



Ciencias Penales desde el Sur

Segundo Congreso
Latinoamericano de Derecho
Penal y Criminología

► Conferencias



Ciencias Penales desde el Sur

Segundo Congreso
Latinoamericano de Derecho
Penal y Criminología

► Conferencias

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Dra. María Paula Pontoriero



Infojus

SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN
LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)



COMITÉ EJECUTIVO

LOLA ANIYAR DE CASTRO

NILO BATISTA

RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA

CÉSAR LANDELINO FRANCO

FERNANDO TENORIO TAGLE

SECRETARIO EJECUTIVO

E. RAÚL ZAFFARONI

SECRETARIOS ADJUNTOS

GABRIELA L. GUSIS

ROBERTO CARLÉS

Zaffaroni, Raúl E.

Ciencias penales desde el sur : Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Conferencias / Raúl E. Zaffaroni ; dirigido por Raúl E. Zaffaroni. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014.

v. 2, 360 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-18-5

1. Derecho Penal. I. Zaffaroni, Raúl E. , dir. II. Título
CDD 345

Fecha de catalogación: 22/10/2014

ISBN: 978-987-3720-18-5

1^{ra}. edición - octubre 2014

Ciencias Penales desde el Sur. Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Conferencias

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

ORGANIZADORES



Asociación Latinoamericana de
Derecho Penal y Criminología



UNIVERSIDAD
NACIONAL DE
SAN MARTÍN



Universidad Nacional
de La Matanza

DIRECTOR



E. RAÚL ZAFFARONI

COORDINADORES



MARTÍN G. DEGOUMOIS

ANTONELA C. GHEZZI

GABRIELA L. GUSIS

COLABORADORES



PATRICIA GUZMÁN

PRÓLOGO

E. RAÚL ZAFFARONI⁽¹⁾



Señor secretario de Justicia de la Nación, Dr. Julián Álvarez; señor ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Ricardo Casal; señor rector de la Universidad Nacional de San Martín, Dr. Carlos Ruta; señor rector de la Universidad Nacional de La Matanza, Dr. Daniel Martínez; señor intendente del partido de La Matanza, don Fernando Espinosa; señora procuradora General de la Nación, Dra. Alejandra Gils Carbó; autoridades de la universidad, autoridades nacionales y provinciales, jueces, magistrados, colegas, profesores, distinguidos penalistas y criminólogos que nos visitan, estudiantes, amigas y amigos: todos.

Este es el primer congreso de ALPEC, la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, después del fundacional de la Ciudad de Guatemala. Quiero manifestar mi más profundo agradecimiento, como secretario ejecutivo de ALPEC, a todos los que han posibilitado la realización de este congreso, fundamentalmente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, al equipo de colaboradores del secretario de Justicia, Julián Álvarez, a Infojus, a la Universidad Nacional de La Matanza y a la Universidad Nacional de San Martín, que nos permiten este marco inmejorable para la realización de tan importante actividad académica. Por último, quiero agradecer a mi propio equipo de colaboradores y a los docentes de las cátedras de la Universidad de Buenos Aires, de los Dres. Alejandro Slokar, Alejandro Alagia y Javier De Luca, que colaboran

(1) Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Secretario Ejecutivo de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

íntimamente con ellos. Muchísimas gracias a todos, muchísimas gracias por posibilitar este magnífico congreso, celebro el interés y la presencia masiva de colegas y amigos que vienen de todos los rincones de nuestra región latinoamericana.

No menos importante es contar hoy con la presencia de una distinguida delegación de magistrados y catedráticos de la República de Angola, entiendo que esta presencia significa una suerte de punta de lanza para una futura relación sur-sur, que dada la polarización actual del poder en el planeta, nos tiende a unir en una comunidad de problemas y de experiencias.

Tradicionalmente, la comunicación entre nuestros colegas, que se remonta a los viejos congresos penitenciarios del siglo XIX y de la Unión Internacional de Derecho Penal, fue una comunicación predominantemente entre especialistas del hemisferio Norte. Los procesos y las experiencias dolorosas de subdesarrollo y de subordinación en nuestra América y la emancipación y las luchas no menos dolorosas del continente africano, todas tienen secuelas lamentables, de violencia y de pobreza.

La pobreza también es violencia, y nos plantea problemas específicos, frente a los cuales se nos impone esta comunicación sur-sur como una urgencia, es decir, la comunicación entre los que padecemos estos problemas.

Por supuesto que esto no implica dejar de sostener y profundizar las relaciones con los colegas del mundo central, en particular porque afortunadamente muchos de ellos son conscientes de la situación planetaria y nos pueden ayudar a pensar; pero como es natural, cada cual otorga prioridad a sus propios problemas, y mal podemos pretender que otros prioricen nuestros problemas cuando no lo hacemos nosotros mismos.

Desde los países centrales, nos llegan mensajes que corresponden a sus intereses y problemas concretos, en este momento de la globalización posterior a la caída del mundo bipolar de la Guerra Fría y la polvareda del fin de la historia y de la teocracia de mercado, surgen en el centro en este instante tendencias contradictorias y complejas. Los economistas nos avisan que la riqueza se sigue polarizando, que se concentra en menos manos, que la distancia entre ricos y pobres aumenta, no son buenas noticias porque anuncian perturbaciones.

No me cabe duda que hay crimen organizado, que hay terrorismo, pero como siempre que hay malestar se busca un chivo expiatorio, y en este sentido aunque sea absurdo, se perfila una marcada tendencia a atribuir

todos los males al crimen organizado, al terrorismo, y se agregan los inmigrantes del sur. El mundo central tiende a amurallarse. Por suerte cayó el muro de Berlín, sí, pero se alzó un muro en el sur de Estados Unidos y el Mediterráneo se cobra cientos de vidas de prófugos de la miseria.

Mientras tanto, el norte lava el dinero del crimen organizado en un reparto de empresa criminal que deja los muertos en el sur y las rentas en el norte. Como es natural, la concentración de riqueza demanda un mayor control represivo para la contención de los excluidos, que no se quedan quietos, lo que implica una reducción de programas y planes asistenciales y un aumento del aparato punitivo de los Estados. Bajo la conocida consigna de achicar el Estado, propio de la teocracia de mercado, lo que en realidad se hace es desplazar recursos del Estado providente al Estado policial, esta tendencia se expande por el hemisferio norte y se muestra al sur como modelo.

El material penal que se envía son leyes descuidadas e improvisadas, sancionadas al compás de una agenda marcada por la televisión. Países hasta hace poco realmente responsables y juiciosos, parecen haber perdido la razón a la hora de legislar penalmente. Mientras tanto, en todo el mundo va aumentando el número de presos, a veces hasta límites inconcebibles, como es el caso de los Estados Unidos, con su inevitable secuela reproductora y condicionante de deterioros y de carreras criminales.

La doctrina que nos llega desde esos países muchas veces se acerca cada día más al derecho penal autoritario, al derecho penal de voluntad, al derecho penal de ánimo, de autor, de peligrosidad, de seguridad; reverdecen tesis propias de los peores momentos de totalitarismo del siglo pasado, se debilita la legalidad, se limita la potestad paliativa de los jueces, se multiplican los tipos penales, se adelanta la punición a actos preparatorios equívocos, etc. Todo eso lo justifican algunos colegas del norte con el argumento de que en el marco de Estados democráticos y constitucionales esto no implica los mismos riesgos del pasado, olvidando por cierto que son esas leyes las que van configurando el nuevo modelo de Estado autoritario, que —por cierto— prescinde solo de los símbolos del pasado.

Con toda clase de argumentos, los juristas centrales tratan de justificar la pena, cada día menos justificable ante la amplitud que cobra, pero que bajo el manto piadoso de una supuesta prevención general positiva esconde el fracaso de todas las teorías legitimantes, quedando solo en pie el prestigio del Estado y del propio poder punitivo. La pregunta que que-

da flotando después de esta verificación es por qué tiene éxito, qué es lo que le da prestigio al Estado, la respuesta no la pueden admitir los penalistas liberales porque no es racional. El éxito se debe, en definitiva, digamos la verdad, a que la esencia de la pena fue, es y sigue siendo expiación y venganza. Los únicos que atribuyeron claramente, con todas las letras, este objetivo, y lo pudieron hacer porque ellos habían renunciado directamente a todo componente racional, fueron los penalistas del nazismo.

Hoy los medios de comunicación del centro y los grupos monopólicos del sur, vinculados estrechamente a ellos, no hacen más que estimular de la peor manera estos sentimientos de las poblaciones, fomentando todos los prejuicios discriminatorios imaginables. Algunos colegas del Norte enmudecen frente a esto, solo atinan a ocultar el fenómeno bajo el nombre piadoso de "prevención general positiva", llamando en auxilio algún domingo a la tarde a alguna aislada e incoherente cita de lógica dialéctica fuera de su contexto originario. Sería tarea de juristas, claro, intentar o al menos impulsar la reversión de esta situación, pero en el norte, en lugar de ampliar el horizonte de los futuros juristas, mediante un entrenamiento en Ciencias Sociales, etc., parece campear una directiva general que pretende formarlos con inusitada premura como trámitadores profesionales, prescindiendo por completo incluso de las materias formadoras básicas.

No andan bien las cosas en el norte, da la impresión de que existe una tendencia a creer que la democracia es una realidad conquistada de una vez y para siempre, estática; cuando, en realidad, es un ideal hacia el cual se marcha siempre dinámicamente y que, por desgracia, jamás es del todo perfecto. Personalmente, creo que se olvida que hace 300 años a la democracia casi no la conocía el ser humano, había monarquías de derecho divino, sociedades estamentarias, esclavitud, no había separación de poderes, no había libertad de expresión, de circulación, casi de nada, todo esto que defendemos es demasiado reciente en la historia, y hasta hace 70 años el propio norte sacrificó millones de vidas para preservarlo o recuperarlo. Da la impresión de que un manto de niebla se va extendiendo sobre esos cadáveres, que en las sociedades con distribución mediocrática esos sacrificios tienden a convertirse en una anécdota del pasado, con tal de conservar sus pautas y niveles de consumo.

América Latina no puede seguir recibiendo con indiferencia el producto de las confusiones y problemas mal resueltos en el norte, no puede hacerlo primero sin tener en cuenta el contexto que lo condiciona; segundo, sin

precavernos sobre las consecuencias que pueden acarrearnos las propias dificultades del norte; tercero, sin meditar seriamente sobre los efectos que tendrían esos mensajes en nuestras sociedades; y cuarto, sobre todo, sin meditar acerca de las posibles soluciones alternativas que debemos instrumentar para enfrentar nuestras realidades.

Ellas nos señalan un continente que sufre las consecuencias de cinco siglos de dominación con un proceso de descolonización que aún no termina, aquí por cierto nunca pudimos tranquilizar nuestra conciencia con los argumentos de prevención del norte, porque nosotros siempre fuimos conscientes, como no podía ser de otro modo, de que no tenemos democracias consolidadas ni instituciones incorruptibles, hoy comenzamos a sospechar que tampoco existen del todo en el norte, pero eso es otra historia.

Cuando los teóricos de los derechos humanos hablan de las tres generaciones de derechos humanos, en la tercera, en la última generación, colocan el derecho al desarrollo progresivo. Pero la historia nuestra de los derechos humanos es exactamente inversa, el derecho al desarrollo progresivo es para nosotros el primero de los derechos humanos, porque la primera condición del desarrollo progresivo es la independencia, y esa fue la primera lucha de nuestros pueblos con los libertadores a la cabeza.

El colonialismo no ha terminado, después de esas luchas siguieron dictaduras sangrientas, siguieron movimientos populares de soberanía, de autonomía, ahogados en sangre muchas veces, y la lucha anticolonialista continúa hasta el presente. Las secuelas de esta lucha están vivas en nuestra región, y una de sus manifestaciones más notorias son los niveles de violencia que padecemos, inherentes a nuestras marcadas estratificaciones sociales.

El efecto de ellas sobre el poder punitivo siempre es directo, a mayor estratificación, mayor selectividad del poder punitivo, o sea, mayor represión sobre las clases subalternas y mayor impunidad para los segmentos hegemónicos. Esta selectividad se marca en toda la región, solo que con diferentes niveles de intensidad. Por ende, como hay diferentes niveles de intensidad, el mapa de violencia de la región, también es dispar. Hay países con altas tasas de muerte violenta, hay otros con tasas mucho menores, pero incluso en estos últimos se observan concentraciones de muertes violentas, por lo general, en zonas de habitación precaria.

En muy apretada síntesis, podría afirmar que los datos más salientes, las notas más significativas respecto de nuestros poderes punitivos y de los problemas que les son propios en este momento y en toda la región, son más o menos los siguientes:

- I. 1. hay muy poca investigación de campo seria y confiable sobre la violencia criminal;
2. la publicidad de los medios de comunicación en manos de oligopolios o monopolios mediáticos es igualmente intensa en cuanto a incitación a la venganza y a la "represivización", con independencia de las tasas concretas de muerte violenta;
3. lo anterior indica que las muertes en sí mismas no interesan, sino que lo que interesa es su manipulación con objetivo político de mayor represión;
4. esta publicidad se intensifica cuando existen administraciones que contradicen los principios de la teocracia de mercado;
5. no hay ensayos serios de reestructuraciones policiales, sino que las agencias ejecutivas tienden a autonomizarse del poder político y a disfrutar de ámbitos de recaudación autónomos;
6. la coincidencia de reacciones policiales en defensa de sus ámbitos de recaudación con la incitación pública de los medios oligopolizados puede desestabilizar gobiernos y dar lugar a nuevas formas de golpes de Estado;
7. buena parte de nuestras prisiones se hallan superpobladas, con su efecto de violencia, motines o supuestos motines, y muertes masivas;
8. hay ejercicio desmedido de violencia policial, en muchos casos con ejecuciones sin proceso y desapariciones;
9. permanecen prácticas de tortura y maltrato de prisioneros, respecto de los cuales no podemos conformarnos diciendo que no es más sistemática;
10. existe predominio neto de presos sin condena, o sea, inversión de nuestros sistemas penales;
- II. 11. se observa persecución, estigmatización mediática y riesgo de destitución de jueces y magistrados que hacen valer las garantías y los límites al poder punitivo, con el consiguiente amedrentamiento de los poderes judiciales de foro penal;
12. falta casi en absoluto cualquier asistencia a los presos liberados;
13. en las campañas políticas, el eje central es la llamada seguridad, con lo que estas se transforman en virtuales campeonatos de propuestas represivas, autoritarias y disparatadas;
14. se crean las víctimas héroes para aumentar la incitación a la violencia y justificar la sanción de leyes más represivas y violatorias de garantías constitucionales e internacionales;

15. se observa una general tendencia a no resolver ningún problema social y a proyectar públicamente una supuesta solución, mediante leyes penales descabelladas;
16. se desarticula y descodifica la legislación penal, con la consiguiente inseguridad jurídica;
17. hay una carencia absoluta de programas de prevención de muerte violenta con base en la realidad;
18. existe resistencia a incorporar a los planes de formación jurídica el entrenamiento en ciencias sociales, políticas y de la conducta;
19. se registra un deterioro de los niveles de jurisprudencia técnica;
20. y —en general para toda la región—, es marcada la tendencia a la estigmatización de adolescentes de barrios precarios, a veces acompañada por estereotipos negativos denigrantes, y a veces fomentando todo género de discriminaciones.

Podría agregar algunos caracteres más, pero estimo que lo enunciado es suficiente para verificar que necesitamos con urgencia crear nuestros propios conceptos jurídico-penales y convocar a un análisis multidisciplinario de la enorme diversidad de problemas que tenemos delante de nuestros ojos cotidianamente.

Queridas amigas y amigos, en pocos días termina el mandato que me hicieran el honor de conferirme en la reunión fundacional de Guatemala, y no quiero hacerlo sin proponer tres temas que dejo librados a la discusión de estos días, con el ruego de que sean meditados, salvo la mejor opinión de todos ustedes.

Creo que una primera iniciativa que propongo responde a la necesidad de tomar conciencia de que cualquier cosa que se haga en nuestra materia tiene inevitablemente un resultado, habrá más muertes o menos muertes, y si la vida humana es el primero de los derechos humanos, es el primer deber de nuestros Estados proteger nuestra vida. Es bastante difícil proteger algo si no se sabe qué es lo que lo amenaza o qué riesgo se está corriendo, y lamentablemente no lo sabemos, por ende les propongo que ALPEC elabore un modelo de protocolo único de relevamientos de datos de muerte violenta, que elabore un proyecto de ley tipo de creación de institutos nacionales de investigación de estas muertes, que recolecten todos los datos disponibles y además hagan las investigaciones propias necesarias para completarlos, y que cada grupo o representante nacional adapte, según las particularidades de cada país, este proyecto tipo, lo eleve a sus respectivos poderes legislativos y ejecutivos, con nuestro apoyo.

Segunda iniciativa, hace muchos años, casi 30, se llevó a cabo con el apoyo y en el marco del Instituto Interamericano de Derechos Humanos una investigación que se llamó "Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina", de los que actuamos en esa investigación hay varios sobrevivientes que estamos acá, entre otros la profesora Lola Aniyar de Castro; el profesor Nilo Batista; el director general del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas, Elías Carranza y creo que nadie más, somos pocos los sobrevivientes, pero bueno, estamos. Yo creo que es tiempo de reeditar en cierto modo esa investigación, no la propongo en este momento como un simple diagnóstico sino que aspiro a que cada uno de los investigadores, de aceptarse esta idea, extreme su imaginación creadora para proponer, junto al diagnóstico, las soluciones que se ensayaron, las que se pueden proponer y las que considere más viables, prácticas y aceptables, es decir, demos vuelo a nuestra imaginación para resolver nuestros problemas. No nos quedemos en el diagnóstico, porque si diagnosticamos la enfermedad, le ponemos un nombre científico y ahí nos quedamos, se nos muere el enfermo. Creo que hoy la facilidad en las comunicaciones, la comunicación electrónica, nos permitiría realizar una investigación de esta naturaleza con muchos menores costos de los que tuvo hace 30 años.

En tercer lugar, y muy brevemente, he hecho referencia a las elaboraciones teóricas que nos envía el norte y al peligro que implican algunas de ellas, en ámbito de derecho penal me refiero, las características de nuestros poderes punitivos exigen una dogmática jurídico-penal de contención, destinada a nuestros jueces y al mundo jurídico en general, la técnica importada por cierto que es muy útil, no es nada desdeñable, al contrario, tenemos que profundizarla, pero con esa técnica debemos elaborar nuestros propios conceptos adecuados a las urgencias que enfrentan nuestros poderes judiciales. En tal sentido, les propongo la posibilidad de que convoquemos a seminarios de discusión de estos temas, quizás en pequeños grupos, quizás con trabajos escritos que podemos intercambiar antes por correo electrónico e incluso discutirlos sin necesidad de presencia física. Les dejo estas inquietudes como temas a discutir para la futura actividad de ALPEC.

Por último, pero no por eso de menor importancia, quisiera señalar que este congreso se reúne bajo la advocación y en memoria de un juez, el profesor Dr. Alfonso Reyes Echandía, presidente de la Corte Suprema de Colombia. Alfonso fue asesinado el 7 de noviembre de 1985, durante la

llamada toma del Palacio de Justicia. Es decir, dentro de dos días se cumplirán exactamente 28 años de su desaparición, mientras nosotros continuaremos nuestras sesiones. Alfonso Reyes Echandía fue nuestro colega, colaboró en la investigación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos al que hice referencia hace un momento, era un hombre formado en la universidad italiana, fue un destacado introductor de la dogmática jurídico penal en Colombia, egresado de la Universidad del Externado de Colombia, fue después su distinguidísimo catedrático de Derecho Penal y director de Instituto, fue viceministro de Justicia, magistrado y finalmente, desde algunos meses antes de su muerte, presidente de la Corte Suprema. Conocí a Alfonso en México en 1965, yo era muy pequeño, junto a Ricardo Medina Moyano, ministro de la Suprema Corte de Colombia, también muerto en el mismo acto, asesinado en el mismo acto, y durante 20 años mantuvimos una amistad y una vinculación harto estrecha, a veces con visitas y encuentros personales, a veces por correspondencia, permanente intercambio de trabajos. La Corte Suprema de Colombia, por él presidida, poco antes de este terrible episodio que le costara la vida, había declarado la inconstitucionalidad del estatuto de seguridad. El pueblo colombiano escuchó por radio la voz de Alfonso y el pedido angustioso a las autoridades para que cesaran el fuego, pedido que proveniente del presidente de la Corte Suprema debía entenderse como una orden, pero los disparos siguieron y su muerte fue atribuida a la guerrilla del M19. Una comisión designada en el año 2006 dictaminó que en el cuerpo de Alfonso, tanto como en el de Ricardo Medina Moyano, había balas que no correspondían a las secuestradas y usadas por la guerrilla del M19.

Querido Alfonso, tu memoria sigue viva en todos nosotros, estás hoy presente aquí. Queríamos tu presencia y por eso iniciamos este congreso invocando tu nombre. Los que no te conocieron también te conocerán ahora, porque tus inquietudes, en definitiva, son las mismas que expresamos nosotros hasta hoy. Muchísimas gracias.



PRESENTACIÓN

JULIÁN ÁLVAREZ⁽¹⁾



Desde hace más de una década desde el Poder Ejecutivo Nacional trabajamos, concebimos y utilizamos la política como una herramienta de transformación de la realidad, con un claro y contundente objetivo: el de alcanzar un país más inclusivo para todos y todas.

Con más de treinta años de democracia en nuestro país, hemos logrado construir un sistema que se encuentra de pie mirando hacia el futuro, y una generación del bicentenario, cuyos representantes tenemos la firme convicción de que a través del debate y de la discusión podremos cumplir la finalidad propuesta.

