debe llevar a que se mire como una renovación de la retribución –como pretende Pawlik-. Ya la gran reflexión la hacía Bacigalupo en su conferencia en el XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal del año 2005 en Guayaquil, Ecuador, cuando afirmaba que nadie está dispuesto a pagar lo que cuesta verdaderamente la ejecución de la pena como tratamiento y en ese sentido no se le puede endilgar a la dogmática jurídico penal el fracaso que la misma política de Estado no ha cumplido.

Yerra Michael Pawlik cuando siguiendo a Hegel entiende que la pena “honra” al delincuente como ciudadano. La pena no honra a nada ni a nadie. Es absurdo pensar que alguien violentado, humillado, maltratado, hacinado, hambriento y encerrado pueda sentirse “honrado”. Esa afirmación es no conocer la realidad²⁰.

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

Si el ciudadano es lo “perfecto” su opuesto sería el “enemigo” o sea lo

¹⁸ M.P. Carlos Gaviria Díaz: sentencia C-239 de fecha 12 de Septiembre de 1996.

¹⁹ Bustos Ramírez, Juan; “Introducción al derecho penal”, segunda edición, pág. 87; Editorial Temis, Bogotá, año 1994.

²⁰ Distinto sería que quien cometió la infracción o el delito pida imposición de encierro porque se siente “expiado”, “redimido” o bien “honrado”. Pero esto sería su personal creencia sobre la que podría tallar la psicología o la teología, pero no la dogmática jurídico penal.

imperfecto, que volvería a ser perfecto gracias a la pena. Esto es un absurdo.

En la práctica este planteo ni siquiera es considerado.

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

Zaffaroni, que por cierto tiene los pies sobre la tierra, enseña que “si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la que tiene lugar cuando somete a una persona a una *institución total*, en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de su actividad cotidiana (pernoctación, alimentación, trabajo, estudio, recreación, etc.). Esta forma punitiva de institución total es la prisión, caracterizada también como *institución de secuestro* (Foucault)”. En aguda crítica reafirma el Maestro: “... ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados... se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico...”²¹.

La teoría agnóstica de la pena que sostiene Zaffaroni tiene alto contenido realista, pues allí la pena no tiene ni cumple ningún “fin” y es deber de cada uno de nosotros que operamos en el derecho “reducir el poder punitivo”. Quisiera simplemente agregar que más allá de nuestras leales aspiraciones, para lo único que sirve la pena como hecho concreto y comprobable es para que el sistema del derecho penal subsista.

A mi juicio entonces hay una suerte de **SISTEMA AUTOPOIETICO** donde interactúan normas, sujetos, poderes, instituciones, etc. La pena así la impondría esta especie de “sistema” para “subsistir”, no para mantener. Insisto: se trata de una cuestión de subsistencia.

Básicamente la idea es que las normas, instituciones, resoluciones, etc. se involucran las unas a las otras, a veces se enfrentan, pero siempre “conviven”. Suelen hasta mutar para que la convivencia se haga posible. Claro está que hay detrás de la escena la mano del poder político económico. Oportunamente esto de alguna manera tuvo su explicación político-filosófica en la idea de Foucault. El pensador Francés sostenía que todo se ve dominado por la economía -digno triángulo ejemplificativo que formaba Foucault-y desde allí se arriesgaba a sentenciar que las reglas del derecho delimitan formalmente el poder y “transmiten la verdad” para armar ese equilibrio entre “poder-derecho-verdad”. Se funcionalizan las relaciones de dominación con técnicas de sometimiento polimorfos.

²¹ Zaffaroni, Raúl Eugenio; “Derecho penal; parte general”; Buenos Aires, Editorial Ediar, año 2000, ps. 891.

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

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

La teoría de los sistemas vivos o *autopoieticos*, a partir de la constatación de que estos sistemas tienen un patrón de red y las redes, por naturaleza, no tienen centro ni control, ha tornado conflictivo todo pues es la “potestad de dirigir procesos” la que está en crisis o controvertida. Las modernas teorías de las organizaciones, de mando y autoridad, apuntan hacia los liderazgos dinamizadores, democráticos y horizontales que operan a partir del ejemplo, del estímulo o de la facilitación. Aún así, el concepto tradicional y paternalista de poder está muy arraigado. En la ciencia del derecho, especialmente en la dogmática jurídico penal, el apego a las ideas “alemanas” es paradigmático. Nadie se atreve a dudar, nadie levanta una voz de crítica. Así aquella proclama del adiós a Kant y Hegel sólo fue una aspiración remota de parte de la misma doctrina alemana. Hay que decirlo así para terminar así con irresponsables teorías: *Ni Kant ni Hegel deben ser abolidos pero tampoco se deben erigir como la panacea del pensamiento del derecho penal.*

El viejo paradigma condiciona y como bien siempre ha dicho Vattimo se debe buscar depurar la justicia penal de residuos metafísicos.

Lo cierto es que *todos los sistemas vivos* se auto organizan y evolucionan conforme a su propia lógica organizacional y a su interacción con el entorno, es decir a partir de la concreta interacción de cada uno de sus subsistemas y de éstos con el entorno. De suyo éste es un dato que nos aporta la física, la química, la biología y –porqué no– las ciencias sociales. En el caso que nos ocupa: el poder judicial, las universidades, el poder ejecutivo, etc., tienen su propio poder organizacional. Vista así las cosas éste “sistema” no funciona para justificación o mantenimiento sino para subsistencia, por ello es probable que lo que ocurra simplemente lo sea para darle una razón a la sin razón.