En ese marco, es que en el mes de noviembre de 2013 hemos invitado desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC) a profesores, estudiantes, funcionarios y profesionales destacados de nuestra región, de Europa y de África, a participar del Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Generamos así un espacio donde predominó el conocimiento, la investigación y el análisis crítico de las políticas e instituciones criminológicas, siempre guiados por el propósito de fortalecer el Estado de derecho y la defensa de los derechos humanos.

El evento contó con los auspicios y la participación de los organismos más importantes de nuestro país que intervienen en la temática jurídico-penal: la Universidad Nacional de La Matanza (quien nos abrió las puertas de sus instalaciones para que allí se desarrollara el encuentro), la Universidad

(1) Secretario de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Nacional de San Martín, la Escuela del Servicio de Justicia de la Nación, la Asociación Justicia Legítima, el Ministerio Público Fiscal de la Nación, la Defensoría General de la Nación y el Sistema Argentino de Información Jurídica (Infojus).

Se contó también con el auspicio del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que declaró el evento como de interés provincial y lo jerarquizó con la presencia de su titular, Ricardo Casal.

A todos ellos, mi genuino agradecimiento por el trabajo conjunto que permitió alcanzar el nivel del resultado obtenido, y que derivó en tres jornadas intensivas y multitudinarias de discusión y debate en torno a cómo debe aplicarse el poder punitivo del Estado a quienes infringen la ley penal.

Creo que la popularidad alcanzada en esa oportunidad respondió también, por un lado, al prestigio que en el ámbito del derecho penal a nivel nacional e internacional ha alcanzado el Dr. E. Raúl Zaffaroni, quien resultó ser uno de los principales expositores en orden a su solvencia jurídica y su sagaz mirada sobre la conflictividad del sistema de justicia penal; y por el otro, a la necesidad planteada hacia fines del año 2012 por nuestra Presidenta de la Nación cuando interpeló a toda la sociedad argentina a democratizar el sistema de justicia. Fue a partir de aquella puesta en visibilidad de la problemática y del requerimiento por ella efectuado, que nuestra sociedad se ha concientizado y ha tomado cada vez mayor participación en la discusión sobre las herramientas y los modos en que esa democratización de la justicia debe darse.

Considerando que el acceso a la información resulta esencial a fin de ampliar esa participación ciudadana, logrando que cada vez más miembros de la sociedad intervengan en la toma de decisiones, es que editamos la presente obra que compila las conferencias de todos los expertos que disertaron en las distintas comisiones de trabajo que se llevaron adelante en el Congreso.

Deseo que ello contribuya al proceso de transformación social e institucional que estamos llevando adelante y, en ese contexto, a seguir fomentando la discusión que sirva de cauce entre la justicia que tenemos y la justicia que queremos.



ÍNDICE



La violencia en América Latina: nuevas y antiguas discusiones.....	p. 1
Presentación	p. 3
Nilo Batista	p. 7
Lola Aniyar de Castro	p. 17
Fernando Tenorio Tagle	p. 49
León C. Arslanian	p. 87
La prisión preventiva en América Latina y África	p. 103
Presentación	p. 105
Elías Carranza	p. 109
Maria da Imaculada Melo	p. 123
Roberto Santana	p. 141
Genocidio y crímenes contra la humanidad	p. 149
Presentación.....	p. 151
Alejandro Alagia	p. 159
Daniel Feierstein	p. 179
César L. Franco	p. 193
John A. E. Vervaele	p. 199
Problemas futuros de la internacionalización del Derecho Penal ...	p. 229
Presentación.....	p. 231
Julio Maier	p. 233
Luis Arroyo Zapatero	p. 243
Gonzalo D. Fernández.....	p. 251

Los problemas penales del sur (y el pluralismo cultural)	p. 267
Presentación	p. 269
Luzia Sebastião	p. 271
E. Raúl Zaffaroni	p. 317
Palabras de cierre	p. 325
Julio Alak	p. 327



La violencia en América Latina: nuevas y antiguas discusiones



De izquierda a derecha: FERNANDO TENORIO TAGLE (Profesor e Investigador de la UAM-A, México. Integrante del Comité Ejecutivo de ALPEC), LOLA ANIYAR DE CASTRO (Integrante del Comité Ejecutivo de ALPEC. Ex Gobernadora electa en el Estado de Zulia), LEÓN C. ARSLANIAN (Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), NILO BATISTA (Presidente del Instituto Carioca de Criminología de Río de Janeiro, Brasil. Integrante del Comité Ejecutivo de ALPEC) y moderador: MARCELO R. BUGO (Profesor Adjunto de Derecho Penal y Criminología, UBA).

PRESENTACIÓN



La violencia tiene múltiples causas que hacen que la investigación empírica y el diseño de acciones para combatirla se torne muy compleja.

El aumento de la violencia en los últimos años se atribuye sobre todo a factores que operan en la sociedad: el aumento en la desigualdad, el crecimiento de los mercados de tráfico de armas y drogas y su relación con el crimen organizado, y las secuelas de los conflictos civiles de los años 80. Así surge en la población una alta proporción de jóvenes agresores y víctimas.

Los Dres. Nilo Batista, Lola Aniyar de Castro, Fernando Tenorio Tagle y León Carlos Arslanián compartirán sus experiencias y puntos de vista sobre este panorama.

Batista caracterizó el poder que ejercen los medios de comunicación en el ámbito del Estado democrático de derecho, especialmente el referido al sistema penal, como un poder ilegítimo que construye realidades.

Expresó que "el cadalso fue hoy sustituido por la exhibición del acusado en las primeras páginas del diario y en la televisión; y no como consecuencia de la condenación, sino de la acusación cuando se presume que la persona aún es inocente".

Hizo mención a las palabras de la profesora Simone Schreiber al decir que "la forma en la que la prensa lidia con el hecho criminal (...) y la realización de campañas mediáticas a favor de la condenación de los reos en determinados procesos puede comprometer el juzgamiento justo". Su conclusión estribó en que "las democracias que se precien como tal deben regular la interacción entre los medios y el sistema penal. Aun desbordando el concepto jurídico-penal, la violencia de las palabras también debe ser contenida".

Aniyar de Castro, al inicio de su exposición, sostuvo que en la década del 70 la violencia en Latinoamérica era esencialmente política e ideológica; mientras que en la actualidad “parece haber dejado de ser política, pues no se ve orientada a asumir un poder que no sea el económico”. Explicó que el problema fundamental del s. XXI radica en la “violencia interpersonal”. Los homicidios son un fenómeno que aumenta en todo el continente y, según la OMS, América Latina es la región más violenta del mundo. Esta situación llevó a los estados a instalar políticas de “mano dura”, de “mano durísima”, de “peñazos contra el crimen”, de “guerra contra el delito”, impulsadas por el miedo al delito por parte de la población “que pide ajusticiamientos, pena de muerte, linchamientos y que solicita políticas militaristas o policializadas, que son las más frecuentes, fáciles y peligrosas pues multiplican la violencia impune, aplaudida y arbitraria, y consolidan la cultura de la muerte”.

Consideró como un fenómeno importante las características de la violencia en los países de la región, no solo en cuanto a las víctimas primarias sino también en cuanto a las secundarias. Además afirmó que ya no se trata de “una violencia totalmente política, en el sentido tradicional”.

Tampoco la pobreza “determina las altas cifras de violencia” ni “los países más pobres tienen las tasas más bajas de violencia”. Pues, al analizar las tasas de homicidio en relación a la situación económica de cada país, la criminóloga concluyó que lo que genera esa violencia “es la desigualdad, la inequidad, la desigual distribución de la riqueza en un mismo país”. Así explicó los motivos por los cuales los altos ingresos de algunos países deben ser repartidos equitativamente entre los ciudadanos, caso contrario se generarán ocasiones de violencia.

Asimismo, mencionó que los mayores generadores de violencia se vinculan con “las tasas de urbanización y la existencia de una población mayoritariamente joven en los países”, pues demostró que los jóvenes, que representan a la población más vulnerable, son a la vez víctimas y autores de la violencia.

Indicó también que el narcotráfico es un nuevo elemento en la violencia latinoamericana, que se extiende y se suma a la aparición de las pandillas o maras en Centroamérica.

Para terminar su exposición, afirmó que “no hay violencia interpersonal a sangre fría si no hay violencia institucional”.

Tenorio Tagle estableció el eje de su conferencia en la cuestión antropológica. Él explicó el vínculo del *homo sacer* y del “chivo expiatorio” en la política criminal contemporánea y el poder punitivo.

Luego de investigar, llegó a una conclusión: “matar para vivir”. Esto no significa —aclaró— que “unas muertes culturalmente impuestas propicien la posibilidad de vida para otros”. Más vale se quiere determinar si “en la fantasía construida por el ser humano” esas muertes “impuestas contra natura conducen hacia más amplios márgenes de vida de quienes las imponen”; esta cuestión se demuestra en la “ritualidad del sacrificio”.

Señaló, a continuación, que existe interés en retornar “al origen para entender el estado actual de las prácticas sociales” que se desarrollan inconscientemente y que mantienen así “arcaicas ritualidades”, y que el término “rito” significa originariamente “orden”. Añadió que se trata de una ritualidad que “comunica y dibuja virtualmente la identidad de un grupo y que cuyo mensaje parece tener como objetivo la solidaridad del grupo y la exclusión de otros”.

Expresó que cuando la palabra o el lenguaje no puedan describir o explicar algo, “es necesario un pensamiento diverso” que pueda hacer evidente “lo místico”, aunque para ello sea necesario utilizar el lenguaje o la palabra o los sueños de una palabra, “lo que no obstante pudieran dar lugar (psicoanalítica y metafóricamente hablando), a un contenido reducido del sueño y no al contenido real del mismo, dado que las cosas son sí mismas pero también otras”.

Finalmente nos ilustró, con una aproximación simbólica, respecto del inicio de la biopolítica y sobre el paso de la sociedad a una sociedad estatalmente organizada.

Arslanián comenzó su exposición afirmando que en América Latina se ha prestado muy poca atención a las causas de la violencia del delito, así como “a las sucesivas crisis de las instancias del control social formales o informales, primarias o secundarias”, sobre todo ante el auge del narcotráfico y la trata. Explicó que, según entiende, que esta desatención se produjo porque los Estados otorgaron el control de la seguridad pública a sus sistemas penales —agencias policiales, judiciales, penitenciarías y legislativas—, dejando, de esta manera, de intervenir sobre los conflictos sociales y las causas generadoras de violencia.

Continuó su ponencia poniendo sobre aviso que, si se examina la realidad latinoamericana, se percibirá que la lucha contra el crimen se caracterizó por el aumento de penas y de facultades policiales, y por restricciones a la libertad durante el proceso, y que de esto resultó “un incremento extraordinario de presos sin condena (80%) y de las estadísticas del delito violento”. Opinó que era evidente que los problemas de violencia y de delito “no se arreglarían con sus policías, sus jueces, sus cárceles, ni con sus leyes penales y eruditos operadores”.

Para finalizar, reconoció que los países de la región soportan concentración de la riqueza, inequidad social y extrema pobreza. Todo ello se suma a la “exclusión social, económica, laboral, cultural, educativa [que] generan una grave conflictividad social que se criminaliza al normalizar prácticas, como rutina de subsistencia, que afectan bienes jurídicos de alta estimación social”. De todo ello, la resultante es la violencia.



NILO BATISTA⁽¹⁾



A violência das palavras⁽²⁾

Boa noite a todos. Eu pretendo falar em português. Já ofendi muito os ouvidos dos meus colegas e amigos argentinos praticando largamente o *portunhol*. Por gostar tanto de ouvir um castelhano bem falado e ter tanto respeito pela língua de Cervantes resolvi não cometer mais o *caste-lhanicídio*. Falarei em português, penso que para o bem de todos. Peço também sua compreensão para o fato de que, tendo sido um pouco surpreendido pelo convite, não consegui preparar toda a exposição. Venho aqui para lançar a candidatura do Professor E. Raúl Zaffaroni à presidência da Associação Internacional de Direito Penal. Nos mais de 100 anos dessa Associação, jamais tivemos um presidente do hemisfério Sul do planeta. Com largas gestões, reeleições e práticas às vezes pouco democráticas, os presidentes sempre foram do Norte. Entendo que o Professor E. Raúl Zaffaroni é um colega completamente preparado para estar à frente da Associação e pautar o estudo e as reflexões acerca do direito penal. Por que permaneceremos submetidos a uma pauta que vem do Norte, não raro desassociada da realidade de nossos povos? Vejam, por exemplo, o tráfico de pessoas. Criminalizam-se latino-americanos que, premidos pelas circunstâncias da vida, são obrigados a procurar meios de trabalho e subsistência nesse tipo de atividade. E nós, professores latino-americanos, temos que estudar processos que criminalizam nossos próprios irmãos.

(1) Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro y de la Universidad Federal. Presidente del Instituto Carioca de Criminología. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

(2) Agradeço a Rafael Borges a reconstrucción desse texto, que esteve meio perdido entre falhas de gravação e notas improvisadas.

La traducción al español, de la Dra. Laura Elbert, se puede ver [en línea] www.infojus.gob.ar

No horizonte penalístico e criminológico internacional deste momento, creio que nada seja mais importante do que eleger o Professor E. Raúl Zaffaroni para a presidência da AIDP. A oportunidade para isso está no próximo Congresso Mundial, que será no Rio de Janeiro, já em 2014. Portanto, faço aqui um convite para que todos aqueles que estão devendo alguma anuidade fiquem quites com sua contribuição (porque com essas questões de dinheiro o Norte é implacável, sabemos todos). Estendo o convite àqueles que ainda não são sócios para que, uma vez habilitados, possam ir ao Congresso do Rio em 2014 ajudar-nos a eleger como presidente da Associação Internacional de Direito Penal o nosso querido colega, mestre e amigo E. Raúl Zaffaroni.

Em razão do título de nossa Mesa —“A violência na América Latina, novas e antigas discussões” — quero fazer uma observação prévia. A violência constitui, em direito penal, um modo de execução que integra, implícita (como no homicídio ou no dano) ou explicitamente (como no roubo ou no estupro), inúmeros tipos objetivos, no último caso muitas vezes emparelhada à ameaça. Heleno Fragoso a definia lapidarmente como “desenvolvimento de força física para vencer resistência, real ou suposta”, podendo incidir sobre pessoa ou sobre coisa; numa tradição própria do direito privado, a ampliação de tal conceito pode tornar “em alguns casos incertos os limites entre a violência e a ameaça”.⁽³⁾ Perante o lugar típico que a violência ocupa na teoria do delito, a falta de uma “interpretación consensuada unívoca” supõe, como registrou José Miguel Sánchez Tomás, “una violación del principio de taxatividad y seguridad jurídica”.⁽⁴⁾ Embora isso não ocorra, por exemplo, nas legislações internas projetadas a partir do artigo 2º da Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), que procurou descrever casos de violência física, sexual e psicológica em geral (não restritos ao âmbito familiar), nós não devemos abandonar os contornos precisos do conceito jurídico-penal de violência. Essas concepções “más amplias, y, por tanto ambíguas”, como anota Juan Medina,⁽⁵⁾ de violência não podem ser aproveitadas para fins de direito penal. Por mais relevantes que sejam a violência estrutural-sistêmica, a violência simbólica ou a violência institucional, na aplicação propriamente penal da lei não há como

(3) FRAGOSO, HELENO, *Lições de Direito Penal*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 26.

(4) SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ M., *La violencia en el Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 507.

(5) MEDINA, JUAN, *Violencia contra la mujer en la pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 55.

escapar ao conceito jurídico-penal de violência, sem imediata ruptura do princípio da legalidade. A violência supõe o emprego de força física e é essencial que se faça esta distinção. Deve sempre haver um processo físico de produção de dano. Pretendo abordar violência nesse sentido e não a partir de um conceito plástico e metafórico, que também é confusionista e confuso. Entre janeiro de 2010 e junho de 2012, apenas nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Santa Catarina, nada menos que 2882 pessoas foram mortas por policiais em ações registradas como “autos de resistência”. Recebem este nome porque, independentemente do contexto em que tais mortes foram produzidas, não raro contextos de execução, seus autores —agentes da lei— submetem-se a um procedimento de apuração expedito e diferenciado. Esses números estão documentados em muitas pesquisas empíricas, como por exemplo aquela que foi feita pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Neste momento, há na Universidade Federal Fluminense uma pesquisa que é mais qualitativa, porque explora também a responsabilidade do Ministério Público e do Poder Judiciário no arquivamento desses autos de resistência. As histórias dessa segunda pesquisa são assombrosas. A leviandade, a irresponsabilidade e a conveniência de certas autoridades do Ministério Público e do Poder Judiciário, onde esses autos de resistência tramitam e são sepultados, é uma história que está sendo escrita agora e estará em breve sendo publicada no Rio de Janeiro.

Não obstante eu vá me deter sobre as cercanias desse massacre a contágotas, na expressão do nosso querido Raúl, vou chamar a atenção para quem oculta e por vezes estimula esse massacre que ocorre diariamente nas zonas urbanas e rurais de nosso continente. Portanto, vou falar de comunicação social e sobre “A violência das palavras”, com o perdão de, no último caso, também parecer um pouco metafórico. Como o título do painel menciona “Novas e velhas discussões”, começarei com uma velha para chegar a outra bastante atual.

Entre as inumeráveis publicações que vieram a lume no entorno de 1992, a propósito dos 500 anos de invasão espanhola da América, impressionou-me especialmente um livro de Tzevetan Todorov.⁽⁶⁾ Revisitando as fontes

(6) TODOROV, TZEVETAN, *A conquista da América*, B. Perrone Moisés (trad.), San Pablo, M. Fortes, 1993.

tradicionais, Todorov inovava na interpretação de um feito que intrigará muita gente, de uma pergunta que ele reproduziu da seguinte maneira: “por que essa vitória fulgurante, se os habitantes da América eram tão superiores em número a seus adversários e lutavam em próprio solo? (...) Como explicar que Cortez, liderando algumas centenas de homens, tenha conseguido tomar o reino de Montezuma, que dispunha de várias centenas de milhares de guerreiros?”.⁽⁷⁾ A formação acadêmica de Todorov sugeriu-lhe uma hipótese, à qual outorgou também a forma de outra pergunta: “teriam os espanhóis triunfado sobre os índios com a ajuda dos signos?”.⁽⁸⁾ Seu interesse não estava restituído à supremacia obtida pelo idioma espanhol sobre as línguas nativas, na perspectiva daquilo que Saussure chamava de “lingüística geográfica”, com expressa referência ao colonialismo.⁽⁹⁾ Todorov quer saber se os signos intervieram na guerra, se os signos contribuíram para a vitória militar de Cortez sobre Montezuma. Embora não se valha ele dessa metáfora, no fundo a questão seria saber se os signos se desempenharam pragmaticamente como armas. Se me fosse permitida uma simplificação —inevitavelmente grosseira, como é o caráter das simplificações — uma simplificação do pensamento de um semiólogo búlgaro, valendo-me sempre de suas palavras, eu partiria de uma distinção que ele faz entre “duas grandes formas de comunicação, uma entre os homens e outra entre o homem e o mundo”.⁽¹⁰⁾ Se a primeira dessas formas nos é completamente familiar, corriqueiramente exercitada e academicamente investigada com minúcias, a segunda delas, a despeito da unilateralidade do canal, é muito visível na filosofia circunscrita a “pensar o mundo”, na observação empírica seja de um astrônomo em busca de um planeta, seja de um camponês interessado na boa semeadura, na arte que reconfigura as estrelas de Arles ou na religião que desvela os sinais mundanos da providência. Para Todorov, enquanto os invasores espanhóis cultivavam precisamente a comunicação entre os homens —não por acaso, 1492 é também a data da primeira gramática castelhana, de Antonio de Nebrija, para quem, escrevendo em 1492, “a língua sempre foi

(7) *Ibid.*, p. 51.

(8) *Ibid.*, p. 59.

(9) SAUSSURE, FERDINAND, *Curso de Lingüística General*, A. Alonso (trad.), Bs. As., Losada, 1967, p. 310.

(10) TODOROV, TZEVETAN, *op. cit.*, p. 67.

companheira do império”⁽¹¹⁾ —os índios estavam muito mais interessados na comunicação entre o homem e o mundo. A interpretação de Todorov da chegada dos invasores seria assim atravessada por essa cosmovisão. Ouçamos Todorov: “em vez de perceber o fato como um encontro puramente humano, apesar de inédito —a chegada de homens ávidos por ouro e poder—os índios integraram— no a uma rede de relações naturais, sociais e sobrenaturais, onde o acontecimento perde sua singularidade; é de certo modo domesticado, absorvido numa ordem preexistente de crenças”.⁽¹²⁾ A mentira era algo banido do discurso azteca. Uma leve mentira era punida, por uma lei do próprio Montezuma, com pena de morte afixativa: o mentiroso era arrastado pelas ruas até o último suspiro.⁽¹³⁾ Isto culmina em que todas as bravatas arrogantes dos invasores eram acreditadas e temidas: os signos ser converteram em armas que amedrontaram, independentemente de existirem. Concluamos com Todorov: “o encontro de Montezuma com Cortez, dos índios com os espanhóis, era antes de mais nada um encontro humano, e não há razão para surpresa se os especialistas da comunicação humana levam a melhor. Mas essa vitória dá ao mesmo tempo um grande golpe na nossa capacidade de não nos sentirmos em harmonia com o mundo, de pertencer a uma ordem pré-estabelecida; tem por efeito recalcar profundamente a comunicação do homem com o mundo, produzir a ilusão de que toda comunicação é comunicação inter-humana. Ganhando de um lado, o europeu perdia de outro; impondo-se em toda a Terra pelo que era sua superioridade, arrasava em si mesmo a capacidade de integração ao mundo. Durante os anos seguintes, sonhará com o bom selvagem: mas o selvagem já estava morto ou assimilado, e o sonho condenado à esterilidade”.⁽¹⁴⁾ A burla e a mentira ajudaram a desferrir, lá se vão 500 anos, o primeiro golpe em Pachamama.

Tendo examinado esse velho problema, vamos a outro atual: o poder que é exercido pelos meios de comunicação no âmbito do estado democrático de direito, especialmente no que se refere ao sistema penal. Trata-se, desde logo, de um poder pouco legítimo —afinal, o cargo de proprietário de meio de comunicação não é submetido a escrutínio popular— mas

(11) BERNARD, VINCENT, 1492: *descoberta ou invasão*, V. Ribeiro (trad.), Rio de Janeiro, Zahar, 1992, p. 58.

(12) TODOROV, TZEVETAN, *op. cit.*, p. 72.

(13) *Ibid.*, p. 87.

(14) *Ibid.*, p. 94.

arrasador e perigosamente apto à construção de realidades. Esse imenso poder não pode ser objeto de regulação? É possível deixar sem controle essas agências que, solidárias no processo de acumulação do capital, detêm ainda o direito exclusivo de construir consciências, formatar visões de mundo e demonizar classes sociais? Quem serve a esse projeto nefasto de criminalização e marginalização de nosso povo pobre senão os comunicadores sociais, os descendentes de Cortez? Se isso é uma questão política, como todos sabemos, é muito grave que o Estado brasileiro silencie a respeito. Fazendo-o, repete postura que adotou durante a ditadura, quando o silêncio o converteu em cúmplice das brutalidades que se praticavam. Não é possível que a liberdade de expressão, princípio liberal que garante a todos o direito de manifestar seu pensamento, imponha óbice à regulação da mídia. Destruído pelos meios de comunicação mais poderosos do país, notadamente as Organizações Globo, um grande político brasileiro, herdeiro da melhor tradição trabalhista nacional —correspondente a essa força política visceral que na Argentina conta com quatro expressões, sendo a primeira e a última tão progressistas e comprometidas com os anseios populares— protagonizou debate curioso sobre o direito à propriedade. Numa ocasião em que se reunia em ambiente bastante conservador, Leonel Brizola foi indagado por um jovem interlocutor acerca da natureza do direito à propriedade. Estava dito nas entrelinhas da provocação que o velho político trabalhista o relativizaria se chegasse ao poder. A resposta de Brizola não poderia ter sido mais pedagógica: “A propriedade é um direito fundamental previsto em nossa Constituição. É um direito tão fundamental e importante que todo mundo deve desfrutá-lo”. Devemos dizer algo semelhante aos proprietários dos meios de comunicação: a possibilidade de manifestação do pensamento é um direito tão fundamental e importante que todos devem desfrutá-lo. Não combina com a natureza desse direito que seu desfrute seja privilégio exclusivo de alguns grupos empresariais e familiares e que ele continue sendo colocado a serviço da acumulação de capital, fortalecendo monopólios e capturando consciências.

São imensuráveis os efeitos de tamanha concentração de poder sobre os sistemas penais brasileiro e latino-americano. A propósito, referindo-se ao “linchamento público” exercido “com o auxílio do mass media”, em tantos casos, Ferrajoli observa que se hoje ainda se pudesse falar de uma ação “exemplar” do sistema penal, ela proviria “não tanto da pena, e sim do processo e mais exatamente da acusação e de sua amplificação

realizada, sem possibilidade de defesa, pela imprensa e pela televisão". Para o notável Mestre, "reapareceu, assim, em nossos dias a velha função infamante característica do direito penal pré-moderno, quando a pena era pública e o processo secreto. O pelourinho foi hoje substituído pela exibição do acusado nas primeiras páginas e na televisão; e não como consequência da condenação, e sim da acusação, quando ele ainda é presumidamente inocente".⁽¹⁵⁾ Para além do "devastador efeito que notícias bombásticas e sensacionalistas podem causar na vida das pessoas envolvidas e excessivamente expostas", registrado por Martins de Andrade,⁽¹⁶⁾ estão os não menos devastadores efeitos sobre a imparcialidade do julgamento. Como a professor Simone Schreiber registrou, "a forma como a imprensa lida com o fato criminal (...) e a ocorrência de campanhas de mídia pela condenação de réus em determinados processos pode comprometer o julgamento justo".⁽¹⁷⁾ Entre as características dessa "forma como a imprensa lida com o fato criminal", o saudoso Bustos Ramírez destacou duas. Em primeiro lugar, temos que na obtenção de informações os meios de comunicação "se orientam pelo que consta nos informes policiais, orais ou escritos".⁽¹⁸⁾ A segunda característica reside no emprego pela mídia, ao versar um caso criminal, da "linguagem do conto de fadas, colocando as coisas (como se faria para crianças) em grossos traços de bons e maus, e os maus sendo muito maus".⁽¹⁹⁾ Este maniqueísmo deságua, como notou Carvalho Natalino, numa "demonização", através da qual os indiciados "são frequentemente referidos de forma pejorativa, implícita ou explicitamente, mediante por exemplo o uso de metáforas e adjetivações".⁽²⁰⁾ Uma terceira e decisiva característica, sobre a qual não se deteve Bustos, está na atitude pública que a mídia sempre procura atribuir-se, camuflada qualquer motivação relacionável às afinidades políticas ou aos interesses econômicos dos controladores do jornal ou da televisão. Um pesquisador viu nesta atitude uma evocação do poder moderador de

(15) FERRAJOLI, LUIGI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, P. IV, cap. 10, 44, 6.

(16) ANDRADE, FABIO MARTINS DE, *Mídia e Poder Judiciário. As Influências dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 248.

(17) SCHREIBER, SIMONE, *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 373.

(18) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J., "Los medios de comunicación de masas", en Bergalli, Roberto et al. [orgs.], *El Pensamiento Criminológico*, vol. II, Bogotá, Temis, 1983, p. 58.

(19) *Ibid.*, p. 59.

(20) NATALINO, MARCO ANTONIO CARVALHO, *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Crimina-lidade Violenta e Controle Punitivo*, San Pablo, IBCCrim, 2007, p. 85.

nossa primeira Constituição;⁽²¹⁾ assumindo o papel de guardião da moralidade e da eficiência nos serviços públicos, “o jornalismo brasileiro vai ‘cobrar’ a correção dos três poderes constitucionais”.⁽²²⁾ Por isso se fala de uma concorrência entre mídia e Justiça.

Na metade do século XX, a Corte Suprema dos Estados Unidos já amadurecera sua compreensão sobre os estragos que campanhas da mídia podem causar na imparcialidade do júri, estragos que já pudera observar num julgamento na última década do século XIX. Em 1951, num julgamento que tinha como núcleo da controvérsia não terem sido recrutados jurados negros (os réus eram negros), a constatação de feroz campanha midiática levou o Juiz Jackson a afirmar que “o julgamento não passou de uma cerimônia legal (*legal gesture*) para averbar um veredito já ditado pela imprensa e pela opinião pública que ela gerou”.⁽²³⁾ O mais importante neste voto é a percepção clara que teve o Juiz Jackson de que a opinião pública pode ser gerada pela imprensa, e de que quando isto se dá a sentença não passa de averbação judicial de um veredito já anteriormente ditado: a mídia já julgara (*trial by the media*). Mencionemos apenas outro caso, submetido à Corte Suprema três lustros mais tarde. Em *Estes vs. Texas*, considerou-se que o julgamento fora afetado não só pelo conjunto anterior de reportagens e crônicas, mas também pela presença de câmeras e jornalistas durante a audiência (o Texas, ao lado de Oklahoma e Colorado, era um Estado que, ao contrário de todos os demais, não restringia o acesso da mídia a atos judiciais). Tanto escândalo em torno de um processo criminal se explicava por ser o réu Billie Sol Estes, a quem se imputavam diversas fraudes, amigo do Presidente dos Estados Unidos Lyndon Johnson. O julgamento foi anulado, tendo a Corte Suprema estipulado, lapidarmente, que a publicidade do julgamento constitui uma garantia constitucional do acusado e não um direito do público (*Estes vs. Texas*, 381 U.S. 532 - 1965). A circunstância de referirem-se tais decisões à influência sobre jurados não deve iludir-nos. Como adverte Martins de Andrade, “o juiz (togado ou leigo) é um membro integrado e ativo da sociedade (...) suscetível às influências culturais e ideológicas

(21) AFONSO ALBUQUERQUE, “Um outro “quarto poder”: a imprensa e o compromisso político no Brasil”, en *Contracampo*, nº 4, Niterói, UFF, 2000.

(22) MENDONÇA, KLEBER, *A Punição pela Audiência*, Rio de Janeiro, FAPERJ-Quartet, 2002, p. 48.

(23) US SUPREME COURT, “Sheperd vs. Florida”, 341 U.S. 50-1951.

[como] aquelas exercidas pelos órgãos de comunicação”.⁽²⁴⁾ Também Anitua, incorporando lição de Leone, assinala que a imparcialidade de juízes e promotores de Justiça (“fiscales”) pode ser afetada pela publicidade opressiva sobre casos criminais.⁽²⁵⁾ Produz um desastre muitas vezes irreparável a forma como os meios de comunicação interferem no direito a um julgamento justo, especialmente em países como o Brasil, cujo povo não dispõe de qualquer mecanismo de controle ou regulação da mídia. Através do sistema penal e de toda a tragédia humana que vem a reboque dele, a mídia ainda aumenta o seu poder e amplia consideravelmente sua esfera de influência, criando e impondo pautas às Polícias, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Foi vergonhosa a atuação recente da imprensa brasileira na cobertura de um julgamento rumoroso conduzido pela Corte Suprema, cujos protagonistas, destacadas lideranças políticas de outrora, submeteram-se a intensa e descontrolada campanha difamatória, no curso do processo inclusive. Talvez hoje a proximidade cronológica com os fatos não nos permita ver isso com tanta claridade, mas daqui a cinquenta anos esse passado será motivo de vergonha, uma ignomínia nacional. Uma quantidade fantástica de garantias individuais e princípios essenciais do nosso regramento constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal, é cotidianamente vilipendiada pelos meios de comunicação, que assim definem o destino de réus, presos provisórios e suspeitos. Os problemas práticos suscitados pelo *trial by the media* angustiam juízes e tribunais comprometidos com o Estado de direito, que passam a ter na racionalidade da dogmática jurídico-penal a mais segura bússola para contornar preconceitos desapercebidamente inculcados.

Há quinhentos anos atrás, as palavras de Cortez iniciaram um genocídio sobre uma população em cuja cultura a mentira era um delito. Se a lei de Montezuma ainda estivesse em vigor, a redação de certos jornais que conhecemos estaria vazia... Democracias que se prezem têm de regular a interação entre a mídia e o sistema penal. Ainda que desbordando do conceito jurídico-penal, a violência das palavras também deve ser contida.

Não quero ultrapassar o meu tempo em mais nenhum segundo. Ninguém está mais interessado do que eu em ouvir León Arslanián, Lola Aniyar de

(24) ANDRADE, FÁBIO MARTINS DE, *op. cit.*, p. 295.

(25) ANITUA, GABRIEL I., *Justicia Penal Pública*, Bs. As., Del Puerto, 2003, p. 113.

Castro e Fernando Tenorio Tagle. Quero dizer que estou muito feliz por me encontrar aqui com os senhores. Estamos muito felizes de saber que aqui existem mulheres e homens capazes de enfrentar esse poder, de passar por todas as agruras às quais nos submetemos quando enfrentamos este poder ilegítimo, mas o enfrentam ainda assim para dele libertar o povo argentino.



LOLA ANIYAR DE CASTRO⁽¹⁾



Violencia, guerra y mercados⁽²⁾

1. Los antecedentes: violencia institucional y violencia institucionalizada

“Una vez un hombre grande le quitó la comida a un hombre chiquito. Pero, para podérsela quitar, tuvo que correr tras él por kilómetros y kilómetros —porque el hombre chiquito era muy ágil— y además sufrió algunos rasguños en el forcejeo por la presa.

Entonces, el hombre grande se propuso encontrar un método más cómodo para apoderarse de la comida del hombre chiquito, y lo encontró. Estaba el hombre chiquito devorando un pato que acababa de cazar, cuando el hombre grande se le acercó y le dijo:

—Oye, ese pato es un palmípedo. Por lo tanto, me lo tienes que dar. Y si no me lo das, entonces te aplicaré un artículo.

Y el hombre chiquito, como no sabía lo que era un palmípedo y muchos menos un artículo, entregó el pato rápidamente para evitar males mayores...

Otro día, el hombre grande encontró al hombre chiquito relamiéndose después de haber almorzado un sabroso conejo.

(1) Abogada y criminóloga venezolana. Doctora en derecho. Docente e investigadora de la Universidad de Zulia, Venezuela. Ex Gobernadora electa en el Estado de Zulia entre 1993 y 1995. Fundadora del Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica (1974). Conforma (única latinoamericana) el Comité de Estocolmo que otorga el Premio Internacional de Criminología. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

(2) Ver también ANIYAR DE CASTRO, LOLA (comp.), *Los rostros de la violencia. XXIII Curso Internacional de Criminología*, t. 1, Maracaibo, Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad del Zulia, 1974.

—¿Cómo, le dijo, te atreves a comer sin llamarme?

—No me pareció necesario —le contestó el hombre chiquito— porque el animal que me comí no era un palmípedo, era un conejo.

Entonces el hombre grande sacó un enorme garrote y la emprendió a garratas contra el hombre chiquito.

—¿Y eso —gimió el hombre chiquito— qué es?

A lo cual respondió el hombre grande:

—Ese es el artículo”.

Así, con este cuento del muy serio humorista venezolano Aquiles Nazoa, inicié el discurso de apertura del XXIII Curso Internacional de Criminología, de la Sociedad Internacional de Criminología (que, por cierto, reaccionó con conservador disgusto) sobre el tema de la violencia en América Latina, que se realizó en 1973 en Maracaibo.

Encontré el cuento entre mis viejos libros, y también la justificación del porqué como Directora de aquel Curso —que duró una semana y que, por cierto, inició las actividades del Grupo Latinoamericano de Criminología Comparada que duraron unos 17 años—. Había elegido analizar el tema de la violencia en América Latina. La justificación, textualmente, decía: “el haber sido por 10 años profesora de Derecho Penal (la materia jurídica de violencia más explícita), en una Facultad de Derecho; el haber debido enfrentar la violencia individual como Directora de un Centro de Investigaciones Criminológicas; y el vivir en América Latina (...) una de las regiones del globo más signadas por una violencia permanente”.

Ese Curso, en el que venezolanos y latinoamericanos, en su mayoría, insistieron sobre el rol de los medios de comunicación en la creación de los estereotipos sobre el hambre, los exterminios masivos y la violencia política e institucionalizada indicaba, ya en los años 70, el comienzo de un camino a transitar —con fenomenología local actualizada—. Arrancaba en América Latina la criminología radical.

Para los latinoamericanos que allí había, incluso para los que se fueron sumando a la composición del Grupo Latinoamericano de Criminología Comparada, fue un momento de encuentro, más que un reencuentro, porque no nos conocíamos, aunque sí estábamos al tanto de los excelentes e innovadores libros latinoamericanos de la época, provenientes

de otras “latitudes disciplinarias”, y que estaban a la cabeza de la temática internacional (Galeano, Fals Borda, Darcy Ribeiro, Agustín Blanco, Julio Barreiro, Helder Câmara, entre muchos otros). Esto permitió a la criminología regional la entrada a la transdisciplina e impulsó una irrupción continental contra el positivismo.

En aquel Curso se encontraban también grandes figuras de la nueva criminología europea (para esa época se consolidó el interaccionismo): Nils Christie acuñó su poderosa definición del “Poder como poder de definir” y dudó de la posibilidad de definir la violencia; también Stanley Cohen insistió en el aspecto definicional de ese concepto; Szabo se paseó por la antropología social y la filosofía; Severin-Carlos Versele insistió en las cifras doradas de la delincuencia y en la violencia institucional; Karl O. Christiansen dudó de los resultados sobre sus propias y masivas investigaciones sobre gemelos univitelinos (hoy, replicada en Estados Unidos), llamando en su ayuda a la psicología social. El afroamericano Robert Staples habló sobre colonialismo interno y violencia negra. El antipsiquiatra Basaglia enfrentó la realidad de las instituciones cerradas (primero como detenido por los fascistas; luego, como dice, estando supuestamente “de la parte de los carceleros”); y denuncia, textualmente, que “si se actúa dentro de una de estas instituciones creadas por nuestra ‘ciencia’ y por nuestra ‘civilización’, nos damos cuenta de que cada instrumento técnicamente innovador no ha servido, en realidad, más que para dar un aspecto formal nuevo a condiciones cuya naturaleza y significado quedaban inmutables (como simples instituciones de custodia), en los cuales la ideología médica es una coartada para la legalización de la violencia”.

Así, “violencia” resultó ser, como lo han dicho los lingüistas, un concepto de “sobrecarga semántica”.

En nuestro continente, la investigación comparada sobre violencia en América Latina, que siguió a este Curso, innovó dándole contenido regional a una época signada por la violencia política, tanto en América Central como en el Cono Sur; y en la violencia estructural, a lo ancho de todo el continente.

Volviendo a la parábola del hombre chiquito y el hombre grande, ya hemos discurrido bastante en otros escritos sobre qué significa el “garrote del artículo”: él simboliza algo más que la ley, más que el derecho, es toda la carga de legitimación aplicada a través de los controles sociales —formales e informales—, que conforman la ideología de resguardo de un orden determinado.

De la violencia del control penal hay mucho que decir, y mucho se ha dicho, tanto en el mundo como en América Latina. En la década del 70, la violencia era abundantemente política, ideológica, y ahogaba en sangre a América Central y el Cono Sur.

Aunque han pasado tantos años, pareciera que muy poco ha cambiado el panorama. La violencia parece haber dejado de ser política, pues no se ve orientada a asumir un poder que no sea el económico. Tal vez la violencia interpersonal ha crecido (digo “tal vez” porque las cifras latinoamericanas para los años 70 eran imprecisas o desconocidas). Pero sus manifestaciones han ido cambiando con el tiempo y sus circunstancias.

2. La violencia interpersonal: problema fundamental del siglo XXI

El mercado siempre estuvo en la historia del control penal: tanto en la criminología clásica⁽³⁾ como en la actual —que lo enfoca en negativo—, y en los derechos humanos, vistos en su totalidad. Entre las diversas razones de la presencia del mercado en el control penal, no es menor la seguridad demandada por el nuevo “imperio del mercado” y por sus modelos socio-económicos globalizados, que son los dos emblemas del siglo XXI: la **seguridad** y el **miedo**.

Por ello, se ha dicho que el tema de la inseguridad se convertirá para el mundo entero —y lo está haciendo— en el problema más importante del siglo XXI: lo vemos en la Unión Europea y en sus nuevas legislaciones para controlar y contener la nueva clase internacional proletaria (la que solo produce prole), proveniente, por exilio famélico o político, del tercer y cuarto mundo.

Hoy “seguridad”, a menos que se hable de “seguridad de los derechos”, es una mala palabra: huele a uniforme policial o militar; a guerra, a muerte y a más violencia.

Y, adicionalmente, **inseguridad** y **miedo** son temas con efectos perversos en el imaginario colectivo.

A nivel global, ha conducido a normativas y acciones violatorias de los derechos humanos; a controles extremos, y a guerras e invasiones bajo la

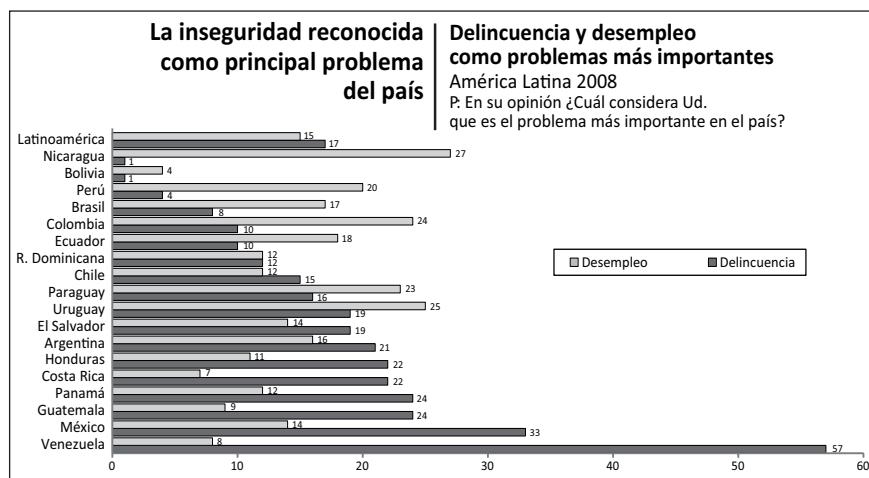
(3) Ver PAVARINI, MASSIMO, *Control y Dominación*, México, Siglo XXI, 1983. También el libro que escribió conjuntamente con Melossi, *Carcere y Fabbrica*, de la misma editorial.

bandera de proteger la seguridad de algunas naciones de la amenaza del terrorismo o de las armas químicas o nucleares. Y hasta a la interferencia de las comunicaciones públicas y privadas. El mercado tiene ya definido a su enemigo: el Otro, el diferente. El que no produce y apenas consume.

El riesgo mayor, en el campo de la justicia penal, es la pérdida de las garantías, que son el derecho de los derechos. Se ve en la política criminal de tolerancia cero, en el “one, two, three, strikes and you are out”; en las teorías dogmáticas del derecho penal del enemigo, en el de las diferentes “velocidades”; todo ello aliado, en teoría criminológica, al neopositivismo biológico.

La inseguridad, sin embargo, es un tema central de la agenda política latinoamericana, como lo indica la siguiente diapositiva:

DIAPPOSITIVA 1.