Luhmann imprime una fuerza heurística a la teoría de los sistemas.

Parte de la *complejidad* del derecho moderno en la vida en comunidad. El dominio del derecho es ficticio, éste es tan amplio que resulta de imposible comprensión y conocimiento, desequilibrando la vida en comunidad. Por lo expuesto, será necesario “dominar” esa complejidad.

El dilema - según Luhmann- se resuelve “*reduciendo la complejidad*”²². Este planteo “idealiter” da a entender que el universo del conocimiento humano exige una “restricción” para poder ser eficiente. De esta manera será más práctica la vida en comunidad. El derecho se define por la función que cumple: la generalización y estabilización de expectativas de conducta... es un sistema autorreferente y autopoietico²³.

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

Esta virulenta crítica ut supra formulada, que indica el fracaso histórico de las penas de prisión, se ha visto abonada por la opinión del interaccionismo simbólico²⁴. Sin embargo es oportuno puntualizar que también se ha cuestionado el hecho que estas instituciones de encierro no sólo perjudican a los reclusos, sino alcanzan a sus familias. Pueden sumarse a estas objeciones que hay una falta de interés social por la problemática de las prisiones²⁵, como también que en los delitos no graves es poco el interés de la víctima por el encierro y más la ambición pecuniaria. Este universo de cuestionamientos hizo dar un vuelco importante dentro de la política criminal y -de suyo- en el derecho penal en su conjunto, por lo que se intensificó la *búsqueda de sustitutos penales* que sean una alternativa viable y justa a la pena de prisión.

Insisto el alto grado de promiscuidad y hacinamiento de todo el sistema carcelario, no es un argumento baladí a la hora de definir si es posible la rehabilitación del interno. ¿Con qué sustento se puede reeducar en lugares donde no se respeta la dignidad humana? La superpoblación de los lugares de encierro y el aumento estrepitoso de los índices de delictividad nos muestran un panorama por demás agorero en la materia, específicamente porque la palabra *prevención* parece ser la eterna ausente a la hora de tomar decisiones ejecutivas en el plano político.

Deberíamos emerger desde la utopía de Elías Neuman: “La cuestión consiste en remplazar los muros, cerrojos y toda clase de aseguramiento drástico, por la propia conciencia... hacer presos de su conciencia”²⁶.

O bien desde la excelsa concepción que nos invita a comprender que el

²² Resulta cuestionable que así sea. También la teoría analítica se tropezada con ese inconveniente, y elaboraba para salir del paso el “concepto de racionalidad” orientado hacia la restricción del conocimiento.

²³ “Más allá de la teoría de G. Jakobs”; Heggin, María Florencia; pág. 133/134; Cuadernos de doctrina y jurisprudencia Ad hoc nro. 7; año 1997.

²⁴ Puede verse: “Internados. Ensayo sobre la situación de los enfermos mentales”; Goffman, Erving; Editorial Amorrortu, año 1994. También un clásico en la materia: “La sociedad carcelaria”; Neuman - Irurzun; 4ta. reimpresión; Buenos Aires, Editorial Depalma; año 1984.

²⁵ En este sentido se escucha como argumento el hecho que en Argentina “no hay para comprar insumos hospitalarios o dar asistencia para la nutrición de un niño” por lo que las prisiones pasarían a un segundo o tercer lugar dentro de las necesidades básicas del país.

²⁶ Valioso criminólogo Argentino que en su tesis doctoral de la década de los años sesenta propugnaba una cárcel sin guardias y sin muros, denominada “Prisión Abierta”.

sistema penal requiere a través de la pietas “la atención devota que merece todo monumento humano”²⁷.

3. LA EMERGENCIA USADA FUERTEMENTE.

Afirmar que quienes han dirigido los destinos de la humanidad en los últimos siglos han vivido a contramano, es tan sólo una verdad de Perogrullo. Dicho sea esto en el sentido que la política de turno cotidianamente ha reforzado la idea de inseguridad para solventar la tesis de la “emergencia” como escape al desequilibrio social que la inseguridad provoca.

La emergencia ha sido y es usada normativamente como sinónimo de represión, de privación de las garantías o vulneración de derechos. También para abastecer al aparato represivo y así aumentar la violencia.

Emergencia indica emerger, lo que en lenguaje coloquial sería “salir a la superficie”, por lo que en conceptos de Carl Friedrich sólo puede ser excepcional y darse por cuestiones que pongan en peligro la continuidad del sistema. Así se daría en situaciones de excepción, singulares, originales y previsibles (García Pelayo).

En común advertir la ecuación que empuja al estado de inseguridad a comprar armas para el aparato represivo, a crear cárceles, etc. Es como si en una epidemia en vez de crear hospitales nos dedicamos a construir sólo cementerios.

La emergencia en “seguridad” ciudadana nunca fue usada para construir escuelas, formar pequeñas empresas para dar trabajo, generar viviendas, etc. Este sería el “pensamiento débil de la emergencia”: que reduce la violencia con hechos lentos pero concretos y comprobables.

La emergencia encontró y encuentra distintas explicaciones.

Veamos. Después de Lázaro el arte de “resucitar” ha sido por demás complejo, salvo entre los académicos penalistas. Se ha reinstalado en Occidente, especialmente en Europa, el concepto del “otro” del diferente. Un apotegma que reza: *“nosotros somos lo que el otro no es. El “otro” es lo que nosotros decimos que es”*.