Hoy me toca discurrir sobre violencia en América Latina. Sospecho que la intención es que me sume a una serie de investigaciones que se están realizando, particularmente en Argentina, sobre los delitos de violencia convencional. Pero, para hablar de la violencia interpersonal, es menester pensarla desde una perspectiva totalmente sociológica y, en consecuencia, abordarla como una concepción epidemiológica, dentro de una explicación socio-económica⁽⁴⁾. Eso intentaremos.

(4) El primero en usar ese método fue Héctor Abad Gómez del Instituto Cisalva, Universidad del Valle, Cali, Colombia. Fue luego desarrollado por William Haddon Jr., de la Universidad de South Carolina, EEUU.

El hecho que los homicidios sean un fenómeno que, ciertamente, aumenta en todo el continente —aun en aquellos países con una incidencia que, de todas maneras, sigue siendo muy baja (como Perú, Chile, Argentina, Costa Rica)—, nos permite un análisis más global. Porque también crece en el mundo, aunque en menor medida.⁽⁵⁾ Por lo tanto, el fenómeno puede analizarse epidemiológicamente, no como una enfermedad, por supuesto (porque, por el contrario, “significa que no se trata de problemas biológicos ni genéticos, ni nada que tenga ver con factores clínicos), [sino como] un elemento social que encuentra un caldo de cultivo favorable para extenderse a toda una región”.⁽⁶⁾

Lo que organismos y expertos nos informan es la mala noticia de que América Latina es la región más violenta del mundo. Por ejemplo, ¿qué nos dice la Organización Mundial de la Salud?

El promedio de homicidios en América Latina para el 2008 fue de 30 por 100.000 habitantes. El homicidio es la primera causa de muerte entre 15 y 44 años, la edad más productiva. Comparemos esos datos con las siguientes cifras.

Según el “*World Report on Violence and Health*”, en el 2000 hubo aproximadamente 1,6 millones de muertes en el mundo. Esto incluye muertes por suicidios, por guerras (5,2 por 100.000) y por **homicidios** (8,8 por 100.000); homicidios que, en nuestra región, fueron 30 por 100.000. Es decir, 3 veces más que en Europa; casi 4 veces más que en el Mediterráneo Oriental; casi 5 veces más que en el Sudeste Asiático, y 8 veces más que en el Pacífico Occidental.

Los países con medianos y bajos ingresos, que son los de América Latina en su totalidad, tienen 3,5 veces más homicidios que los de mayores ingresos (10,1 contra 2,9 por 100.000). Y, también más homicidios que suicidios (27,7 contra 6 por 100.000), al revés que en el resto del mundo donde hubo 8,8 homicidios y 14,5 suicidios por 100.000.

(5) La significación del homicidio es tal que según el Informe Mundial sobre Violencia y Salud hubo aproximadamente 1.6 millones en el año 2000, incluyendo las guerras, pero en esa cantidad, el homicidio común, fue mayor que el producido en las guerras (8.8 por 100.000 frente a 5.2 por 100.000).

(6) Ver en *International Journal of epidemiology*.

En nuestra región, esto conduce a políticas de "mano dura", de "mano durísima", de "peñonazos contra el crimen", y de "guerra contra el delito", a los registros corporales abusivos, a los ajusticiamientos extrajudiciales y a políticas de "profilaxis social". Ha conducido al endurecimiento de las penas, a la desaparición de la esperanza en un derecho penal mínimo, a la justicia tomada por mano propia, a las penas informales, a la militarización o "policialización" de la prevención —con sus consecuencias de penas informales— y a los recursos procesales expeditos bajo excusa de flagrancias definidas arbitrariamente por las leyes e impulsadas por el miedo al delito de la población, que quita o acumula votos, pero sobre todo que pide ajusticiamientos, pena de muerte, linchamientos, y que solicita políticas militaristas o policializadas, que son las más frecuentes, fáciles y peligrosas pues multiplican la violencia impune, aplaudida y arbitaria, y consolidan la cultura de la muerte.⁽⁷⁾

Veamos lo que piensan los sectores más precarizados, principales víctimas de las violencias institucionales e institucionalizadas:⁽⁸⁾

DIPOSITIVA 2.

El estrato IV se inclina proporcionalmente **más**, en comparación con su representación poblacional, a militarizar la lucha contra la delincuencia (62,80%), a permitir la pena de muerte (57,50%) y a generar fuentes de empleo, combatir la pobreza y depurar a las policías (aproximadamente 55% cada una de ellas).

Finalmente, **el estrato V** se inclina, proporcionalmente **más** en comparación con su representación poblacional, a restringir las garantías constitucionales (47,80%), a aumentar el número de policías (27,30%) y a generar fuentes de empleo 1,70%).

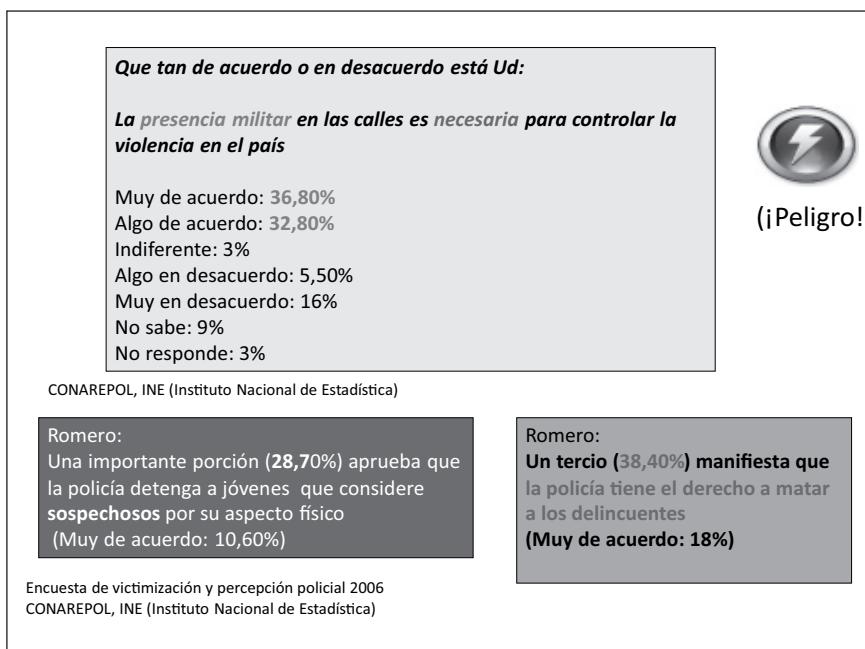
Encuesta de victimización y percepción policial 2006
CONAREPOL, INE (Instituto Nacional de Estadística)



(7) Los resultados del Plan Patria Segura en Venezuela en manos militares ha ocasionado en sus primeros días varios homicidios, más que violentos, "por error", por parte de componentes de una Guardia Nacional entrenada para matar en guerras en defensa de alguna supuesta soberanía, pero no para ser policía ni agente de prevención.

(8) Resultado de una encuesta masiva de victimización y percepción policial realizada oficialmente en Venezuela en el 2006 por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), CONAREPOL.

DIAPOSITIVA 3.



Lo cierto es que además, América Latina en muchas de sus grandes urbes, está tomada por una guerra de baja intensidad entre el aparataje armado y los grupos disruptivos del orden impuesto. Sin embargo, en el primer gráfico vimos que no siempre las cifras del miedo se corresponden con la medida de la violencia, comparando el miedo con cifras de violencia homicida por país.

3. Las cifras y nuestras reservas

Por muchas de las razones expuestas, y porque hay una victimización primaria y secundaria preocupante, en virtud del tipo de personas que están sufriendo la violencia homicida, tenemos que considerar la situación en términos responsables.

Entiendo que las cifras, aún aproximadas —como son las cifras que se recogen a veces con métodos, definiciones y criterios diversos—, pueden conducirnos a conclusiones capaces de racionalizar la creciente política criminal autoritaria que se está implantando a través del brazo mediático, en el mundo y en el subcontinente. Las cifras, aunque enseñan, también ocultan.

Voy a dar algunas cifras. Pero las daré con las reservas propias de quien conoce la realidad caótica del campo.

Particularmente, los homicidios son los casos que más preocupan y los que menos pueden esconderse, pues se trata del derecho a la vida y de las víctimas secundarias que genera. También hay que mencionar que en los casos de homicidio, las cifras son más aproximadas porque hay mayor dificultad para esconder a la víctima. De hecho, las lesiones son consideradas de menor intensidad, ya que su cifra oscura es enorme.

No obstante, por razones políticas, como veremos, en el sub-registro de los homicidios en general, el falsear números, ocultarlos o buscar atajos para su publicación, parecen ser la regla.

Estas reservas, resumidamente, son:

- a. Las atinentes a la definición de la violencia. La violencia institucional y la institucionalizada, ya mencionadas, son ratificada por los estudios del Banco Mundial, que nos dice (textualmente) que "el acceso desigual al cuidado de la salud es el principal asesino de madres y niños: los niños de hogares con menores ingresos mueren 5 veces más que los otros niños antes de los 5 años de edad".

Por otra parte, existen, asimismo, la violencia que se ha llamado "tradicional", que sería "la respuesta que se produce en un conflicto fuerte entre autores, públicos o privados";⁽⁹⁾ y "la violencia más organizada, que tiene muy variadas formas de estructuración y de objetivos y que genera normalmente altos índices de fallecidos" (generada por los mercados de la droga prohibida, armas, tráfico de personas, secuestros, delitos informáticos, pornografía infantil, extorsión a cambio de protección, corrupción, contrabando, etc.). La variedad es muy grande, y además cambiante.

- b. La selectividad del mal llamado sistema penal, que se inicia bajo la influencia de la actividad de la víctima o de sus familiares, y que cristaliza en una enorme cantidad de variables que dependen de los criterios de las diversas corporaciones del sistema penal (el trabajo social, la policía, el Ministerio Público, la Defensa Pública y privada, el Sistema Penitenciario, etc.).
- c. La dificultad para hacer estimaciones comparadas debido tanto a las diferencias en la recolección de datos y a sus métodos definitorios para su inclusión estadística como a la nomenclatura de su registro (policial, del Ministerio Público, judicial, u otro).
- d. La seriedad (confiabilidad) política de esas estadísticas, ya que el secretismo en esta área suele ser un recurso usual de los gobiernos.
- e. Los ajusticamientos que lleva a que los fallecimientos no suelan aparecer como homicidios sino como muertos por resistencia a la policía. Asimismo, una gran cantidad de homicidios se esconde tras denominaciones escurridizas.

(9) CARRIÓN, FERNANDO, *La Violencia en Ecuador*, Ecuador, Flacso, 1994.

Así lo vemos en el caso de Venezuela:

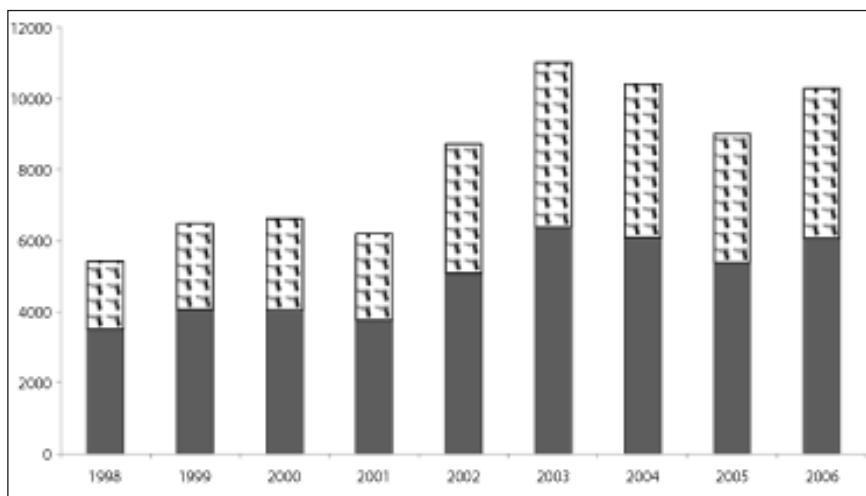
Resistencia a la autoridad:⁽¹⁰⁾ el CICPC define como resistencia a la autoridad los fallecimientos ocurridos durante un supuesto enfrentamiento entre civiles y policías. Estas muertes han registrado una variación de 160% entre 1999 y 2007, a nivel nacional; y de 120% en el Distrito Metropolitano de Caracas.⁽¹¹⁾

Resto de muertes violentas: estos fallecimientos son puestos al margen de las 25 principales causas de decesos incluidas en la calificación oficial. Es decir, una gran parte de los homicidios no son reconocidos y se atribuyen a “causas de mortalidad mal definidas o sin diagnóstico tratante”, siendo presentadas como “resto de muertes violentas”. Las muertes registradas por esta causa aumentaron casi el doble entre 1998 y 2006 pasando de 3500 a 6069.

Pero, la mayor parte de estos decesos son producto del uso de **armas de fuego**. El porcentaje de muertes causadas por armas de fuego dentro del régimen “resto de muertes violentas” fue de 55% en 1998 y, en 2006, de 70%.

En el siguiente gráfico se puede ver cómo la cifra de “resto de muertes violentas” casi se ha duplicado entre 1998 y 2006 (INCOSEC).

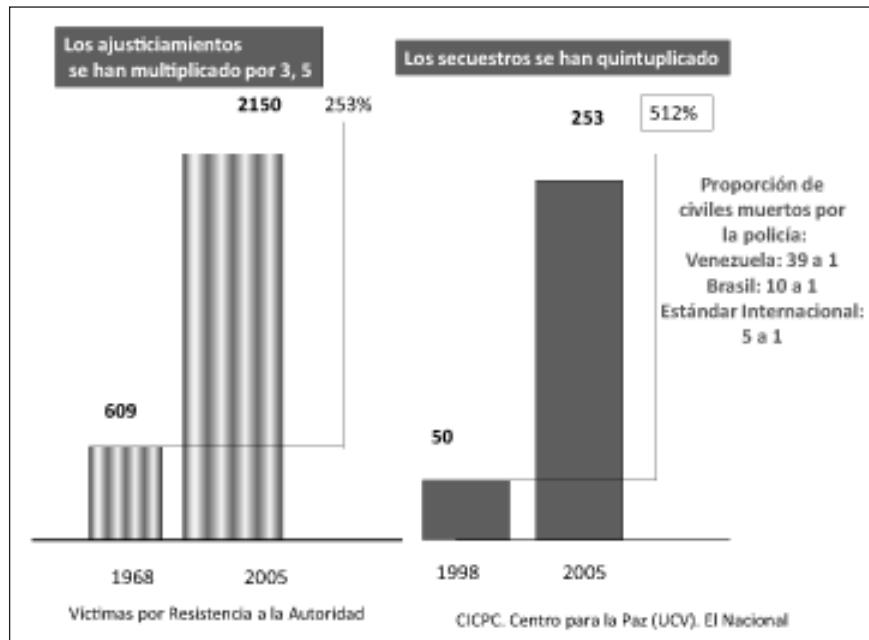
DIAPOSITIVA 4.



(10) Este primer rubro se encuentra también en Brasil.

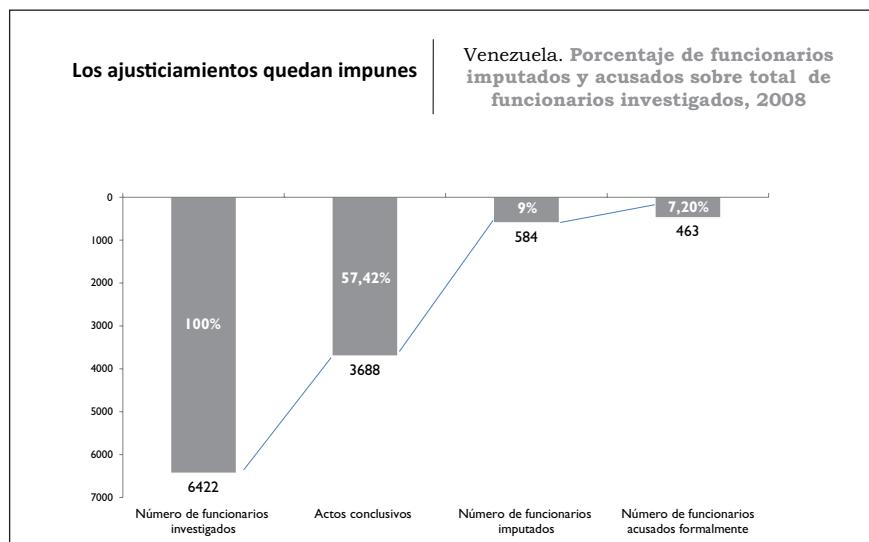
(11) Una investigación latinoamericana, en los años 80, las definió como “muertes anunciadas”.

DIAPOSITIVA 5.



La parte rayada de las barras son las muertes excluidas de las cifras de homicidio: de 65% en el 2001, se pasa a 71% en el 2002; luego a 73% (2003); a 71% (2004); 67% (2005); y a 70% (2006).

DIAPOSITIVA 6.



Cifras de INCOSEC.

Es bueno recordar que la violencia policial no existe solo por homicidios, es decir, cuando se hace el uso indiscriminado de las armas. Se considera violencia policial también el desenfundar el arma sin causa; los golpes y torturas; el uso de lenguaje amenazante, abusivo u obsceno; las amenazas de detención o de disparo; el arresto ilegal; la entrada en predios sin autorización; y la destrucción o daños a la propiedad.⁽¹²⁾ **De esta violencia no suele haber cifras.**

Algunos de los motivos son:

- a. Entre homicidios y ajusticiamientos no sancionados —y, por lo tanto, posiblemente no registrados— y los llamados “restos de muertes violentas” —a los que deberíamos agregar los muertos por violencia en las cárceles, que solo en el 2010 en Venezuela fueron 476— son muchas las personas asesinadas que pasaron al “limbo de lo desconocido”. Esto sirve muy poco para una evaluación de políticas preventivas y mucho para esconder la falta de fortaleza institucional.
- b. La dificultad de detectar, medir o encontrar registros de los homicidios que se realizan a través de actividades empresariales —públicas o privadas— que generan productos medicinales, alimenticios o de otro orden que pueden causar la muerte. Deberían poder medirse, igualmente, las muertes causadas a los trabajadores por incumplimiento empresarial de las reglas de seguridad industrial y/o por la falta de mantenimiento de maquinarias peligrosas —estatales o privadas— para el entorno urbano o adyacente a empresas de riesgos conocidos, como las relativas a fuentes de energía (como electricidad, gas, petróleo, carbón, minería, o fábricas cementeras).⁽¹³⁾
- c. También, generalmente, se excluyen los fallecidos por el Estado de las vías de comunicación, su señalamiento y su control. Los llamados “accidentes de tránsito” son una de las mayores fuentes de violencia y no es fácil discernir si se trata de accidentes o de homicidios culposos de los particulares o del Estado por omisión. Estos homicidios quedan sumidos en la oscuridad estadística.
- d. Uno de los síntomas de una gigantesca violencia institucional, y ya institucionalizada, es el hacinamiento penitenciario,⁽¹⁴⁾ con su carga de horror, y con muertos abundantes intramuros; muertos que, por supuesto, generalmente no se incluyen en los registros de homicidios, quizás por no considerarse a los detenidos como personas con derechos. La cárcel latinoamericana es una permanente violación a la Convención contra la Tortura.

Ese hacinamiento obedece a incompetencias del sistema de Justicia, pero también a la expresión simbólica de quienes son “los malos” en la sociedad,

(12) Ver RAMESH, DEOSARAN, “El uso de la fuerza en el Caribe. Hacia un análisis social y psicológico” en Gabaldon, Luis Gerardo y Birkbeck, Christopher, *Policía y Fuerza Física en Perspectiva Intercultural*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

(13) Tragedias como la de la explosión de la planta de Amuay, suscitada en Venezuela por falta de mantenimiento, son un ejemplo de ello.

(14) Venezuela, en el 2013, está en el antepenúltimo lugar en materia de hacinamiento penitenciario en el mundo, solo “superada” por Filipinas y Haití.

y a la necesidad política de contener mano de obra no absorbida por un sano proceso de producción. Se trata de una problemática alimentada por las mismas políticas populistas que, producto del miedo al delito, al menos en Venezuela, han ido desmembrando el Código Orgánico Procesal de sus elementos más progresivos, como gran parte de los acuerdos reparatorios, la eliminación de Jurados y de Jueces legos, la parálisis de la Justicia de Paz, y la no aplicación de los mal llamados beneficios procesales.

A partir del 2005, en Venezuela se dio la instrucción de no dar cifras oficiales. Por lo tanto, acudimos tanto a los Anuarios del Ministerio de Salud Pública —que señalan las causas de muerte en el país—, como a las cifras de las encuestas de victimización. Asimismo, tuvimos en cuenta los ingresos a la morgue capitalina. Veamos algunos ejemplos del caso de Venezuela que, lógicamente, conozco mejor:

TABLA 1. CIFRAS OFICIALES CICPC (PTJ)

FUENTE	INE	CICPC (PTJ)	CICPC (PTJ)/INE
	Años	Población total	Asesinatos
1990	18.105.265	2474	13,7
1991	20.196.727	2502	12,4
1992	20.659.047	3266	15,8
1993	21.121.216	4292	20,3
1994	21.582.756	4733	21,9
1995	22.043.179	4481	20,3
1996	22.501.988	4961	22,0
1997	22.958.680	4225	18,4
1998	23.412.742	4550	19,4
1999	23.867.393	5974	25,0
2000	24.310.896	8022	33,0
2001	23.232.553	7960	34,3
2002	25.219.910	9617	38,1
2003	25.673.550	11.342	44,2
2004	26.127.351	9719	37,2
2005	26.577.423	9964	37,5
2006	27.030.656	12.257	45,3
2007	27.483.208	13.156	47,9
Total 99-07		88.011	

Entre 1998 (4550 homicidios) y 2007 (se llega a 13.156) la tasa sube de 19,4 a 47,9.

**TABLA 2. CIFRAS OFICIALES
DE LAS VEINTICINCO PRINCIPALES CAUSAS
DE MUERTE DIAGNOSTICADAS EN VENEZUELA DURANTE EL AÑO**

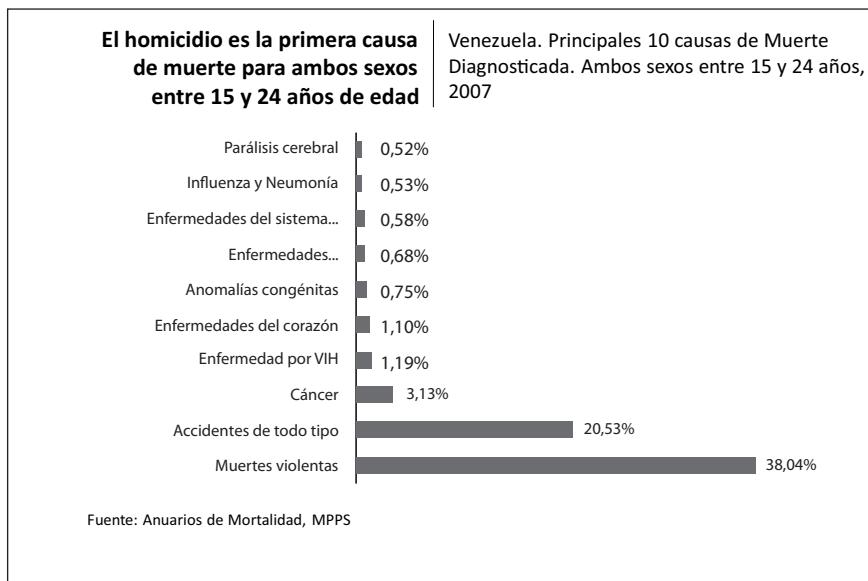
Años	Población total	Asesinatos	MPPS/INE (MSDS)	MPPS (MSDS)
			Tasa asesinatos 100.000 hab.	Causa de muerte
1990	18.105.265	2371	13,1	Séptima
1991	20.196.727	2121	10,5	Séptima
1992	20.659.047	2727	13,2	Séptima
1993	21.121.216	3126	14,8	Séptima
1994	21.582.756	3389	15,7	Séptima
1995	22.043.179	3130	14,3	Séptima
1996	22.501.988	3329	14,9	Séptima
1997	22.958.680	2863	12,6	Séptima
1998	23.412.742	2817	12,1	Séptima
1999	23.867.393	4017	16,9	Séptima
2000	24.310.896	6369	24,6	Quinta
2001	23.232.553	6568	28,3	Quinta
2002	25.219.910	7482	29,7	Tercera
2003	25.673.550	8790	34,2	Tercera
2004	26.127.351	7348	28,1	Cuarta
2005	26.577.423	7603	28,6	Cuarta
2006	27.030.656	8805	32,6	Tercera
2007	27.483.208	9470	34,5	Tercera
Total 99-07		66.452		

Fuente: Anuarios de mortalidad (2007).

MPPS (MSDS): Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

Entre 1998 y 2007 la tasa de homicidios por 100.000 habitantes sube de 12,1 a 34,5. De 2800 homicidios a 9740; de séptima causa de muerte, a tercera.

DIAPOSITIVA 7.



Situaciones como la mencionada en Venezuela se dan en otros países:

La Fundación de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, por ejemplo, muestra que entre 1999 y 2001 los homicidios ingresados a tribunales superan en seis veces la cifra que informaba para esos años el Ministerio del Interior (sobre la base de denuncias recibidas por la policía). En algunos casos se habla de "muertos"; en otros, de "hallazgos de cadáver"; eso no siempre coincide con los casos ingresados en tribunales como homicidios.⁽¹⁵⁾

De alguna manera estas inconsistencias incapacitan la cooperación académica para optar por un método único de recolección de cifras e impiden que estas sean señaladas con seriedad.

Si, como han reconocido especialistas, el grado de institucionalidad del Estado se define a partir de su confiabilidad pública y su seguridad numérica, mientras más fuerte sea su gobernanza e institucionalidad —y no ya su violencia—, arrojará cifras mayores. Su confiabilidad también permitirá mayor cantidad de denuncias de hechos violentos, particularmente de lesiones y violencia familiar.

(15) Al respecto, ver: BRICEÑO LEÓN, ROBERTO, "La nueva violencia urbana en América Latina", en *Sociologías*, año 4, n° 8, Porto Alegre, julio/diciembre 2002, pp. 34/51.

Con todas estas aclaraciones previas, hay que señalar que la violencia residual, que es la que aparece más o menos registrada, también es preocupante. Consignaremos a continuación sus características.⁽¹⁶⁾

4. Las características actuales de la violencia regional

No podemos ocultar el incremento epidemiológico de la violencia convencional. Lo cierto es que en América Latina —considerada, como vimos, por la OMS la región más violenta del mundo—⁽¹⁷⁾ su aumento, hoy en día, es letal. En un fin de semana (en Caracas, Medellín y San Pablo),⁽¹⁸⁾ hay proporcionalmente mayor violencia que muchas guerras, como las de Kosovo y el Medio Oriente.⁽¹⁹⁾ Los países que están en el grupo de violencia homicida más alta son Colombia, México, Venezuela, Brasil, Salvador y Honduras. En el grupo de violencia media están Perú, Argentina, Nicaragua, Ecuador, República Dominicana, Panamá y Paraguay. En el grupo con niveles de violencia baja están Costa Rica, Uruguay, Haití y Chile.

En América Latina, entre 1985 y 1994, se duplicó el número de viudas y aumentó la cifra de niños huérfanos (en 1985 hubo 43.000 huérfanos y la cifra subió a 73.000 en 1994). Elías Carranza⁽²⁰⁾ lo expresó en estos términos: "Todo lo que concierne a niños, niñas y adolescentes, y también a las personas jóvenes en general, es particularmente importante en América Latina y el Caribe por la gran dimensión de este grupo etario, ya que las personas menores de 18 años suman el 32% del total de la población regional al año 2013 (Naciones Unidas 2010). América Latina y el Caribe es titular en la actualidad de dos campeonatos mundiales vergonzosos. Es la región con la más alta inequidad en la distribución del ingreso (en

(16) Ver DAMMERT, LUCÍA y ARIAS, PATRICIA, "El desafío de la delincuencia en América Latina: diagnóstico y respuestas de política", en Serie Estudios Socio/Económicos, nº 40, julio 2007.

(17) La región sub-sahariana tenía más conflictos armados que Las Américas (22,2 por 100.000 contra 5,2 por 100.000). Cuando se excluyen los países de altos ingresos y se enfocan los de medios y bajos ingresos —los de América Latina—, estos fueron los más altos (27,5 por 100.000) 3 veces más que en Europa, 4 veces más que el Mediterráneo Oriental, 5 veces más que el Sudeste asiático y 8 veces más que el Pacífico Occidental. Citado por BRICEÑO LEÓN, ROBERTO; VILLAVECES, ANDRÉS y CONCHA EASTMAN, ALBERTO, en pág. web "Violencia en América Latina".

(18) Ver Organización Mundial de la Salud (OMS), 1999.

(19) Se calculan, en el 2013, 25.000 homicidios en Venezuela. La CICPC reconoció 58 homicidios diarios en los primeros 4 meses de este año (El Universal); 6675 entre el 1 de enero y el 25 de abril. El Ministerio de Justicia reconoce 3473.

(20) Ver su presentación al Simposio Internacional de Estocolmo, en junio del 2013.

África habría más pobreza, pero menor inequidad), y, consecuentemente, es también la región del mundo con las tasas más altas de delito violento medido por los homicidios dolosos”.

Podemos entonces considerar importante el fenómeno, no solo por las víctimas primarias, sino también por las secundarias. En términos generales, ya no es una violencia totalmente política, en el sentido tradicional —aunque hay evidentes vinculaciones con lo político— ya que no parece haber, a simple vista, una vocación o conflictos por el poder político —como sí los hay en Colombia, o la hubo antes en Perú, en el Cono Sur, en Centroamérica y en la violencia feudal del noreste brasileño—.

En Brasil, en un momento reciente surgió un fenómeno particular por su presencia carcelaria. En 1999, se hace evidente en San Pablo el Primer Comando de la Capital —PCC—, bajo el lema del Comando Vermelho: “Paz, Justicia y Libertad”; consignas que hacían público que estaban en contra del sistema capitalista, lo que podría darle un sentido político. Pero no tenemos otra información sobre su contenido real.

Puede decirse también que hoy, en períodos de paz, hay más muertos que en tiempos de las guerras que existieron en América Latina en el siglo pasado. Esto puede explicarse por una internalización de la cultura de la violencia durante el período post-bélico (Hagan); como vemos en El Salvador, donde se pasó, después de la guerra, de 72 homicidios por 100.000 a 139. Pero también, por otras razones que veremos más adelante, porque El Salvador y las maras suponen un fenómeno muy particular, que excede esa variable.

Algunos autores estiman que los países latinoamericanos, considerados todos entre los de medianos y bajos ingresos, aumentan la capacidad de victimización (27,7 frente a 6,9 por 100.000 de los de altos ingresos) por razones “comportamentales, culturales e institucionales”,⁽²¹⁾ todo lo cual es bastante difuso.

Pero, la pobreza no es la que determina las altas cifras de violencia. En efecto, aunque, según la CEPAL, en 1998 el salario mínimo fue inferior al de 1980 y en la región hubo 220 millones de pobres (24% de la población), los países más pobres tienen las tasas más bajas de violencia. Tal es el caso de Haití, Bolivia y Perú. De igual modo sucede en las regiones rurales

(21) Ver nota 14.

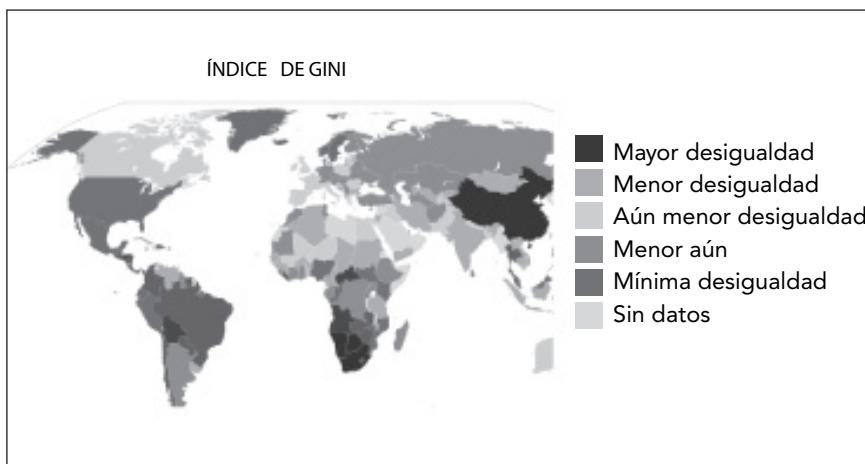
de cada país, pese a que tienen mayores carencias que las grandes capitales.⁽²²⁾ Es, entonces, la inequidad, la desigual distribución de la riqueza en un mismo país —que generalmente se mide con el índice de Gini—, la que genera esa violencia. Los altos ingresos de algunos países, si no se reparten de manera equitativa entre los ciudadanos —aunque se tenga la posibilidad de hacerlo—, desencadenan desequilibrios que suscitan violencias.

Al juntarse la precariedad de recursos con la extrema abundancia en las zonas urbanas se genera una racionalización particular del exterminio de “quien tiene más”. La pobreza y la riqueza son relativas.

Otros elementos que se indican como relacionados con la mayor violencia son: las tasas de urbanización y la existencia de una población mayoritariamente joven en los países. En efecto, se observa que los de población más anciana —como, por ejemplo, Uruguay— tienen menor índice de violencia.

Veamos en los gráficos siguientes el índice de Gini del 2013, que es matemáticamente calculado,⁽²³⁾ y otras formas de medir la inequidad:

DIAPOSITIVA 8.



(22) Ver CEPAL, *Equidad, desarrollo y ciudadanía*, Santiago de Chile, CEPAL, 2000.

(23) Fue diseñado por Corrado Gini. Se basa en la llamada “curva de Lorenz”, que es la distribución de la riqueza entre los individuos, y se expresa en porcentajes. Si todos en un país tuvieran la misma renta, tal porcentaje sería de 0, lo que implica la equidad absoluta.

DIPOSITIVA 9.

OTRAS FORMAS DE MEDIR LA INEQUIDAD

(BID 1999)

En América Latina, el 10% más rico recibe el 36% del total y el 40% más pobre recibe solo el 14%

Años de estudio: los más ricos estudian 7-8 años

Mujeres que trabajan en funciones directivas: 77% son de altos ingresos y 32% de bajos ingresos

Tipo de trabajo: informal

Tamaño del hogar: hay 6,3 personas en los hogares de menores ingresos y 4 en los de altos ingresos

Pero volvamos al tema de los jóvenes, que es central. No se trata de estigmatizar a la juventud, sino de ver cómo los jóvenes son víctimas y, a la vez, autores de la violencia. Representan, en todo sentido, a la población más vulnerable. Y es el futuro lo que está en juego.

DIPOSITIVA 10.

LOS JÓVENES

Que la violencia homicida en América Latina se manifieste más en países con mayoría de población juvenil, es significativo. Generalmente los actores son hombres y jóvenes. También ese fenómeno se nota en países de altos ingresos, pero con población joven.

Suele tomarse en cuenta que en América Latina, especialmente los países con mayor índice de violencia, tienen también un alto índice de desigualdad.

Se agrega que el desempleo de los jóvenes creció de 7,2 millones de jóvenes en 1995, a 9,5 millones en el 2005. El desempleo juvenil es de 16%: el doble de la media regional. Uno de cada dos desempleados del total, es joven. Una proporción de 2,8 jóvenes por cada adulto.

Carecen de políticas sociales de primer empleo, educación, deporte, y orientación. Se ubican en zonas topográficas de difícil acceso para los servicios públicos, donde sí llegan los dispensadores de trabajo ilegal.

Para explicar la situación se han aducido algunas razones:

- El debilitamiento de controles informales tradicionales como la familia (la mujer sale más a trabajar y no hay servicios de atención a la familia y los menores). También el de la Iglesia Católica pierde fuerza en las áreas urbanas.

- No hay medidas institucionales para desestimular la violencia, no hay cultura de paz y no hay enseñanza de métodos pacíficos para resolver los conflictos.
- La democratización, que hace crecer aspiraciones que un 32% de los jóvenes pobres no podrá alcanzar (tesis de Merton).
- No hay conectividad fácil con las áreas urbanas donde habitan (dificultades topográficas) y, por lo tanto, hay poco acceso a servicios públicos y sociales, en tanto que el mercado de trabajo ilícito sí puede alcanzar esos sitios. De allí, la tendencia actual de convertir las zonas carenciadas en parte de la vida ciudadana, urbana. Ese ha sido el exitoso ejemplo de Medellín.

Esto se vincularía con el desempleo juvenil y con los mercados alternativos de trabajo. Resulta ser una violencia sustentada, generalmente, con productos prohibidos (drogas, armas) cuya tenencia, adicionalmente, "confiere prestigio" en ciertos ambientes.⁽²⁴⁾

- Ineficacia del sistema penal.
- La creciente impunidad, que convierte los empleos ilegales en legales.
- Es una violencia urbana. En las zonas rurales o excluidas, la violencia no crece de la misma manera. Algunos han dicho⁽²⁵⁾ que, tal vez, ello tenga que ver con que, en los años 80, algunas prácticas rurales se trasladaron a las zonas urbanas.
- Es una violencia intra-clase, de pobres contra pobres. Veamos las cifras de victimización, en este caso de Venezuela, que son más confiables que las registradas:

DIAPOSITIVA 11.

LAS VÍCTIMAS SON POBRES

El estrato IV, representando el 54% de la población, reporta el 49,90% de la victimización total, y el estrato V, representando el 19% de la población, reporta el 12,70% de la victimización total.

En el hurto en comparación con el robo, los grupos más pobres son relativamente más victimizados por este hecho.

La privación de la libertad está sobre-representada en el estrato III, mientras los homicidios, claramente, en el estrato V, que es el sector más vulnerable.

Las amenazas tienden a afectar más al estrato IV

Las lesiones personales afectan mucho menos a los estratos I, II y III que a los estratos IV y V, donde se encuentran sobre-representadas

Mientras la extorsión pareciera distribuirse con cierta proporcionalidad, los secuestros afectan fundamentalmente a los estratos III y IV.

En las ofensas sexuales, hay una ligera sobre-victimización proporcional para el estrato V.

Reforma Policial – Instituto Nacional de Estadística
Encuesta Nacional de Victimización y Percepción Policial 2006

(24) La "Investigación sobre Armas Cortas" demostró que América Latina es la Región que ofrece mayor facilidades para conseguir armas.

(25) Ver: Banco Mundial, 2003 y UNICEF, 2000.

- No se incluye en este tipo de violencia intra-clase, la real extensión de la violencia familiar que, por informaciones no oficiales, podríamos considerar enorme.

Esta, la doméstica, sería la fenomenología violenta más extendida, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo; y, por supuesto, en América Latina. En efecto, según un diagnóstico del Banco Mundial, del 2003, y de UNICEF, del 2000, las violaciones y la violencia doméstica de mujeres en edad reproductiva son altamente generadoras de incapacidad y muerte. En nuestra región, la violencia doméstica, dependiendo de su definición, afectaría entre el 25% y el 50% de las mujeres. En Brasil la estadística de denuncias indica que el 70% de los hechos violentos tuvo lugar en el interior de los hogares y fueron cometidos por las parejas de las mujeres.⁽²⁶⁾ Pero las denuncias todavía son pocas y no siempre hay casas de abrigo para las mujeres que las necesitan.

Esta es una violencia que se auto-reproduce. Se encontró que en un 64% de mujeres maltratadas, sus hijos presenciaban habitualmente la violencia en su contra. En Monterrey (México) este porcentaje era de 50%. Los niños que sufren abusos —ya sea directa o indirectamente— o que presencian abusos en la familia producen menos en el colegio, presentan más problemas de conducta y conflictividad: sus probabilidades de éxito en la escuela disminuyen, son candidatos a la deserción, depresión, baja autoestima, y presentan mayor tendencia a tener conductas violentas. Ellos son parte de las llamadas “víctimas secundarias”.

5. La violencia latinoamericana como una guerra entre los mercados y sus sujetos. Descubriendo el mercado oscuro: nuevas modalidades de aparición, narcotráfico y pandillas

El advenimiento de las técnicas de comunicación e información, de sus aparatos y diversos software (teléfonos inteligentes, internet, redes sociales, página paypal y otras similares); los atajos tomados por los países con sistemas económicos frágiles y por los emergentes; y el debilitamiento de los Estados, que se transforman cada vez más en estructuras solamente relacionales, producen una **nueva economía**.

En la **economía del delito**, que podríamos denominar “mercado oscuro”, basada en las mercancías controladas (drogas, armas, dinero de proveniencia ilícita) y donde hay pobres vulnerables y ricos confortables, ¿puede producirse un continuo de métodos y de enriquecimientos entre los delitos de los débiles y los de los poderosos? Diversos autores han hablado de esa nueva criminalidad y de esa **nueva economía** que refleja los vaivenes

(26) Ver Dawn, 1998, citado por DAMMERT, LUCÍA y ARIAS, PATRICIA, op. cit.

de los sistemas de producción imperantes en el pos-fordismo: se habla del “efecto Toyota” o de informalidad, plasticidad y adaptación delictiva a las demandas volubles del mercado; se habla de la “macdonaldización” del mercado ilegal por las “urgencias just in time” del consumo y/o la demanda estatal y, en el caso de las armas, que tienen las mismas características de marketing que cualquier otro tipo de mercancía de circulación permitida, bien para incrementar el consumo, bien para la producción, su venta o distribución.⁽²⁷⁾ El crecimiento de la delincuencia común a niveles demasiado grandes abre un ciclo de debilitamiento institucional por parte del Estado y permite la entrada de una delincuencia más poderosa porque cuenta con más instrumentos para evadir los controles.

En esa nueva economía se mezclan pobres y ricos; se mezclan los elementos institucionales diseñados para el control de la delincuencia; y la delincuencia misma. Las riquezas surgen, se pierden, cambian de mano; el poder político mete la mano —que no es muy limpia—; y la ilegalidad es difusa e incontrolable.

Veamos cómo funciona el mercado de las armas:

DIAPPOSITIVA 12.

EL MERCADO DE LAS ARMAS

En el planeta circulan más de 600 millones de armas. Diariamente mueren unas 1000 personas por armas de fuego (menores de 20 años en su mayoría). **El 42%, en América Latina.**

Cada año se producen 8 millones de armas. El mundo gasta 4000 millones de dólares en armas cada año (1000 millones por comercio ilegal).

(2008). El Ex Ministro Chacón: en Venezuela hay 4,5 millones de armas sin control en la población. Las muertes por armas en Vzla. superan a la guerras de Afganistán, del Golfo, en Irak y en Chechenia en los últimos 10 años.

44 personas —dos cada media hora— son asesinadas por armas de fuego.

En 10 años se registraron 97.624 asesinatos (1340 asaltos a mano armada diarios (UCV).

(27) RUGGIERO, VINCENZO, *Delitos de los Débiles y de los Poderosos*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.

El narcotráfico es uno de los nuevos elementos en la violencia latinoamericana, principalmente en México, Centroamérica, Colombia, Venezuela y Brasil. Este último suma más muertos entre sus propias filas —por control de territorio, infidelidades o venganzas— que entre la población consumidora de drogas prohibidas. En Venezuela, dado que la investigación oficial de los casos es insuficiente, no se sabe cuántos de los muchos muertos semanales se deben a ese factor. Los más de 3000 ejecutados por el narcotráfico durante el 2006 en México, en todo caso, son una clara demostración de la magnitud del problema cuando las respuestas de política pública no son efectivas.