Quien llevó esta tesis a su máxima expresión fue el Médico César Lombroso. De éste autor mucho se sabe y se ha dicho²⁸, más lo peor es como su virulenta discriminación se hizo carne en la generaciones futuras ideas hoy recreadas por el Derecho Penal ante el problema de la inmigración en Europa²⁹.

²⁷ López Gil, Marta; “Vattimo” en “Diccionario de pensadores contemporáneos”, Barcelona, Ed. Emecé, 1996, ps. 362.

²⁸ Serrano Maíllo, Alfonso; “Introducción a la criminología”; Editorial Ara, Lima, 2004, ps. 112.

²⁹ En 1876 publicó “El hombre delincuente” (L’Uomo delinquente) que comenzaba con un minucioso y completo exámen de 66 cráneos de delincuentes italianos seguido por otro exámen referido a la antropometría y la fisonomía de 832 delincuentes italianos, determinando así diversas variables. En la cuarta edición de este libro, Lombroso recoge los

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

Se trata -según este filósofo italiano- de reducir el ser humano a la “nuda vida”, es decir, individuos despojados de su condición de ciudadano y reducidos a simple existencia³⁰. El estado de excepción crea una especie de “limbo legal” en el que se suspende todo estado de derecho. Los individuos desprovistos del derecho y en muchos casos de humanidad, pasan a estar en disponibilidad; con sus cuerpos todo o casi todo puede hacerse. Cuando la excepción es la regla, se celebra el triunfo del totalitarismo. No hay para Agamben retorno posible desde el estado de excepción en que vivimos al estado de derecho, por eso hay que denunciar la ficción de la articulación entre violencia y derecho, para abrir allí el campo de la política, superando la falsa alternativa entre poder constituyente y poder constituido, entre violencia que pone el derecho y violencia que lo conserva. Agamben remata pensando en la posibilidad de un mesianismo no apocalíptico, como alternativa diferente de la modernidad.

Paolo Virno piensa que “el estado de excepción es como la base invisible de la soberanía. En el límite, puede no ser nunca declarado, pero aun así, es la base de la soberanía. El estado de excepción es un ámbito de experiencia en el cual no es posible distinguir las reglas de aplicación del derecho y de las cuestiones de hecho. El estado de excepción es sólo el momento en que el soberano recuerda que por debajo de las leyes y la obediencia hay una situación en la que no es sólida ni evidente la distinción entre normas y hechos. Y esta situación preliminar es la situación sobre la cual se basa la soberanía que, según Schmitt, es el monopolio, no tanto de la fuerza sino de la decisión política. Y la decisión política en los casos extremos es la que cambia las reglas. La posibilidad de cambiar las reglas del poder normativo, es algo que pertenece en principio, a todos los individuos sociales. Todo se reduce a decir si ese monopolio debe seguir siéndolo o si puede ser disuelto, destruido como tal. Porque el estado de excepción, tal como lo describe Schmitt, sería pensado como la situación normal cotidiana hoy en el sentido en que la posibilidad de modificar las reglas ya no es un recurso del soberano, sino de la multitud que tenga en cuenta que las reglas no son sagradas y pueden ser sustituidas por otras. Por otra parte Schmitt había escrito en el 60 que estaba terminando la

tipos básicos del delincuente nato, loco moral, epiléptico, de ímpetu o pasión, loco y delincuente de ocasión. Claro está que el más conocido fue el “delincuente nato” que respondía a una fuerte carga biológica que lo hacía definir como “un ser atávico”, es decir un ser cuyo carácter y naturaleza era de los antepasados del hombre o la de los seres prehumanos, por lo que el delincuente nato era sin duda un sujeto diferente del ciudadano normal. Finalmente hay que destacar que debido a su atavismo, los delincuentes natos poseían rasgos físicos característicos que los hacía fácilmente reconocibles.

³⁰ Agamben, Giorgio; “Estado de Excepción”, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005.

época del Estado. Está en el ocaso – dice- veamos la luz del Estado como la luz de una estrella muerta. Y agregó, que desaparezca el más extraordinario de los monopolios: el de la decisión política. Señalar este fenómeno de ocaso del Estado no significa decir: fantástico, está el Foro de Porto alegre... no también está Al –Qaeda”³¹

De hecho entonces ya no estamos entonces ante la desnudez que proponía Rousseau a los pactantes antes de entrar en la sociedad. Ni mucho menos de la “nada” con que llegan los contratantes tras el “velo de la ignorancia” (no saben qué lugar ocuparán ni acerca de cómo les irá... a estos “adanes sin historia”) en la tesis de Rawls. Agamben se refiere a la “no existencia”. Como bien reflexiona Edmundo Boderó, para éstos excluidos el saber jurídico se encuentra desde hace tiempo divorciado con la realidad³².

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

Mauricio Lazzarato ha retomado la línea foucaultiana de biopolítica para exhibir como funcionan las sociedades vigiladas a las que redefine como “noopolítica”, donde el control pasa también a la ideología³⁶.

La advertencia sobre el exagerado poder que acapara el Poder Ejecutivo, la privatización de ése poder y la “informalidad política” eran temas que venía señalando Sassen. Esta Socióloga al afirmar que el Estado liberal y el contrato social está llegando a su fin, anuncia “la emergencia de algo nuevo” en la

³¹ Entrevista a Paolo Virno: “Revolución, no; salir del Estado, si”, Revista de Cultura “Ñ”, Diario Clarín, Buenos Aires, 2 de Diciembre de 2006, ps. 13.

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

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

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

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

³⁶ La noopolítica es el gobierno de los signos, el ejercicio del poder no ya a nivel del cuerpo ni de las almas sino de aquello que en la teoría marxista clásica se llamaría “ideología”

“Ciudad global”. De esta manera surgen nuevas expresiones políticas (aun de los excluidos) que logran conectarse con el Ejecutivo a través de “la informalidad política”³⁷.

Esto lo avizoraba Foucault al decir: “las prácticas sociales pueden engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento”³⁸.

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

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

Ya lo enseñaba Zaffaroni cuando sostenía que “*las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo*”³⁹.

Guillamondegui⁴⁰ –citándolo a Zaffaroni- hace un repaso de esta cuestión diciendo que “es considerado como el primer discurso de emergencia, con alto nivel de desarrollo teórico, el *Malleus maleficarum* o *Martillo de las brujas*, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre del mismo año”⁴¹.

Es útil señalar que la emergencia suele ser definida en el plano de la doctrina constitucionalista como “un accidente súbito que sobreviene en la vida de un individuo o de una sociedad, y que en este segundo caso puede llegar a poner en peligro la estabilidad o la vida misma del sistema institucional. La emergencia está emparentada con el estado de necesidad, el caso fortuito y la fuerza mayor. Como éstos, puede ser fuente de derechos y obligaciones, pero sólo si están previstos como tal en una norma jurídica; no pueden tener carácter supralegal o, lo que es peor aún, supraconstitucional”⁴².

³⁷ “La Ciudad Global” (Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1999) es la obra desde donde la socióloga holandesa Saskia Sassen pregona “urbanizar las ciencias sociales”. Actualmente indica que la Ciudad urbana se encuentra fragmentada, no topográficamente. Pero dentro de ese aislamiento hay “conectividad” pues los excluidos (por ejemplo “los piqueteros”) se saben parte de un imaginario global que pueden “conectarse” a través de la “informalidad política”.

³⁸ Foucault, Michel; “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa Editora, Barcelona, 1991, ps.

14.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio R., “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1998, ps. 618.

⁴⁰ Guillamondegui, Luis; “Los discursos de la emergencia y el derecho penal del enemigo”, en www.carlosparma.com.ar

⁴¹ Representando la *Cautio criminalis* (Prudencia criminal) del jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, de 1631, la primera respuesta orgánica al *Malleus*, tal como lo expresa el Profesor Zaffaroni en su *Lectio Doctoralis*, titulada “El derecho penal liberal y sus enemigos”, en la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Enero/2004.

⁴² Ekmekdjian, Miguel; “Manual de la Constitución Argentina”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 259.

Camaño ensaya esta síntesis: “El derecho penal de la emergencia también se caracteriza por la utilización de una determinada *técnica legislativa*⁴³ propia, algunos de cuyos caracteres son: a) Una tutela penal que se anticipa a la efectiva causación de una ofensa a un bien jurídico; b) Creación artificiosa de bienes jurídicos; c) Utilización de una técnica casuística, basada en fórmulas legales elásticas e indeterminadas; d) Penalización en función del autor y no del hecho cometido.

A su vez, las *consecuencias* de la utilización de dicha técnica redundan en: a) La producción del fenómeno llamado “inflación penal”, a través del cual se superponen diversas figuras delictivas, causando graves problemas de *accertamento* (en definitiva, de seguridad jurídica); b) Una absoluta pérdida de referencias en términos de dosimetría penal, debido a que se altera el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena conminada⁴⁴.

Zaffaroni resguarda su discurso de los peligros de las ideologías del poder totalitario. Nos advierte que en sociología, desde la posguerra, parece haber una clara división de la sociedad en dos campos: los sistémicos y los teóricos del conflicto (con cita de Jeffrey Alexander). Las teorías organicistas o sistémicas, y su lectura penal, son funcionales para la legitimación del poder punitivo, cosa que no ocurre con las teorías conflictivistas⁴⁵.

Nos cuenta el Maestro que “el poder punitivo se ha legitimado primero por el discurso del estado de pecado (teocrático) y luego por el estado de peligro (cientificista), no siendo menos sospechoso el actual *estado de irreductibilidad funcional al sistema* y que la normalización equivalga a la expiación teocrática y a la neutralización científicista⁴⁶.”

Desde el pensamiento de Vattimo se ha reflexionado que la verdad es cuestión de consenso, escuchas, participación de una empresa común, antes que correspondencia directa con la pura y dura objetividad de las cosas: esta objetividad sólo es pensable como resultado de un trabajo social que nos vincula a los otros humanos mucho más que a la “realidad” de los objetos⁴⁷.

El desarrollo del pensamiento “fuerte” para mitigar “el miedo” impuesto por la “inseguridad pública” siempre se apoyó en la violencia extrema. Redujo al ser humano a una “persona” (dándole entidad normativa) definiendo que éste sólo sería el “ciudadano” que cumplía roles. El resto sería no más que un animal peligroso al que se debería combatir. Claro está que el “poder” decidiría quien es o no persona.

⁴³ Al respecto, he tomado como base las consideraciones de S. Moccia y L. Ferrajoli (Camaño)

⁴⁴ Según la conocida fórmula de R. Jhering “la tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales”.

⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, ps.352.

⁴⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; “Manual de Der. Penal. P.Gral.”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 275.

⁴⁷ Vattimo, Gianni; “Nihilismo y emancipación”, Barcelona, Paidós, 2004, ps. 53.

Para que este plan sistemático se llevara a cabo nada mejor que la emergencia. Aquí el consenso lo darían los poderosos.

La emergencia del pensamiento fuerte sólo trazaría directrices **represivas** e ignoraría garantías constitucionales.

Si la idea se invierte, la emergencia del pensamiento débil pretendería involucrar a la **prevención**. Se aspiraría a solucionar el problema de fondo con más trabajo, escuelas, más salud, más viviendas, más respeto, etc. Darse cuenta que cuando la puerta de una fábrica se cierra se abre la puerta de una cárcel.

4. LA INTERPRETACIÓN... EL PENSAMIENTO DÉBIL ...

Vattimo ha dicho lacónicamente: “el derecho con frecuencia no hace justicia, porque no capta la verdad de los hechos a los que se aplica o porqué, en todo caso, es demasiado lento a la hora de corregir sus propios errores o porque se muestra atrasado respecto a nuevos problemas, a nuevos derechos y a nuevas situaciones que reclaman regulación jurídica”⁴⁸. Al asumir un rol activo la interpretación sólo puede aceptarse libre de la herencia metafísica. Aquí tal vez se encuentre la primer vuelta de tuerca hacia un paradigma distinto pues la interpretación lo es siempre humana y de esta manera –insisto- la *interpretación SIEMPRE pone en juego al intérprete*.

La magistratura por su parte es una comunidad delineada por profundas y marcadas diferencias ideológicas y culturales.

Es por esto que Vattimo propone partir desde el pensamiento débil para preparar una sensibilidad diferente respecto de la ley que apunte a una reducción de la violencia.

En varios aspectos el derecho moderno se ha distanciado del hombre. Lo científico, lo escrito y lo lógico es lo que prevalece. La verdad es la verdad del expediente. Yendo aun más lejos algunos piensan que el hombre ya no es ni persona para el derecho⁴⁹.

Otros gozando del beneficio que dan ciertas “imposturas intelectuales” apelan al cientificismo o saber metafísico, haciendo así depender el derecho y hasta la propia justicia de la ley positiva vigente⁵⁰. Ya advirtió Cossio este

⁴⁸ Vattimo, Gianni; “Hacer justicia del derecho”, en “Nihilismo y emancipación”, Barcelona, Paidós, 2004, ps. 167.

⁴⁹ Especialmente Jakobs, tomando de Hobbes, ha recurrido al Derecho Penal del Enemigo. Personalmente confieso me he declarado “enemigo” del derecho penal del enemigo. Ver: Conferencia publicada en las memorias del XVIII Congreso Latinoamericano en Bogotá, Colombia. Libro de exposiciones ps. 13/34.

⁵⁰ “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera, de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”. Rawls, John; “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, ps. 17.

peligro sugiriendo que sea “la conducta” humana en interferencia intersubjetiva el objeto de la ciencia del derecho y no la norma. Es que en esta extrema normativización Kelseniana se forjó un mundo con normas y sin hombres.

Como ocurre en “El proceso” de Kafka, en sus “angustiosos laberintos”, nuestros judiciales se vieron envueltos en un “metalenguaje indescriptible”, donde a veces se pasan la vida discutiendo cuestiones formales, incidentes, nulidades, caducidades, etc.. Aunque objetables, más grave resultan aquellas imputaciones que sostienen “que los jueces prefieren encontrarse con expedientes y con libros de derecho, más que con personas, a quienes, por lo general tratan de eludir”⁵¹, de allí la trascendencia que tiene la *inmediación con las partes*⁵².

La “igualdad” se ha tornado en algunos ámbitos una ilusión, de allí la irresistiblemente cómica y satírica frase orwelliana: “todos somos iguales, pero unos más que otros”⁵³

Estos “males”, que afectan la administración de Justicia, se han visto a su vez fortalecidos con la “irracionalidad de la lentitud judicial que tiene dos caras: por un lado, oprime a los súbditos de la justicia violentando derechos humanos; por otro, la justicia se niega a sí misma declarando su ineficiencia, su inutilidad substancial”⁵⁴.

Si uno percibe las notorias diferencias que hay entre quienes pueden llegar a “reclamar justicia” por ante los Tribunales, no dejará de reconocer que un ambiente de “desigualdad” se instaló en el funcionamiento institucional⁵⁵.

Los cultores de la novedosa “teoría crítica”⁵⁶ de profusa difusión en nuestras cátedras de filosofía del derecho se esfuerzan por indicar que “los súbditos del derecho no perciben con exactitud el estatuto jurídico”. Hay en ellos una “no comprensión, que no está implicada en la llamada ignorancia de la ley”, esto conduce a una “manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, estrategia de reproducción del poder” que gesta lo que

⁵¹ “La capacitación de los jueces”; Fucito; en La Ley; 2/2/95.

⁵² Bava Bussalino, Pablo, “Jueces de antes y de ahora”; en El derecho, 26/8/02, pág. 3.

⁵³ Bobbio, Norberto; “Igualdad y libertad”; Editorial Paidós, Buenos Aires, 1993, ps. 54.

⁵⁴ Herrendorf, Daniel; “El poder de los jueces”; Editorial Abeledo - Perrot; Buenos Aires, 1994, ps. 25.