Y, por supuesto, nunca lo son. Se trata de verdaderos conflictos de poderes, económicos y políticos, que no se resuelven unilateralmente. La historia y los avatares del narcotráfico en México han producido más de un libro y miles de páginas en los periódicos. De este fenómeno quiero resaltar una situación nueva que se está dando, también puntualmente, en los últimos años en Venezuela.

5.1. La delincuencia organizada⁽²⁸⁾ como empresa: el “mercado oscuro” y el “mercado dorado”

¿Nuevos joint ventures? Veamos el caso de México: entre muchos grupos de la zona, en Ciudad Juárez,⁽²⁹⁾ el debilitamiento ocasional del narcotráfico ocasionó que pequeños carteles se agruparan en la Federación de Sinaloa, el más poderoso, tradicionalmente enfrentado al Cartel de Juárez. Este tendría en su interior unas 900 pandillas, algunas independientes. “La Línea” es el brazo armado del Cartel de Juárez y está vinculado a los cuerpos de seguridad. “Los Zetas”, los más violentos, reclutaron muchos exmiembros de grupos especiales de seguridad de México que, al unirse al Cartel, les habría proporcionado armas avanzadas, entrenamiento y sistemas de comunicación. En algunas cárceles se han encontrado importantes centros de comunicación con el exterior.

Pareciera que las mezclas, a las que hemos hecho referencia, y esta modalidad “empresarial” se están extendiendo por el continente. Se dice que ya hay 4 carteles de la Federación Sinaloa en Panamá. También ha penetrado en

(28) Usamos este término para referirnos a una actividad lucrativa ilícita que actúa con las estrategias de las empresas lícitas, al tiempo que aclara su ambigüedad y su definición oportunista de acuerdo a los intereses políticos según cada legislación nacional.

(29) Los más conocidos son el Cartel del Golfo, el Cartel de Tijuana, el Cartel de Juárez, “Los Zetas” y “La Familia”.

Centroamérica. Está abriendo “franquicias” o sucursales en otros territorios y países. La frontera entre Venezuela y Colombia, que desde hace 15 años está prácticamente abierta, ha permitido (además de un estímulo al narcotráfico) la presencia de una fenomenología de violencia que no existía:⁽³⁰⁾ el sicariato, los secuestros, y el “cobro de vacuna” (cobro de “protección”), algunos de los cuales han llegado hasta el Amazonas —es decir, hasta el otro extremo del país—. Sin duda, eso conduce no solo a que los grupos que siempre lo practicaron tengan entrada fácil al país, sino también a la trasmisión de motivaciones, técnicas y procederes, y, por supuesto, a la necesidad de tejer redes geográficas especializadas en diferentes fases de la actividad ilícita —que requiere no solo de la producción sino del tránsito y la exportación—.

La organización transnacional a veces es precaria y parece ser circunstancial: “aprovechar el momento justo en el lugar indicado”. Parece proclamar la misma fórmula financiera del *just in time*. Mucho trabajo a destajo, al menos, por el momento. No es que en la mayoría de los casos esté —salvo, tal vez, en las tradicionales organizaciones de Colombia y Bolivia, que hasta tenían sus padrinos heroicos, tipo *Robin Hood*—, la estructura piramidal de las mafias de Mario Puzzo. Pero, sin duda, hay márgenes de cooperación y de redes o conjuntos de sucursales entrenadas con mayor o menor eficacia que se apoyan en sistemas de violencia interna preexistentes.

Este tipo de violencia no solo favorece el control territorial, generalmente militar, de las zonas más depauperadas de la ciudad, como se ha visto en Río de Janeiro,⁽³¹⁾ sino que genera otro tipo de violencia institucional, de la cual los más pobres son las principales —si no las únicas—, víctimas.

Como en toda empresa que se respete, la especialización y departamentalización son necesarias. La rama especializada de los mercados oscuros en mercados dorados se ocupa de penetrar los circuitos económicos —tales como los escenarios financieros y bancarios, la construcción, y

(30) Ver FERRERO TAMAYO, Luis, “La situación fronteriza y su análisis estadístico”, en *El secuestro y la toma de rehenes ¿una nueva realidad?*, Caracas, Fondo Editorial CEVI, 2008. El trabajo provee cifras que, reconoce el autor, no son exactas porque en el secuestro hay una enorme cifra negra: desde 1986 hasta diciembre del 2000 tuvieron lugar 482 secuestros, lo que equivalen al 93% del total de 30 años. La autoría se atribuye en un 22% al hampa organizada, 53% al EPL, 68% al hampa común, 124% a las FARC y 154% al ELN. De tales secuestros, un 79% concluye con un acuerdo negociado; 8%, con la muerte; 8%, con liberad sin pago; y un 5% por escape.

(31) Se habla de “falsos positivos” en Colombia, y de la acción militar en las favelas de Río de Janeiro que Vera Malagutti ha denominado “invasión del territorio”.

hasta el desarrollo de algunas economías locales—en forma de asistencia benefactora. Hay ramas policiales, militares, ministeriales y judiciales. A veces encajan todas en el rompecabezas. El juego político ha movilizado sumas importantes de mercados oscuros.

La cárcel latinoamericana es toda violencia y las excepciones son pocas. La cárcel no solo no da votos, sino que al imperio del mercado no le interesan las personas que han sido privadas de toda posibilidad de producir en los mercados legalizados. Este desinterés queda evidenciado, entre otras cuestiones, en las condiciones de salud y vida de quienes están en la cárcel.

Simplemente, así como sus muertes no aparecen registradas como homicidios, se han convertido en no-personas. Esto lo vimos claramente en la cárcel de Uribana, en Venezuela, donde este mismo año la Guardia Nacional exterminó a 50 reclusos —que estaban desnudos, desarmados y hacinados— en el patio del penal, en ocasión de una requisita. Un disparo suelto, entre los centenares que hubo, mató a un guardia nacional. A la cárcel en cuestión le pusieron el nombre del único efectivo de la guardia asesinado, por la errada puntería de sus colegas. Sin embargo, de los reclusos asesinados, ni siquiera sabremos de qué color tenían los ojos.

5.2. La cárcel institucionalizada como centro de mando y control

Hay ramas de la empresa con menor imagen social, pero de un gran impacto mediático. Por ejemplo, el grupo que controla las prisiones en México es “Barrio Azteca”. La relación entre la cárcel y el encarcelamiento —voluntario muchas veces— de los capos de la droga —que buscan proporcionarse en ella seguridad— y los centros de mando y control ha determinado en algunos países (Brasil, Venezuela y México) que se apoderen, a través de la corrupción y/o la violencia, del territorio carcelario para hacerlo su campo de actividades prohibidas. El negocio no es simplemente extramuros y no todos los reclusos lo integran en calidad de actores: muchas veces asumen el rol de víctimas. En efecto, internamente, muchos detenidos deben pagar, semanal o quincenalmente, una cantidad variable para su protección (el “obligaíto”), pero también para obtener permisos, ir a Tribunales y tener algunos otros precarios beneficios internos, so pena de exterminio o de torturas. Sus familiares deben arreglárselas para conseguir ese dinero por vías licitas o ilícitas. Algo parecido sucede en Ciudad Juárez: hay presos que no quieren salir porque se están haciendo ricos en el interior de la cárcel, con todas las seguridades que les da su jefatura de las mismas. El Estado ni siquiera parece estar presente en su control.

En octubre de 2013, en la Cárcel de Sabaneta (Maracaibo), un llamado “Pran” —que ya había comenzado a realizar acciones de esta índole en el mismo mes—, acribilló en un solo día a unos 40 reclusos (nunca se dieron las cifras completas) que pertenecían a un cartel o grupo “empresarial” diferente; derrumbó paredes de las secciones de la prisión con armas de guerra, y públicamente se proclamó, desde el techo de la prisión —y por teléfono, con los medios de comunicación—, como “jefe absoluto” de la cárcel —lugar desde donde se dirigía la mayoría de la delincuencia extramuros—. Los muertos, esta vez, fueron obra de los “jefes” y de sus grupos subyugados (en Venezuela, llamados “carros”) en función de apropiarse del territorio. Los cuerpos fueron despedazados y sus diferentes órganos aparecieron esparcidos en el suelo. En la mano del Pran mayor estaba el corazón aún sangrante de su rival. La cárcel se desalojó y adentro se encontró un arsenal de guerra completo, que no podía entrar sino por la puerta de la misma. Es decir, se introducían armas, alcohol fino y piscinas portátiles en un territorio que disfrutaban los reclusos con más poder de violencia y dinero. Esto no sucede en una sola cárcel del país; sucede también, en otras.

Lo que esta espantosa realidad de odio, sangre y destrucción quiere decir, no es que esos detenidos entraron brutalizados a la cárcel, pues además ni siquiera habían sido antes miembros de grupos; sino que la cárcel, abandonada por las instituciones del sistema penal y presa de la corrupción oficial, convirtió a reclusos —tal vez algunos ni siquiera condenados—, en seres que habían padecido el infierno y el terror penitenciarios y habían sufrido un deterioro profundo de su humanidad. La violencia institucional convirtió a la cárcel en un centro de violencia institucionalizada.

No sabemos si esta situación está auspiciada voluntaria o descuidadamente por autoridades, ya que este tipo de sangrienta violencia interna sirve para estimular lo que Smauss denominó “prohibición de coalición” con los reclusos (los malos, los salvajes, los diferentes). Tampoco sabemos si es solo producto de una empresa dorada exterior, que vive de una corrupción desmedida, o de un abandono que ha sobrepasado todos los límites.

También el mercado negro imita una especie de “cuadrantes” (como sucede con las nuevas técnicas policiales de moda) en los territorios de las ciudades, que son gerenciados por grupos específicos. Esto, a su vez, genera la rama de los intermediarios o negociadores. De la misma manera, por cierto, como Sutherland estudió por primera vez en el delito de cuello

blanco; ese mercado negro es negocio dorado también para muchos en el sistema de justicia penal, particularmente la Policía y la Guardia Nacional. La corrupción reiterada y asegurada se ha convertido en otra forma de empresa institucionalizada, en una parte fundamental de la economía del delito.

La riqueza que estas nuevas formas de violencia generan hace que el viejo estereotipo del delincuente descripto por Chapman, se desdibuje en la conciencia colectiva. Hay una retribución importante que a algunos, en ciertos países, los hace aparecer bien vestidos, con trajes y zapatos de marca, produciendo un determinado tipo de respeto y a veces hasta sumisión, tolerancia, y colaboración, tanto en las clases medias como en las más precarias, victimizadas.⁽³²⁾ Con lo cual, se incorpora la cultura de la violencia en el imaginario de los "buenos ciudadanos".

5.3. Las pandillas de Centroamérica

Este tema merece un tratamiento especial. El narcotráfico se extiende y suma a la aparición de las pandillas o maras de Centroamérica. Un fenómeno desgarrador por la edad promedio de los participantes.⁽³³⁾

Cada país tiene características particulares. Pero, en el caso de El Salvador, que es —con Venezuela, Colombia y Guatemala— uno de los países calificados como más violentos de América Latina, nos debería interesar cómo se instalan las dinámicas de la cultura de la violencia y del mercado que genera.

En el 2004 Estados Unidos habría deportado una cifra récord de 157.281 delincuentes y otros extranjeros en situación ilegal, según informaciones del ICE, la principal rama investigadora del Departamento de Seguridad Interna (DHS). En El Salvador el número de deportados con antecedentes criminales en el 2006 aumentó con respecto al año anterior; así, en los

(32) Eso comentan mis alumnos de posgrado que desempeñan cargos policiales.

(33) Pero allí el problema de ubicación de registros confiables es mayor: Marcela Smutt del PNUD, nos decía en el Simposio de Estocolmo del 2013, lo siguiente: "No es fácil determinar cuántos delitos son cometidos por pandillas. Algunas instituciones públicas afirmaban, para el 2012, que las pandillas estaban involucradas en aproximadamente un 90 % de homicidios, otras reportaban entre el 30 y 40%, y otras decían no tener datos. El número de miembros de pandillas también varía según las diferentes investigaciones. El Ministerio de Justicia y Seguridad Pública estima que los pandilleros activos alcanzan los 60.000 jóvenes y sumada su base social el número podría ascender a unas 200.000 personas involucradas en violencia. Otras investigaciones hablan de unos 20.000 pandilleros. Debido a la insuficiente información, las políticas públicas para atender a estos grupos han sido diseñadas muchas veces sobre la base de especulaciones".

primeros 8 meses había recibido 1611 ex convictos, 33 de ellos condenados por homicidio de los cuales 54 serían pertenecientes a las maras.⁽³⁴⁾ La mayoría de ellos eran mexicanos y muy pocos habían sido procesados y cumplían condenas. Algunos países como Guatemala, El Salvador y Honduras han criticado las deportaciones de pandilleros porque los jóvenes regresan a sus países sin documentos sobre los delitos que cometieron y, por lo tanto, se unen a las bandas que azotan la región. Por otra parte, el flujo de deportados desestabiliza los proyectos de desarrollo de estos países. Así por ejemplo, en 2004, Guatemala recibió 92.000 deportados procedentes de EEUU, y en El Salvador el flujo mensual es de 5000 deportados, situación que aumenta los niveles de violencia en las principales urbes centroamericanas y mexicanas.

De este modo, la importación de la cultura de la banda juvenil delictiva norTEAMERICANA ayuda a entender lo que pasa en Salvador, Honduras y Guate mala. Peronoessolo eso. También es interesante destacar, de la explicación de Marcela Smutt,⁽³⁵⁾ que El Salvador es la región más densamente poblada de América Latina y la más urbanizada con: "un entorno social y económico deteriorado; ausencia de oportunidades de desarrollo humano, deterioro del espacio público como lugar de encuentro comunitario; debilitamiento de la institucionalidad pública, cuya consecuencia es el vacío de autoridad competente; presencia de pandillas; situación geográfica del país en una región de paso del tráfico ilícito (drogas, armas y trata de personas), lo que la vuelve de interés para las redes del crimen organizado transnacional; proliferación de armas de fuego en manos de la población civil; altos niveles de impunidad y debilidad de los procesos de investigación y persecución del delito. Todo lo anterior se une a la falta de articulación entre las diversas instituciones involucradas para hacer frente a la problemática de la violencia y la inseguridad (...) Tal como lo señala el Mapa de pobreza urbana y exclusión social de El Salvador (FLACSO, MINEC, PNUD, 2010), nos dice, las ciudades, (fragmentadas y desiguales), albergan a más de dos millones de personas que residen en áreas caracterizadas por sus condiciones de precariedad (...) Los elevados niveles de desigualdad constituyen un obstáculo para el desarrollo. En el 2012, el ingreso percibido por el 20% más rico de la población fue, en promedio, 15 veces más alto que el percibido

(34) Prensa Gráfica, 17/09/2006, citado por DAMMERT, LUCIA y ARIAS, PATRICIA, *op. cit.*

(35) MARCELA, SMUTT (representante del PNID en el Salvador), en su intervención en el Simpo sio Internacional de Criminología en Estocolmo, junio 2013.

por el 20% más pobre (...) En los últimos 15 años la economía salvadoreña ha crecido a una tasa promedio anual de alrededor de 2%, menos que la del promedio de América Latina (...). El índice de desarrollo humano se ha estancado, el producto interno bruto ha crecido a una tasa promedio anual de 0,5%, mientras que la pobreza de ingresos medida por la línea nacional ha aumentado, afectando al 40% de los hogares, un nivel similar al observado diez años atrás (...) Una importante proporción de población joven del país se encuentra inmersa en una dinámica de exclusión socioeconómica. La Encuesta de hogares de propósitos múltiples 2010 (MINEC y DIGESTYC) estima que 274.167 jóvenes entre 12 y 24 años no estudian ni trabajan, lo cual equivale al 15,70% de jóvenes dentro de este grupo de edad".

Es un terreno de alta carencia efectiva de derechos, de cultura de paz, y de cohesión social. De hecho, algunos países —como por ejemplo, Nicaragua—, a pesar de niveles de pobreza elevados, al presentar bajos índices de desigualdad, no tienen esos índices de violencia. Como siempre ha insistido Elías Carranza **es la desigualdad y no la pobreza** la que favorece la violencia.

Smutt señala también algo que ya ha sido investigado por expertos que estudiaron algunas zonas de guerra, pretéritas y presentes, en África y el Medio Oriente, como Darfur (Hagan), Israel y Palestina. Al finalizar las guerras civiles y otras experiencias bélicas, y en especial en el caso de los jóvenes que crecieron en aires de violencia —fue el caso de El Salvador y buena parte de Centroamérica, entre 1980 y 1992—, se mantiene esa cultura del enemigo y su aniquilamiento, bajo la manifestación de atentados contra la vida como solución a conflictos o carencias, siempre referidas a la conjunción de pobreza-riqueza en un mismo lugar y con la relatividad que se deriva de posesiones no necesariamente significativas.

El binomio amigo-enemigo se manifiesta en otros países en una forma de guerra virtual. Y puede derivar en crímenes de odio.

En Venezuela, por ejemplo, hay una guerra declarada de un Gobierno de composición altamente militar, contra una oposición que representa la otra mitad del país. El binomio amigo-enemigo, se refleja tanto en la violencia siempre amenazadora del discurso político, como en muchos civiles y colectivos armados y agrupados en milicias institucionalizadas (UNESCO calcula en 12 millones las armas en una población civil de casi 30 millones de habitantes y la mayoría de los homicidios se producen con armas de fuego). Se agrega además el comportamiento de las instituciones del sistema penal, la

corrupción de los cuerpos de seguridad y de algunos miembros señalados del Poder Judicial,⁽³⁶⁾ así como sus impunidades —estas últimas, en términos globales, representando más de un 90% de los casos conocidos—.

6. En conclusión

No hay violencia interpersonal a sangre fría si no hay violencia institucional. La nueva guerra entre mercados está estimulada, entonces, por el beneficio de nuevos tipos de violencia fácil, como el secuestro exprés, el secuestro de vehículos (y hasta de mascotas), el sicariato y los cobros de “vacuna” o impuestos de protección; el paso fácil y bien comercializado de las drogas prohibidas, que representan el tráfico sin competencia de una nueva especie de joyería multimillonaria del mercado oscuro, el lavado de dinero y autorizado por las complicidades bien remuneradas de altos representantes del poder político, económico, y de seguridad, y la cárcel como sitio de resguardo, que generan recompensas lucrativas sin precedentes.

La violencia policial es un fenómeno endémico.

Guerra, pues, dentro de las oportunidades ofrecidas a cada clase, entre los dos tipos de mercado que dominan los inicios del siglo XXI, mercados que no siempre pueden deslindarse en sus procederes, propósitos y beneficios. Es el “mercado oscuro” que se vincula, en relación dialéctica, al “mercado dorado”.

Las políticas inclusivas en muchos casos han sido fallidas. También CEPAL, en sus encuestas por hogares, encuentra que la pobreza disminuye gracias a la contribución de los ingresos laborales más que a las erogaciones de la asistencia social. El problema es de inequidad. La ideología es la empresarial.

Todavía habría que hablar sobre las negociaciones entre los gobiernos y su mediación con los grupos violentos como estrategia para reducir los índices de homicidio. En El Salvador han sido exitosos. Pero se acercan las elecciones en ese país... Todavía hay que esperar a ver cómo se desarrollarán los nuevos escenarios.



(36) Es el caso de las denuncias de Makled, a quien se le dio la administración prácticamente de todos los puertos de Venezuela, de las cantidades entregadas periódicamente a funcionarios del más alto nivel judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ANIYAR DE CASTRO, LOLA (comp.), *Los rostros de la violencia. XXIII Curso Internacional de Criminología*, t. 1, Maracaibo, Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad del Zulia, 1974.

BRICEÑO LEÓN, ROBERTO, “La nueva violencia urbana en América Latina”, en *Sociologías*, año 4, n° 8, Porto Alegre, jul/dic 2002. pp. 34/51.

CARRIÓN, FERNANDO, *La Violencia en Ecuador*, Ecuador, Flacso, 1994.

DAMMERT, LUCÍA y ARIAS, PATRICIA, “El desafío de la delincuencia en América Latina: diagnóstico y

respuestas de política”, en *Serie Estudios Socio/Económicos*, n° 40, julio 2007.

PAVARINI, MASSIMO, *Control y Dominación*, México, Siglo XXI, 1983.

RAMESH, DEOSARAN, “El uso de la fuerza en el Caribe. Hacia un análisis social y psicológico”, en Gabaldon, Luis Gerardo y Birkbeck, Christopher, *Policía y Fuerza Física en Perspectiva Intercultural*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

RUGGIERO, VINCENZO, *Delitos de los Débiles y de los Poderosos*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.



FERNANDO TENORIO TAGLE⁽¹⁾



El *homo sacer* y el chivo expiatorio en la política criminal contemporánea

1. Introducción

Una de las más importantes conclusiones a las que se llegó en la primera parte de esta investigación⁽²⁾ y que reitera los resultados de diversas filosofías, en el amplio espectro del término es: matar para vivir. Lo anterior no significa que físicamente o materialmente hablando, unas muertes culturalmente impuestas propicien la posibilidad de vida para otros. La idea central es apreciar desde una causalidad de sentido, es decir, desde una pluralidad de signos, que en la fantasía construida por el ser humano (como opina Norbert Elias⁽³⁾ respecto a gran parte de los saberes de las ciencias sociales, especialmente desde su origen), semejantes muertes impuestas *contra natura* conducen

(1) Profesor Investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco (UAM-A), México. Profesor invitado del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala y de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

(2) Los presentes escritos constituyen una síntesis del borrador del segundo ensayo de una investigación más amplia intitulada: "El delito y el control del delito en la modernidad avanzada", que fue financiada por CONACYT, México. El borrador del primer ensayo fue publicado bajo el título: "La *metamorphosis* del *pharmakos* y del *homo sacer* en la modernidad avanzada" en el libro homenaje a Juan Bustos Ramírez, Rebollo Vargas y Tenorio Tagle (dirs.), *Derecho penal, constitución y derechos*, Barcelona, Bosch, 2013. Este segundo borrador ha sido igualmente financiado en parte por el INACIPE.

(3) El argumento de Elias se basa en los iniciales saberes de lo que hoy se entiende como ciencias sociales, que se circunscribieron a cuestiones sobrenaturales que, aunque semejantes saberes hayan madurado, la propia colectividad continúa estando permeada por los mismos; una fase que también fue atravesada por las ciencias naturales, piénsese en la astrología que a la postre maduraría como astronomía. En este sentido, el pensamiento mágico se toma en cuenta no porque este exista, sino porque existe en la mente de las personas, las que desarrollan gran parte de sus prácticas sociales en atención al mismo. ELIAS, NORBERT, "Teoría del símbolo. Un ensayo de antropología cultural" en *Historia, ciencia y sociedad*, Barcelona, Península, 2000.

hacia más amplios márgenes de vida de quienes las imponen, cuestión que se evidencia en la ritualidad del sacrificio, por ejemplo; aunque, ciertamente, no por el hecho de consagrar a una persona (*fare sacer*), esto es de asesinarla, se evite la epidemia, la escasez, en suma, la penuria social.

Una segunda cuestión, igualmente importante y que sigue también la ruta de los saberes filosóficos, es la insistencia en regresar al origen para entender el estado actual de las prácticas sociales, las cuales desde una línea interpretativa, se intuye, se desarrollan aún en modo inconsciente⁽⁴⁾ siguiendo las "arcaicas ritualidades" de la antigüedad, en donde la palabra "rito", como describe Umberto Galimberti,⁽⁵⁾ significa originariamente "orden". Una ritualidad que, como considera Walter Burkert, comunica y dibuja virtualmente la identidad de un grupo y que cuyo mensaje "parece tener como objetivo la solidaridad del grupo y la exclusión de otros".⁽⁶⁾

Tengo la impresión de que el ícono (dado el nombre que lo identifica) de la arcaica ritualidad del sacrificio continúa siendo el antiguo *pharmakos* de la Grecia sacrificial, esto es, el chivo expiatorio (en griego *sphazein*), cuya función se erigía en la más importante ritualidad terapéutica social de la época.⁽⁷⁾ De ahí que, ya desde 1997,⁽⁸⁾ concluí que tal función declarada la

(4) A este respecto y de manera por demás antigua, considérese que el mismo Séneca afirmó: "La mayoría del pueblo hace lo que hace sin saber por qué" (citado por BURKERT, WALTER, *Mito e rituale in Grecia*, Italia, La Terza, 1987, p. 65).

(5) Ver GALIMBERTI, UMBERTO, *La terra senza il male. Jung: dall'inconscio al simbolo*, Italia, Feltrinelli, Universal Economica-Saggi, 2001. Para una visión más amplia sobre el discurso del orden, tómese en cuenta a Tamar Pitch (PITCH, TAMAR, *Responsabilità limitate*, Italia, Einaudi, 1989) que describe de manera sucinta la historia de los relatos del orden desde la experiencia europea, ulteriormente centrada en lo que se conoce como ley y orden, como aquella otra de la perspectiva estadounidense que se afilia más a la lematización del orden en términos de control social. Sin embargo, ello solo es pertinente en los órdenes formales e informales que coexisten en las sociedades estatalmente organizadas. De ahí que el "rito" en las arcaicas sociedades designe el único orden que las sujetaba, el cual no ha desaparecido en la actualidad y, si se desea, puede ser visto como un instrumento de control social informal el que, en ocasiones, como se apreciará más adelante, se sobrepone al control social formal.

(6) BURKERT, WALTER, *op. cit.*, pp. 78/79.

(7) SZASZ THOMAS, "Il mito della droga", Italia, Feltrinelli Editore, 1977. Como se afirmó, la designación del chivo expiatorio como *pharmakos* obedeció a considerar la ritualidad del sacrificio como medida terapéutica social, cuestión que en las diversas sociedades que fueron investigadas por la antropología se reafirma y no solo en la tradición de Occidente. Lo anterior no significa que dicha ritualidad conjure los males a los que estaban expuestas las sociedades arcaicas, sino solo el resultado de reducir las ansiedades sociales como igualmente se afirmará más adelante y que persiste hasta nuestros días como una ritualidad desenvuelta por el sistema de justicia penal.

(8) Considerando solo la óptica de la racionalidad vencedora luego de la violencia en contra de Jesús de Nazaret, adopté el evento como la ritualidad del sacrificio, visión que igualmente asume Girard, aunque como he mostrado, Jesús representó más bien un *homo sacer*. Ello no

asumía, luego del proceso en contra de Jesús de Nazaret, el propio Sistema de Justicia Penal, pero como una de sus funciones latentes. Una cuestión que con precedencia desde 1971 había argüido, y en mi opinión, había probado suficientemente René Girard⁽⁹⁾ a través de la antropología, aunque con conclusiones diversas. Lo interesante para estas indagaciones en todo caso es que, en la hipótesis de Girard, esa función declarada se asumía en estos términos en el origen, en virtud de que la función real (que entonces debe considerarse como una función latente) era ocultar la verdad. En opinión de Girard, semejante verdad refería a reducir la violencia recíproca que acumula y quiere desatar el ser humano en modo natural. Ello conduce a afirmar, entre otras cuestiones ya discutidas, que aun cuando hoy indudablemente se aprecie a la función terapéutico-social de la pena como una de sus funciones latentes, esta continuaría ocultando la verdad, asumiéndose a la misma como una de las funciones declaradas (o al menos inscrita en una zona de indistinción o de indeterminación entre estas y las latentes, como adelante se reafirma) que encubre semejante verdad.

Aunado a lo anterior, la relatoría (el relato) en torno al *homo sacer* que conduce a apreciar a Giorgio Agamben⁽¹⁰⁾ como un referente obligado amplía, sin alterar, la hipótesis precedente. En efecto, en esa primera parte de la investigación, siguiendo las argumentaciones de Agamben, el *homo sacer* representó el ícono del receptor de la fuerza del acto político originario y entonces de la biopolítica, que Agamben encuentra originariamente en el bando y en la modernidad en el estado de excepción que figuran, como bien acredita Agamben una zona de indistinción que incluye en el propio acto de exclusión. Esa fuerza, en mi opinión, la asumirá progresivamente el Sistema de Justicia Penal, ciertamente el ámbito o el instrumento que, de manera formal o sin seguir las reglas jurídicas, expresa o actualiza el estado de excepción. Al respecto, coincide con anticipación Alfonso di Nola,⁽¹¹⁾ aunque con argumentos menos precisos o más generales y en

invalida las conclusiones del trabajo citado y ahora las amplía. Ver TENORIO TAGLE, FERNANDO, "Las ritualidades del ajusticiamiento: de la terapéutica premoderna a la pena medicinal de la modernidad", en *ALTER, Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, año I, nº 2, México, U-A. de Campeche, mayo-agosto de 1997.

(9) Girard no considera a la ritualidad del sacrificio como una medida terapéutico social, sino que solo describe las consecuencias de la misma, esto es, la reducción de la violencia recíproca.

(10) AGAMBEN, GIORGIO, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Italia, Einaudi, 2005.

(11) DI NOLA, ALFONSO, "Sacro" y "Profano", *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1981, vol. 12, pp. 313/366.

ocasiones confusos, al ver al *homo sacer* "... como el hombre excluido del grupo, el delincuente, el condenado a muerte, como residuo del sacrificio, que permanece después de la desaparición del sacrificio y se transforma de función religiosa en exclusiva función penal".⁽¹²⁾

Estando las cosas así, en donde dos sujetos arcaicos (el chivo expiatorio y el *homo sacer*) mutan hasta nuestros días como sujetos receptores de la violencia punitiva. Uno y otro se implicaban, como me parece haber probado en la primera parte de la investigación, en la misma iconografía que se desprendía de la puesta en escena de la violencia en contra de Jesús de Nazaret. En efecto, Jesús de Nazaret no representó un sujeto expuesto a la violencia punitiva de la época ni tampoco a la consagración, al sacrificio, sino que representó a alguien expuesto a la sacralidad de la vida, a la violencia decretada por plebiscito en la *civitas*, en la informalidad de los acuerdos jurídicos de la época, es decir, su declaración como sagrado en vida, lo que lo convertía en santo y maldito, esto es, en *homo sacer*. No obstante, en la propia ritualidad del *crusifixus*, Jesús de Nazaret vendría a mutar por decisión propia y de los creyentes en el chivo expiatorio de una tradición que con ese hecho se iniciaba, es decir, en *pharmakos*, en el sentido de sacrificarse este para la salvación de la humanidad. Por ello, representa la unanimidad de la violencia (presente en ambos casos: tanto en la violencia desatada contra el *homo sacer* como contra el chivo expiatorio), que entonces es violencia fundadora o renovadora de una racionalidad, equivalente a lo que fue demostrado por Walter Benjamin⁽¹³⁾ al apreciar a la violencia con las sus dos únicas finalidades posibles: ser productora o conservadora de derecho, sin importar, en mi opinión, si la sociedad ha transitado de una sociedad sin Estado a una sociedad estatalmente organizada.

Esta implicación o mutación de un *homo sacer* en *pharmakos*, me parece, dibuja también una línea que establece, al igual que las apreciaciones de Agamben respecto de la biopolítica, una diversa zona de indistinción que

(12) Si bien el *homo sacer* representa al excluido del grupo de la comunidad, no significa que este haya sido delincuente. Tómese en cuenta que el *homo sacer* no violenta con sus comportamientos ni el derecho divino ni el derecho humano. Tampoco puede ser visto como un residuo del sacrificio, pues este coexiste con la consagración, ya latínamente: *fare sacer*. Aunque debe considerarse, como adelante expongo, que decretar por plebiscito como sagrada a una persona tuvo las mismas consecuencias de aquellas que produce la ritualidad del sacrificio, esto es, reducir la violencia recíproca que René Girard aprecia en la ritualidad sacrificial (ver Di NOLA, ALFONSO, *ibid*.)

(13) BENJAMIN, WALTER, "Para una crítica de la violencia", en *Angelus Novus*, Italia, Einaudi Tas-cabili, 1995.

incluirá en el propio acto de exclusión, propio de aquellas zonas que no solo se encuentran vinculadas al *homo sacer*, sino también en relación a los sujetos destinados al sacrificio; una zona en la cual la inclusión que se desata en el acto de exclusión tiene solo un correlato, que es la muerte. Lo anterior cobra especial relevancia si acuciosamente se aprecia que la unanimidad de la violencia con pretensiones de ser renovadora de una tradición, precisamente aquella que designó a Jesús de Nazaret como *homo sacer*, es asumida por este como violencia fundadora de otra tradición y es por ello que viene a exhibirse como víctima propiciatoria del rito sacrificial.

Considérese que las iniciales experiencias del sacrificio, ciertamente como ritualidad, las vendría a desarrollar el denominado *homo necans*,⁽¹⁴⁾ el cual (siendo en el origen solo cazador y recolector) se empeñaba en sacrificar al primer producto de la caza en tributo no solo a *natura* de la que lo extrajo (según Fichera, una vez que el cazador ha matado a su presa experimentará culpa),⁽¹⁵⁾ sino para a los efectos de que la muerte siga dando vida, es decir, que posibilite la subsistencia y por ello, tal hecho se convierte violento, en oferta, en ceremonia sagrada, en rito expiatorio. Ya ulteriormente, la sangre y la carne de la presa serían sustituidas por el pan y el vino en la tradición griega, como señala Burkert cuando alude a la edad de bronce.⁽¹⁶⁾ De ahí que, asumiéndose Jesús de Nazaret como el hijo de Dios hecho hombre, figurará por decisión propia y para dar inicio a una tradición, ser víctima propiciatoria del rito sacrificial en el relato denominado "La última cena" distribuyendo pan y vino a los que signa como su propia carne y su propia sangre.

Sin embargo, Girard,⁽¹⁷⁾ en un documento posterior, reitera como hipótesis razonablemente acreditable que el sacrificio de Jesús de Nazaret (aun cuando formalmente haya representado un *homo sacer*) propiciará la disolución de semejante hecho (el sacrificio: la muerte del sujeto calificado como chivo expiatorio), y por ello la asunción de semejante ritualidad por el también llamado por Girard "Sistema Judicial", esto es, el sistema de justicia penal. No obstante, tal hipótesis, la cual comparto especialmente

(14) BURKERT, WALTER, *Homo necans. The Anthropology of Ancient Greek. Sacrificial Ritual and Myth*, EEUU, University of California Press, 1983.

(15) FICHERA, ANTONIO, *Breve storia della vendetta. Arte, Litteratura, Cinema: la giustizia originaria*, Italia, Castelvecchi, 2004, p. 111.

(16) BURKERT, WALTER, *Mito e rituale in Grecia*, op. cit., p. 91.

(17) GIRARD, RENÉ, *Il Sacrificio*, Italia, Rafaello Cortina Editore, 2004.

en lo relativo a la idea de un perdón generalizado que se explicita en esa ritualidad del sacrificio asumido por Jesús de Nazaret, amerita análisis más acuciosos, dado que el mismo Jesús, en los relatos, vendría a resucitar al tercer día, haciendo compatible su propia sentencia de destinar a los pobres, esto es, a quienes, entre otros, no tienen la posibilidad de la venganza —en opinión de Girard—, como receptores privilegiados de una vida después de la vida terrestre, cuestiones que reafirmarían de manera inalterable la ritualidad material del sacrificio, es decir, la reiteración permanente de esta especie de asesinato que conduciría a los sujetos a una nueva vida trascendente. No obstante, justo la iconografía de la denominada “La última cena”, vendría a acreditar la decisión del mismo Jesús de Nazaret de, aun acopiando la tradición grecolatina de exhibir o mostrar el rito del sacrificio, este debiera ser en ausencia del asesinato y por ello el recurso de apelar al pan y al vino que sustituyen desde la tradición griega a la carne y a la sangre, para que entonces, sean estas carne y sangre animal o humana.

Por ello, me parece haber acreditado que si bien los hechos crudos del asesinato en el sacrificio y en la sacralidad de la vida vendrían condenados y ulteriormente abandonados material y sobre todo explícitamente en el discurso del orden, es en virtud de la nueva racionalidad que se evidencia vencedora (en el sentido de ser una racionalidad decidida) hasta nuestros días, pero las respectivas ritualidades que acompañaron las tradiciones vencidas (y especialmente lo que las origina como sus consecuencias) no cesaron y han migrado para ser puestas en escena por el Sistema de Justicia Penal, además de las ritualidades sacras de nuestro tiempo, rastreables en las religiones todavía vigentes, como es el caso del cristianismo. Tómese en cuenta que Burckert,⁽¹⁸⁾ mostrando diversos casos de sacrificio animal en ceremonias cristianas, aún durante el siglo XX, concluye que la cristiandad es aquí no más que una cubierta que transparenta el sagrado y más antiguo acto del sacrificio de sangre. De ahí que, aún la racionalidad vencida viene a migrar en el discurso del metalenguaje de la racionalidad vencedora por lo cual, las ritualidades se mantienen con nuevos sentidos aparentes o consonantes con aquellos portados por la racionalidad vencedora. En este sentido, si, como enseguida se muestra, el *wargus* o lobo, es herencia del antiguo *pharmakos*, el bando soberano alemán que signa al sujeto como lobo, donde Agamben encuentra el origen de la bio-política,

(18) BURKERT, WALTER, *Homo necans. The Anthropology of Ancient Greek. Sacrificial Ritual and Myth*, EEUU, University of California Press, 1983, cap. 1.

es herencia del *sphazein* griego. Estando las cosas así, se hace intelígible que los excluidos sociales desde la modernidad sean a su vez seleccionados para ser excluidos físicamente en el encierro que caracteriza la pena epocal contemporánea, sin necesidad de apelar a la antigua pena del destierro que caracterizaba las más de las veces al *pharmakos*, como al antiguo *wargus*, asumiendo sus destinatarios los sentidos que esa pena les asignaba, entre otros, ser el extraño en la comunidad, en efecto, en cualquier comunidad.

A este respecto, me parece igualmente que he probado que en el caso descrito en la iconografía del *crucifixus*, donde el *homo sacer* muta como *pharmakos*, ulteriormente, como en la actualidad, el *pharmakos* (de la racionalidad vencedora) vendrá a mutar como *homo sacer* con todas sus consecuencias, es decir, expuesto solo a su *nuda vita* porque ya no hay más, esto es, la designación de un sujeto cuya vida no tiene valor alguno y por lo mismo, en razón de esos sentidos, cualquiera puede darle muerte sin que haya materialmente represalias por ello, más allá de las formalidades jurídicas, dado que en los hechos el sistema de justicia penal exhibe una inmensa impunidad con la que se encubre a este como a otros hechos.

Resulta de suma importancia también que en el análisis de Agamben⁽¹⁹⁾ dedique un capítulo completo al ámbito de la ambivalencia con la que se designaba al *homo sacer*, cuestión detectada precisamente en el bando y otras relatorías bastante tratadas por especialistas como es el caso de Eva Cantarella, refiriéndose ambos a la pena *cullei*, al ya citado *wargus* alemán, como igualmente al *homo sacer*.⁽²⁰⁾ La cuestión que aquí interesa es que, a partir del bando el sujeto queda excluido y, entonces, considerado como un "otro", desterrado normalmente de la comunidad a la que, sin embargo pertenece (como desde el origen es la dicotomía *cultura/natura*, como adelante se expone: salimos o somos expulsados de *natura* a la cual pertenecemos y a la que irremediablemente regresaremos), fraguándose con ello, en mi opinión, la ambivalencia: el extraño en cualquier comunidad, aun en aquella a la que se pertenece, como ha sido desde Moisés, la caracterización que se ha hecho en relación al pueblo judío.

Al respecto, considérese la violencia desatada contra semejante pueblo (como también en contra otras identidades) con el llamado *pogrom* ruso

(19) AGAMBEN, GIORGIO, *op. cit.*

(20) CANTARELLA, ÉVA, *I suplizi capitali in Grecia e a Roma*, Italia, Rizzoli, 1991.

(*ostrakismós* en griego), que representó originariamente la costumbre de votar al bando a las personas indeseadas.⁽²¹⁾ Así, no puede descuidarse el ulterior ostracismo que intermitentemente se ha venido desatando en imagen del antiguo *pharmakos*, el imputado como causante de la penuaria social y por ello su designación como veneno quien, con la violencia desatada en su contra, vendría a convertirse en panacea. Una ritualidad, si se quiere inconsciente, que evoca los sentidos del sacrificio, rastreables según Burkert,⁽²²⁾ en la propia sobrevivencia animal de las víctimas de la depredación: permitir la muerte de uno para la salvación del grupo. En este sentido, los que se salvan, o pretenden salvarse, opina Burkert en relación a la práctica del *ostrakismós*,⁽²³⁾ verán al sacrificado como "culpable de algo" o por ser un "subhumano", como sucederá en la experiencia nazi con la que cerraré estos escritos. Pero tómese en cuenta que, en cualquier experiencia de este tipo, el sujeto expuesto a la violencia es designado como "otro", ajeno entonces a la comunidad, en efecto, a la identidad, a la tradición cultural fundada, ciertamente, por la violencia. Pero igualmente semejante sujeto receptor de la violencia, en este caso unánime, representa la marginación, no por ser el segmento pobre, nada más, la cual constituye una hipótesis sobresaliente desde las sociedades estatalmente organizadas, sino más bien por ser un sujeto marginado en la proyección del orden;⁽²⁴⁾ entonces, el sujeto que es ubicado únicamente como receptor de las consecuencias previstas por semejante orden.

El *outcome* de estas argumentaciones reitera las conclusiones de sentido del inicio de este ensayo: matar para vivir. He ahí que el mismo Burkert afirme: "En la situación primordial, el valor del sacrificio para el bien de la comunidad se contrapone a la problemática salvación de los otros; aún la esperanza de vida permanece con aquellos que vencen y sobreviven. No hay que maravillarse que haya una profunda y desconcertante reacción emocional al módulo (una cuestión central en la caracterización de Burkert sobre la ritualidad); ello deja entrever una fundamental antinomia de la vida, la que puede parecer embarazosa también por la moralidad racional de nuestros tiempos".⁽²⁵⁾

(21) FICHERA, ANTONIO, *op. cit.*, pp. 114/115.

(22) BURKERT, WALTER, *Mito e rituale...*, *op. cit.*, p. 113.

(23) *Ibid.*, p. 114.

(24) PITCH, TAMAR, *op. cit.*

(25) *Ibid.*, p. 123.

Por las razones expuestas, me pareció importante incorporar en la investigación aquellas indagaciones que tienden a acreditar la construcción del "otro", dado que, solo como ejemplo, en la cultura sobre la desviación, que es el campo investigativo que aquí se sigue, desde los teóricos del *labeling* —Erving Goffman—,⁽²⁶⁾ hasta Jock Young,⁽²⁷⁾ E. Raúl Zaffaroni⁽²⁸⁾ y quien aquí escribe⁽²⁹⁾ consideran que los construidos como diferentes son los receptores privilegiados de la violencia punitiva, como también de la violencia ilegal,⁽³⁰⁾ cuestión decisiva, como se verá más adelante. De este modo, unos y otros vienen a convertirse en el imaginario social con los sentidos con los que antiguamente se designaba al *homo sacer*, esto es, como aquellos sujetos cuya vida no tiene valor alguno. En relación a esto, aún la teoría agnóstica de la pena "al estilo" de Zaffaroni,⁽³¹⁾ como la designa Massimo Pavarini,⁽³²⁾ viene a evidenciar la aseveración precedente, si se considera que Girard apuesta a mostrar (en contra de otras líneas interpretativas), que los sujetos que fueron conducidos al sacrificio eran aquellos que no tenían la posibilidad de la venganza, esto es, de reaccionar con lo que es definido antropológicamente como

(26) GOFFMAN, ERVING, *Stigma: Notes on the Management of spoiled identity*, EEUU, Touchstone, 1986.