⁵⁵ Rawls para solucionar la “desigualdad” y la “injusticia” imaginaba un grupo de hombres y mujeres que si se los hace olvidar de sus gustos, talentos y ambiciones, darán su asentimiento a un “contrato” en base a dos principios de justicia: mayor libertad posible y que las desigualdades no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la comunidad que peor están (“Los derechos en serio”; Dworkin, Ronald; pág. 234, Editorial Ariel, año 1989.

⁵⁶ “Critical legal studies” es un importante movimiento de pensamiento surgido en la década de 1960 en la Universidad de Yale, EEUU. Estos “jóvenes” veían que al utilizar el razonamiento jurídico para justificar las reglas de la sociedad actual crean la apariencia de que sus consecuencias opresivas son inevitables, lógicas o inherentemente justas. Entre sus cultores se destaca Duncan Kennedy y entre nosotros Courtis y Cárcova,

estos autores llaman “*la opacidad del derecho*”⁵⁷. Piensan que este derecho así dado, como “saber social diferenciado reservado a abogados, jueces, legisladores” y operadores del sistema, coloca en un estado enorme de desigualdad a quienes no son “técnicos” en la materia, por ello concluyen que el *derecho es más que las palabras de la ley*, y en este sentido organiza una serie de mitos, ficciones, rituales y ceremonias⁵⁸.

En esta sociedad “compleja”, si se quiere “autorreferencial”, coexisten intereses multiculturales de difícil solución. Hay sistemas sociales de “disposiciones durables y transferibles, *estructuras estructuradas* predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir como principios generadores y organizadores de *prácticas*”. A esto se lo denomina “*habitus*”, que en la tesis de Bourdieu es “la historia hecha cuerpo” que articula lo individual y lo social⁵⁹. De esta forma ciertas personas o “comunidades” sólo responden y entienden su “habitus”

El Estado no sólo se arrogó el poder de la verdad sino también a través de sus leyes y decretos, fue el creador del bien jurídico protegido, perdiendo valor el sufrimiento de la víctima, precisamente porque el delito no la afecta directamente a ella, sino que agravia al concepto normativo que llamaremos: “bien jurídico protegido”. Casi podría decirse que se trata de un *standart jurídico*⁶⁰, el cual es cuestionado por Jakobs diciendo que “el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el derecho es la estructura de la relación entre personas... por eso *una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona*”⁶¹. Esta idea dice que el delito resquebraja la confianza en la norma... entonces la pena ¿qué hace?: ¿restituye la confianza en la norma!⁶². Aquí lo grave es que la norma responde a un pensamiento fuerte, cerrado y represivo y esto en absoluto abre el camino al entendimiento ni a un mundo con menos violencia. Es imposible volver las cosas a su estado natural. Pero esto no debe hacernos perder de vista la búsqueda de la “reparación” del daño producido a la víctima para la solución del conflicto⁶³... al menos esto siempre fue un avance.

⁵⁷ “La opacidad del derecho”; Cárcova, Carlos; pág. 182 y 183; Editorial Trotta, año 1998.

⁵⁸ “Desde otra mirada”; Courtis Christian; pág. 13; Editorial Eudeba, año 2001.

⁵⁹ “Pierre Bourdieu, las prácticas sociales”; Gutiérrez, Alicia; pág. 64/65; Editorial Universidad Nacional de Córdoba y de Misiones; año 1997.

⁶⁰ Puede recordarse lo sugerente del título del libro ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? de Günther Jakobs (Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2000).

⁶¹ “El pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del siglo XXI”; Parma, Carlos; pág. 145/146; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.

⁶² “Culpabilidad. Lineamientos para su estudio”; Parma, Carlos; pág. 178 y siguientes; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1997.

⁶³ Daniel Cesano enseña que la función de la reparación incide sobre: a) la pena a imponer (atenuante) y b) como requisito de institutos con efecto extintivo o cancelatorio de la potestad represiva estatal (por ej. avenimiento)... las leyes 24.316 y 25.087 incrementan el rol de la reparación en la solución del conflicto (Cfr.: “Reparación y resolución del conflicto: su tratamiento en el Código Penal Argentino”; pág. 530; en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, Editorial Lerner, año 2001).

Al agotarse la centuria el hombre de derecho puede mostrarse ufano por haber enriquecido el horizonte de las garantías⁶⁴ y así, gozoso y bizarro elevar su espíritu ante la altiva conciencia del *respeto por los derechos humanos* como un nuevo paradigma del Derecho. Sólo una interpretación donde la existencia del hombre tenga “sentido” nos salvará del renovado brote epidémico racista.

5. LA PENA PIADOSA

Siendo el derecho penal una expresión del poder del Estado, donde la pena se muestra –en términos kelsenianos- como una sanción, es decir como un “acto coactivo”, surge un gran desafío, cual es: ¿es posible que el “pensamiento débil” ingrese en esta estructura pétrea? Al buscar el pensamiento débil una reducción progresiva de la violencia se pretende una estructura vista como “conflictividad no-violenta” en el que las respuestas a los conflictos no aspiran a una solución total o a una superación dialéctica, sino a una “Verwindung” (remisión). La técnica de fines del siglo XX es una técnica de comunicación, cuyo modelo no es el motor entendido como estructura central y estable sino la red, es decir algo descentralizado, móvil y efímero, en la que la realidad no es ya más una autoridad sobre el hombre, sino en la que hombre y ser están en una relación oscilante (“schwingend”). Lo cierto es que hemos entrado en un escenario, el de la postmodernidad, donde la comunicación y los medios adquieren un carácter central, aunque esa abundancia de emisores continuos no aporta una visión unitaria, ni siquiera una visión contextualizada e independiente. Asistimos a una especie de ‘babel informativa’ que, más que aturdir y violentar, abre caminos a la libertad, a la pluralidad, y se escapa de las visiones unitarias de la racional-modernidad.

Es el paso del pensamiento fuerte, metafísico, de las cosmovisiones filosóficas bien perfiladas, de las creencias verdaderas, al ‘pensamiento débil’, a una modalidad de ‘nihilismo débil’, a un ‘pasar’ despreocupado y, por consiguiente, alejado de la acritud existencial. Sabemos que para Vattimo, las ideas de la postmodernidad y del pensamiento débil están estrechamente relacionada con el desarrollo del escenario multimedia, con la toma de posición mediática en el nuevo esquema de valores y relaciones. En su libro *La sociedad transparente* (Paidós, Barcelona, 1990; en portugués, *A sociedade transparente*, Edições 70, Lisboa, 1991) advierte sobre el papel determinante de los medios en este cambio histórico en las formas de organizar el pensamiento social y cultural. Los medios se han convertido en difusores de verdades parciales, contrapuestas, diversas, complejas, en ningún caso guiado por objetivos ontológicos o de narraciones unitarias del suceder histórico. La historia se hace de “cantidad de información, de crónicas, de televisiones que tenemos en casas...”. Pero no cabe pensar que los medios consigan hacer más transparente a la sociedad, sino que son los que reproducen y crean la huella de la complejidad,

⁶⁴ “El derecho y nosotros”; Morello, Augusto; pág. 41; Librería Editora Platense; año 2000.

las representaciones donde se multiplican las posiciones, los valores, los intereses, las percepciones... En esa falta de transparencia, sin embargo, emergen la diversidad, la tolerancia, las minorías; en definitiva, un desplazamiento de los autoritarismos, los prejuicios, la violencia. A una sociedad compleja, donde se reconoce la diversidad en todos sus matices, ya no es posible constreñirla con un corsé filosófico coercitivo. Infiere Vattimo de todo ello, que esa nueva sociedad postmoderna es, consiguientemente, menos dogmática, conocedora de la diversidad y partícipe de una nueva cultura de la tolerancia.

Hay una "libertad estética" (Vattimo) es decir abierta u oscilante, la cual constituye la condición de un pensamiento y de un actuar no-violentos o post-metafísicos.

Resulta a todas luces difícil, cercano a la ruptura de un paradigma, si se pretende incorporar esta sugerencia al Derecho Penal y más aun al derecho procesal penal donde su máxima expresión es la Sentencia que impone de por sí certeza, convencimiento pleno. En cambio el "pensamiento débil" no tiene la intención de dar razones convincentes como lo pretende el "pensamiento fuerte" del positivismo o cientificismo, sino que está relacionado a dimensiones de bondad, paciencia y atención que Vattimo resume bajo el concepto de *pietas*. Si en realidad lo que se busca es la verdad existencial (que es más que la intelectual) ésta no puede separarse del amor, afirmaba claramente San Agustín⁶⁵, en un reconocimiento a conceptos hoy olvidados y reprimidos por el cientificismo positivista. La *pietas* vattimiana es entendida como una capacidad de escuchar los mensajes del pasado de forma nueva. Se trata de una virtud auditiva que evita la equiparación de lo nuevo con lo bueno así como el inmovilismo de una determinada pre-comprensión normativa — a menudo la de los vencedores y opresores — de un mensaje del pasado. El "pensamiento débil" cuestiona todo intento de integración dialéctica en un proyecto total. La *pietas* no es concebida como una relación con lo divino o con el *ontos on* metafísico sino como la "salvación" de las huellas de la finitud y como relación noviolenta con lo vivido mediante un cuidado y una atención *actual* a los entes en su proveniencia histórica y en sus apariencias. Podría decirse que las *pietas* nacen del "amor por lo viviente y sus signos". *Verwindung* (curación, aceptación, resignación, vaciamiento, distorsión, alivianamiento, etc.), *Andeken* (rememoración) y *pietas* indican que estamos ligados al pasado por una especie de cordón umbilical hermenéutico. ¿Será capaz un sistema represivo cerrado de imponer las "*pietas*"? ⁶⁶ El "can Cervero" no está dispuesto para eso. Vattimo

⁶⁵ San Agustín lo sostiene en "De diversis questionibus" donde la verdad debe ser buscada amorosamente por el alma: "Dilige, et quod vis fac" ("Ama y haz lo que quieras"). Fullat, O. y Fontán, P.; "Historia de la Filosofía. Logoi", Barcelona, Editorial Vicens – Vives", 1986, ps. 58.

⁶⁶ La *pietas* vattimiana es entendida como una capacidad de escuchar los mensajes del pasado de forma nueva. Se trata de una virtud auditiva que evita la equiparación de lo nuevo con lo bueno así como el inmovilismo de una determinada pre-comprensión normativa — a menudo la de los vencedores y opresores — de un mensaje del pasado.

presenta una alternativa a la ética normativa de imperativos, poniendo el acento no en la capacidad de un razonamiento fundador sino en el debilitamiento del ser que es al mismo tiempo el debilitamiento del pensamiento que co-responde a la historia misma del debilitamiento. El pensar la paz débilmente, es decir no como objeto o estado, o sea como algo que puede ser construido o apropiado, sino como la permanente posibilidad de "efectuación" o puesta en obra de una "no-violencia sin paz". En términos sencillos el "pensamiento débil" traducido en proyecto social significa un debate continuo en base a la permanente disolución de fundamentos supuestamente seguros, sin que esto traiga consigo la arbitrariedad del "*anything goes*" (P. Feyerabend), ya que la hermenéutica rememora justamente las pre-comprensiones transmitidas y las reglas heredadas en las que el pensamiento y la acción se encuentran siempre condicionadas pero no totalmente determinadas. Dicha herencia es la sustancia de la *pietas* no como una jerarquía estática de valores, sino como un estímulo para su interpretación. Respetando las diferencias hay un punto de contacto con la teoría de la asimilación cognoscitiva de Asubel cuyo rasgo central señala: el hecho de que la adquisición de nueva información que se da en el aprendizaje significativo es un proceso que depende en forma principal de las ideas relevantes que ya posee el sujeto, y se produce a través de la interacción entre la nueva información y las ideas relevantes ya existentes en la estructura cognoscitiva. Dicho de manera más sencilla: el aprendizaje significativo se produce al relacionar, al encajar las nuevas ideas con las ya existentes en la estructura cognoscitiva del sujeto⁶⁷.

Véase que el ímpetu hermenéutico de la visión débil la ubica en "una densa red de *interferencias*". La conexión, a la que luego aludiré, la encuentro con el filósofo Carlos Cossio cuando éste definía el objeto del derecho decía que era "la conducta en interferencia intersubjetiva", marcando así un antagonismo con Kelsen y –de suyo- con el positivismo. La razón en Vattimo es una razón "débil". Hay una "ontología del declinar" en la que el proceso de recuperación del ser es pensado nihilísticamente como reducción de la violencia a diferencia de algunos movimientos revolucionarios cuyo olvido del ser llevan a una reapropiación del ente, perdiendo de vista el carácter eventual o *remisorio* ("*Schickung*") del ser y con ello también la diferencia ontológica, culminando en la disolución final de la libertad en la seguridad. La hermenéutica está vinculada, a diferencia de como se la entiende tradicionalmente, con los problemas de la actualidad cultural y política. No es una teoría sobre la pluralidad de interpretaciones, sino una filosofía de la historia nihilista que pone en cuestión las "estructuras fuertes" o violentas aún en el caso de que ellas, remontándose a la herencia de la Ilustración, se pongan al servicio de la emancipación. La *reducción* de la violencia como "hilo conductor" de la historia es el punto en el que la concepción vattimiana de la historia se separa de la conceptualización idealista de la *eliminación* de la violencia. Sabemos que el pensamiento de

⁶⁷ García Madruga, Juan; "Aprendizaje por descubrimiento frente a aprendizaje por recepción: la teoría del aprendizaje verbal significativo", en "Desarrollo psicológico y educación"; compilación de Palacios, Marchesi y Coll, Editorial alianza, Madrid, 1992, tomo 2, ps. 84/85.

Vattimo es un pensamiento de la contaminación, de carácter anárquico en el sentido que busca abrir espacios de "libre juego". No aspira a una liberación definitiva y permanente, sino que se mueve dentro del juego de contingencias históricas buscando evitar las "estructuras fuertes". Su finalidad no consiste en apropiarse de un estado no-violento, sino que se piensa dentro de una estructura eventual en la oscilación entre la "igualdad" ("*das Gleiche*") — incluyendo aquí los reclamos (de derecho) de "igualdad" ("*Gleichheit*") y equivalencia ("*Gleichwertigkeit*") — y la "mismidad" ("*das Selbe*"). Mientras que la "igualdad" aspira a la eliminación de las diferencias, la "mismidad", pensada heideggerianamente, hace posible el diálogo histórico, sin que se pueda hablar de un *derecho* a la diferencia, ya que esto incluiría a la hermenéutica nihilista dentro del pensamiento institucionalista, quitándole su carácter anárquico. La igualdad vista desde la pena tiene aristas por demás curiosas en la práctica, pues si los pobres fueran tratados por el sistema judicial como son tratados los ricos y viceversa seguramente las cárceles no arrojarían los resultados estadísticos que hoy tienen⁶⁸.

Si colocamos la rosa de los vientos en pos del *hombre* cobrarán contenido ciertas palabras como “respeto, dignidad, colaboración, cooperación, entendimiento, equidad, solidaridad, piedad y amor”..., se podrá entonces reducir el poder punitivo del Estado (Zaffaroni) lo que alentará la instalación de un nuevo paradigma que se encamine definitivamente al “mejor entendimiento societario”, donde existan “creaciones de igualaciones en libertad” (Cossio), para que se puedan corregir los rigores de las leyes abstractas, instalando la equidad como “una especie de justicia que se adapta al terreno”⁶⁹ Zaffaroni, Cossio y Vattimo abonan la tierra para que ésta florezca: un mundo menos violento es un mundo mejor.

⁶⁸ En los hechos no es un dato menor que las cárceles en Latinoamérica estén abarrotadas de pobres y en Europa de inmigrantes, que —por cierto— también son pobres.

⁶⁹ Cfr.: “Sabiduría Cotidiana”; Guitton, Jean; pág. 112; Editorial Sudamericana, año 2002.