(27) YOUNG, JOCK, *La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, España, Marcial Pons, 2003.

(28) ZAFFARONI, EUGENIO R., *Criminología. Aproximaciones desde un margen*, 3^a reimp., Colombia, Temis, 2003.

(29) PAVARINI, MASSIMO; PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN Y TENORIO TAGLE, FERNANDO, *Seguridad Pública: tres puntos de vista convergentes*, México, Ediciones Coyocán-Conacyt-Flasud, 2004.

(30) Comienzan con esta percepción, empíricamente probada, John Lea y Jock Young al inaugurar el nuevo realismo de izquierda. En el trabajo citado se evidencia que los receptores privilegiados de la criminalidad pertenecen también a los segmentos inferiores de la sociedad, de los cuales se obtiene la clientela favorita del sistema de justicia penal (ver LEA, JOHN y YOUNG JOCK, *What is to be done about the law and order*, Inglaterra, Penguin, 1984).

(31) En síntesis, la teoría agnóstica de la pena propuesta por Zaffaroni apuesta a indicar que ha sido probado suficientemente que ninguna teoría positiva de la pena es cumplida por el Sistema de Justicia Penal y los datos aportados por las ciencias sociales dicen muchas cosas sobre la pena, pero todas parciales. Así, la pena evidencia en su praxis tener muchas utilidades, las cuales son decididamente heterogéneas, como por ejemplo, hace pelear a los excluidos y marginados, con lo cual los mantiene distraídos; permite sacarse de encima a algún enemigo poderoso, retirándole cobertura en cierto momento; normaliza situaciones desnormalizadas a través de la entrega de diplomas de víctimas; proporciona votos a los políticos; es fuente de recursos extrapresupuestarios para las agencias; permite subir el precio de lo prohibido cuando se lo encara empresarialmente; puede ser útil para eliminar disidentes; tranquiliza a la opinión pública; permite montar industrias de seguridad; etc. Ver ZAFFARONI, EUGENIO R. et al., *Manual de derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2013, p. 50.

(32) PAVARINI, MASSIMO, *Sistema penale e pensiero critico nella postmodernità*. Rioensando a Sandro Baratta, Conferencia dictada en la Università degli Studio di Napoli Federico II, 25/09/2012.

"ley de la sangre" en las sociedades arcaicas, pero también en nuestro tiempo, máxime que el propio Massimo Pavarini reitera en el ensayo citado que la pena moderna (el encierro) nace con la función del gobierno de la pobreza, entonces, de aquellos que no tienen la posibilidad de seguir, aun modernamente dicho, la "ley de la sangre", de reaccionar, entonces, con la venganza, en el sentido inicial de justicia, de hacerse justicia.

Si esto es así, considero que el sujeto privilegiado en la selección del chivo expiatorio desde las sociedades arcaicas emerge de aquellos límites formales a la venganza narrados por la penología,⁽³³⁾ especialmente del límite signado por la "exposición" donde la narrativa de esa disciplina indica que esta, la exposición, se refería a la entrega del autor de la ofensa al grupo ofendido para que la venganza se realizara solo en su contra. Ello significa que los expuestos al final vendrán a mutar como víctimas propiciatorias del rito sacrificial, como lo son, en la actualidad, las víctimas de la violencia punitiva y buena parte de la violencia ilegal.

Pero aún más, aquellos que son calificados como "un otro", con los arreglos económicos y políticos de la llamada "aldea global", son extraídos en buena medida en Occidente de la parte más vulnerable, como es evidente, pero no solo de su hemisferio, sino de todo el amplio margen que, en Europa, por ejemplo, puede denominarse extracomunitario, lo que muestra que la llamada "sociedad excluyente" denominada por Young, perfila una actitud en nada ya ingenua, peligrosamente etnocéntrica. Si bien Agamben considera que en nuestro tiempo todos los ciudadanos pueden ser potencialmente construidos como *hominis sacri*, los datos expuestos pueden evidenciar que la conciencia que comanda tiene más posibilidades de decantarse con ese perfil precisamente "al otro", etnocéntricamente dicho, aunque sus límites, como considera Agamben, pueden ser ampliados inimaginablemente. Considérese que en la Alemania nazi "el otro" no era únicamente el sujeto ajeno a la tradición occidental, sino cualquiera que no satisficiera el perfil acomodado de la raza aria, de este modo, el caso judío ejemplifica muy bien que la misma tradición de Occidente, por ejemplo, la tradición judeocristiana entró en grave conflicto, reiterando la iconografía del crucifixus con la que renace con esa enunciación la tradición de Occidente, la que en su origen no deja de representar la tradición grecolatina.

(33) SANDOVAL HUERTAS, EMIRO, *Penología. Parte General*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1982.

Se entiende entonces que el contexto que posibilita lo narrado no es solo el denominado en estos escritos y especialmente en la primera parte de esta investigación en el ensayo ya citado, como presupuesto y la ley que de este se deriva. Presupuesto que se refiere a toda visión del mundo, independientemente de la cultura donde esta se haya gestado, como independientemente de su designación como mito o religión o el más amplio rubro de filosofía. Un discurso al final portador de una verdad construida y que conducirá, me parece, a la fundación de una ley que en el origen no era otra que la "ley de la sangre", la cual llevada hasta sus últimas consecuencias se perfila, como lo describió Walter Benjamin,⁽³⁴⁾ como la violencia que produce o conserva derecho, cuestión que si se correlaciona con su tesis octava de filosofía de la historia,⁽³⁵⁾ exhibe su límite en el permanente estado de excepción que se impone, cuya función central se dirige, contra toda apariencia y más allá de la necesidad de esclavos (y definido en términos nietzscheanos),⁽³⁶⁾ a la producción de la *nuda vita*, es decir, la construcción de un "otro", en el sentido de quien no tiene posibilidades de desarrollar la venganza.

En cuanto a la ley, si esta debe ser cantada de acuerdo a la tradición judía, conforme a lo descrito por Massimo Cacciari,⁽³⁷⁾ semejante acción que puede apreciarse en un primer momento como simbólica al exhibir el triunfo de una racionalidad cualquiera, semejante canto atiende a toda cultura, algunas de las cuales como el caso mesoamericano la vendría a explicitar en el rubro de filosofía: flor y canto, esto es, ser (el presupuesto) y deber ser (la ley, el canto). Es indudablemente el canto de una racionalidad vencedora, de una violencia que cumple en el ser el deber ser que lo implica.⁽³⁸⁾ No es casual, por un lado, la necesidad de los himnos nacionales que parece que lo evidencian al reiterar la fundación de una tradición cualquiera, ni por otra parte, el amplísimo rubro en la actualidad del término "encantamiento" que sugiere, también más allá de toda apariencia, la sujeción a una ley, su consenso, como también del "desencantamiento", el disenso, la rebeldía

(34) BENJAMIN, WALTER, "Para una crítica de la violencia", op. cit.

(35) BENJAMIN, WALTER, "Tesis de filosofía de la historia", en *Angelus Novus*, op. cit.

(36) NIETZSCHE, FRIEDRICH, *La gaya Ciencia*, 3^a ed., España, José J. Olañeta editor, 2003.

(37) CACCIARI, MASSIMO, *Icone Della Legge*, 4^a ed., Italia, Adelphi, 2002.

(38) TENORIO TAGLE, FERNANDO, *500 años de razones y justicias, las memorias del ajusticiamiento*, 2^a ed., México, UAM-A, 1999. Considérense los casos narrados por Malinowski en *Crime and custom in savage society* y los narrados por José Gil en "Giustizia", en la Enciclopedia Einaudi, vol. VI, pp. 824/864, en donde, en cualquiera de los casos descritos (esquimales o tiv), "... el triunfo en un conflicto se canta o se hacen sonar los tambores", p. 835.

hacia un estado de las cosas que pretende imponer una ley, en efecto, a partir del estado de excepción, sea esta una cuestión jurídica o no jurídica, esto es, de la pura vida cotidiana.

Convergente con las apreciaciones señaladas, tómense en cuenta los aportes de Eva Cantarella⁽³⁹⁾ al referirse al canto de las sirenas en la tradición y costumbres derivadas de la mitología griega, las mismas que con su canto, cuando ello sucedía, podrían someter a los hombres, concluyendo que las mujeres que cantan en la estratificación social de la época son las mujeres solas a las que solo les queda el papel de ser, podría decir, "encantadoras" o seductoras como afirma Cantarella, para entonces dedicarse a la prostitución. Las otras son las mujeres que pueden reproducir la estirpe del marido y por ello se someten a su ley, a su comando. Estas últimas, según desprende Cantarella de las leyes de la época, no son por principio vistas como seductoras, sino cuando más como mujeres expuestas a la seducción, esto es, que aun cuando llegasen a tener un amante (acto que desde luego ofendía al marido por ser los hombres los promotores únicos del orden), la ley presumía *iuris et de iure* que la mujer había sido seducida, como sujeto inferior, entonces sometida a la ley del amante, y este, el amante, podría ser asesinado sin represalias jurídicas. Considérese que en proyectos de leyes y algunas leyes vigentes del siglo XIX y XX en el caso mexicano, por ejemplo, mantuvieron este tipo de reglamentación.

Ciertamente, semejante contexto que ambienta y da sentido a las prácticas sociales va más allá de una orientación con pretensiones de explicar los hechos que aquí interesan a partir de la razón, si se quiere, de la *episteme* y no de la *doxa* la cual, como reseña Galimberti, "puede ocupar el lugar de la *episteme* solo imponiéndose por la fuerza (*hybris*)",⁽⁴⁰⁾ como ha sucedido en gran parte de las "verdades" construidas por las hoy denominadas ciencias sociales, especialmente las relativas a los temas que aquí interesan, como lo fue desde su origen, el positivismo criminológico.

Si se es escrupuloso, puede afirmarse que la razón, que en buena parte, al identificarse con los mismos sentidos arcaicos de "la luz", "del día", en contra de "la noche", de "la oscuridad", va mostrándose como una serie de argumentos que no parecen ser ya tan racionales con independencia

(39) CANTARELLA, Eva, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta y diritto*, Cap. 4, Italia, Feltrinelli, 2002.

(40) GALIMBERTI, UMBERTO, *Gli equivoci dell'anima*, 9^a ed., Italia, Feltrinelli, 2011.

de que pueda hacerse apelo al recurso de la metáfora. Se piense en la luz y la vida, como en las sentencias: "dar a luz" que figura el nacimiento, como en aquella otra de ver, al final de una vida, la luz, que en los presupuestos anuncia una nueva vida trascendente y ya sin dolor, entonces para alcanzar la redención: *erlösung*; la puerta que está al final del recorrido, asevera Franz Rosenzweig,⁽⁴¹⁾ por ejemplo, se abre a la vida. Cuestiones involucradas en la fantasía, si se quiere, pero que no dejan de capturarnos en la propia y mundana vida cotidiana. Se piense en aquella arcaica dicotomía que en lugar de unir, separa, entonces, *dia-bállein*, relativa al cuerpo y al alma, un alma que sufre a través del cuerpo y que por ello Aristóteles apreciaría al propio cuerpo como cárcel o tumba del alma,⁽⁴²⁾ por lo que con la muerte se alcanza la significación de liberar a la misma alma de su cuerpo, maldito o no como este sea significado, con lo cual dicha alma alcanzará la redención, en efecto, *erlösung*, una de las finalidades declaradas, aunque poco difundida de las políticas nazis en todo el amplio espectro de aquellas dirigidas a la eliminación de los otros conforme a su ideología, o más exactamente, conforme a una identidad que pretendió ser fundadora.

Y lo anterior, dada la coincidencia que, entre otros asevera Wittgenstein en el prólogo a su obra *Tractatus*⁽⁴³⁾ y que reitera en su tesis sexta, de que aun cuando el contenido de su actividad ensayística haya sido una verdad definitiva, por desgracia las cuestiones de absoluta importancia como la muerte (y sobre todo la muerte impuesta), que es lo que aquí interesa, no se hayan siquiera tocado y ello en virtud de que estas cuestiones constituyen lo que el mismo Wittgenstein vino a denominar "lo místico".

De este modo, apelar a un camino diverso (aunque en este caso no en contradicción), significa ir más allá de las diversas descripciones de lo que a partir de la razón se pueden mostrar, dado que estas, metafóricamente dicho, permanecen en la superficie, como lo afirma Pavarini,⁽⁴⁴⁾ esto es, en una mera y solamente descripción, a fin de profundizar en esa gama de sentidos que produce el ser humano a través de cultura, con la finalidad de hacer inteligible el estado de la cuestión. Es evidente, como afirma

(41) ROSENZWEIG, FRANZ, *La estrella de la redención*, 2^a ed., España, Ediciones Sígueme, 2006.

(42) GALIMBERTI, UMBERTO, *Gli equivoci...*, op. cit.

(43) WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Tractatus logico-philosophicus*, 3^a ed., Valdés Villanueva, Luis M. (trad., introd. y notas), España, Tecnos, 2007.

(44) PAVARINI, MASSIMO, op. cit.

Cacciari, entre otros, que esta actividad representa un constante interrogar que, como siempre, se circunscribe a la pregunta ¿por qué? Especialmente si la pretensión es decir, lo indecible para hacer visible lo invisible, a semejanza de la conciencia autóctona mesoamericana de apreciar a los dioses invisibles como el viento e impalpables como la noche, entonces no susceptibles de hacerlos inteligibles a partir de la razón.

De este modo, como sugiere Gil,⁽⁴⁵⁾ cuando la palabra o el lenguaje no sean capaces de describir o de explicar algo, es necesario un pensamiento diverso que, en mi opinión, pueda hacer inteligible precisamente lo que Wittgenstein denominó como "lo místico", aunque para ello sea necesario utilizar el lenguaje o la palabra o los sueños de una palabra como eran los ideales que se comunicaba en Mesoamérica, lo que, no obstante, pudieran dar lugar (psicoanalítica y metafóricamente dicho), a un contenido reducido del sueño y no al contenido real del mismo, dado que las cosas, como se verá enseguida, son sí mismas pero también otras.

Así, sin descuidar la luz, entrar o utilizar la oscuridad, la noche, involucrarse entonces en el territorio de lo incodificable que no implica necesariamente acudir al *cháos* abandonando al *kosmo* sino en este caso, uniendo la ambivalencia, precisamente: *sym-bállein*.

2. Una aproximación simbólica respecto del inicio de la biopolítica

De lo que es el símbolo existen múltiples definiciones, muchas de las cuales son decididamente contrastantes,⁽⁴⁶⁾ pero que siguen las apreciaciones del significante y el significado en la terminología símbolo y cosa simbolizada, una cuestión que el mismo Burkert evade en este debate que se mantiene abierto.⁽⁴⁷⁾ No obstante, en la interpretación de José Gil, la distinción se refiere a la "imposibilidad en el símbolo de ver significados en códigos porque estos hablan de las cosas y sus relaciones y no de aquello que las hace posibles",⁽⁴⁸⁾ que es precisamente el interés de estos escri-

(45) En franca coincidencia, el propio Rosenzweig apela a hacer inteligible las cuestiones que equivalentemente Wittgenstein denominó "lo místico", a partir de la estética, en razón que sus productos pueden revelar aquello de lo que el lenguaje sería incapaz (ver GIL, José, "Corpo", en *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1978, vol. 3, pp. 1096/1162).

(46) ECO, UMBERTO, "Segno", *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1981, vol. 12, pp. 628/668.

(47) BURKERT, WALTER, "L'organizzazione del mito", *Mito e rituale...*, op. cit., pp. 3/57.

(48) GIL, José, "Corpo", en *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1978, vol. 3.

tos. De ahí que Umberto Galimberti afirma: "antes de que el saber hablase por identidad y diferencia, recorriendo aquella lógica disyuntiva, en griego *dia-bállein*, según la cual una cosa es sí misma porque no es otra, existía un lenguaje simbólico, en griego *sym-bállein*, donde una cosa era sí misma pero también otra".⁽⁴⁹⁾

En este mismo sentido Eco afirma: "En la dialéctica de significante y significado que caracteriza al signo, esta reconjunción aparece siempre incompleta, diferida; cada vez que el significado viene interpretado, esto es, viene traducido en otro signo, se descubre algo de más y el reenvío antes que unirse se separa, se agudiza, se agrava (...) En el símbolo, al contrario, existe una idea de un reenvío que en cualquier modo encuentra el propio término: una reconjunción con el origen".⁽⁵⁰⁾

Y aunque Eco cuestiona este proceder como peligroso por apreciarlo como una interpretación simbólica de la etimología del símbolo, cuando no se sabe qué cosa sea el símbolo ni una interpretación simbólica, en el resumen de la voz símbolo afirma: "el símbolo se interpreta y reinterpreta también inconscientemente; ello realiza la fusión de los contrarios y expresa lo indecible en cuanto escapa, al menos en parte, a la razón y a cada proyecto de totalizante racionalismo".⁽⁵¹⁾

De este modo, cuando Girard, por ejemplo, signa como símbolo al chivo expiatorio, Galimberti afirma: "... el símbolo no es cómo piensa Girard, la víctima sacrificial que, como chivo expiatorio, recoge la violencia que la comunidad quiere sacar de sí, porque ello significa pensar al simbolismo implicado en el sacrificio como una representación teatral donde los hombres, con la sustitución de la víctima, engañan a los dioses. El símbolo no es una "representación", sino el origen no representado de todas las representaciones, incluida la representación del chivo expiatorio".⁽⁵²⁾

Y aún más, en esta línea de pensamiento se considera que, si se llegasen a encontrar los sentidos del símbolo, este desaparecería como tal.

Lo anterior implica que si bien la puesta en escena del chivo expiatorio produce las consecuencias aportadas por Girard (ritualidad que asumirá

(49) GALIMBERTI, UMBERTO, *Gli equivoci...*, op. cit., p. 153.

(50) ECO, UMBERTO, "Segno", op. cit.

(51) ECO, UMBERTO, "Símbolo", en *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1981, vol. 12, pp. 877/915.

(52) GALIMBERTI, UMBERTO, *La terra senza il male...*, pp. 223/224.

ulteriormente el Sistema de Justicia Penal, como bien aprecia el mismo Girard), semejante conclusión permanece igualmente en la superficie como una mera descripción, lo que entonces conduce a ese constante interrogar: ¿por qué? Decididamente consonante con la interrogación que a mis intereses nos impone José Gil: ¿en nombre de cuáles signos se ha impuesto un cierto tipo de violencia al cuerpo? ⁽⁵³⁾

Es por ello que para la aproximación que se hace a través de lo simbólico resulte de gran valía la aportación de Claude Lévi-Strauss, como recuerda Gil, de apreciar a aquello que identifica "maná", por ejemplo: "... como símbolos en estado puro, los cuales figuran en una 'zona de indeterminación' entre lo conocido y lo desconocido, entre lo no identificable y lo perceptible. Por ello existen algunos símbolos (signos), especialmente en el lenguaje, como es el caso de 'maná', que permanecen disponibles sin estar articulados al significado por ser, ellos mismos, una excedencia de significación". ⁽⁵⁴⁾

De ahí que el propio Giorgio Agamben, ⁽⁵⁵⁾ al utilizar este recurso de Lévi-Strauss, converja en afirmar que la designación del mismo *homo sacer* representa esa excedencia de significación, apareciendo como términos vacíos que pueden cargarse de sentidos contradictorios, esto es, ambivalentes. No obstante, significar a alguien como sagrado o como chivo expiatorio no implica que tales signos sean símbolos, sino que semejante designación y sus consecuencias empíricas devienen o se originan a partir del símbolo no representado.

A su vez, en contra de lo apreciado por Mauss, Hubert, Straus y el mismo Gil a quienes este último cita, respecto a que semejantes símbolos representen connotaciones energéticas en el sentido de ser, al final de cuentas: "la fuerza por excelencia", ⁽⁵⁶⁾ me parece que, a semejanza de las apreciaciones citadas de Galimberti, tales connotaciones, si bien energéticas, representan no a la fuerza, sino más bien el origen de toda puesta en escena de la misma, o más precisamente, de su uso, por consiguiente, en el sentido más estricto del término, de la violencia como uso de la fuerza, tanto de aquella que se desata, como de aquella otra que se con-

(53) GIL, JOSÉ, "Corpo", op. cit. p. 1097.

(54) GIL, JOSÉ, *ibid.*

(55) AGAMBEN, GIORGIO, op. cit., p. 89.

(56) GIL, JOSÉ, *op. cit.*

jura o puede conjurarse. De este modo, la violencia no es una cuestión estrictamente natural, como considera Girard, sino además, cultural; no desatamos fuerzas vivas de la naturaleza, porque ya no somos solo *natura*, sino que hacemos uso de las mismas, y de hecho, en forma intencional.⁽⁵⁷⁾

En este sentido, el chivo expiatorio (premoderno, como este haya sido o moderno en la actualidad), como puede suceder en cualquier otra forma de puesta en escena de la violencia, como es el caso del *homo sacer* que ilustra Agamben, puede apreciarse como un ícono, el cual puede revelar al simbolismo construido que la origina, el que, por muy fantasioso que este muestre ser, ha sido utilizado para conjurar precisamente el miedo a la muerte del que solo es consciente el ser humano y que no es distinto del miedo que puede conducir a la matanza para vivir, matanza que, me parece, sin dudas, puede encubrirse en la afirmación de la lucha por la sobrevivencia, argumento que indudablemente deviene de la misma cuestión simbólica de cualquier puesta en escena de la violencia.

No distante de la guerra sino su ejemplo clásico, como uno de los más atroces actos de violencia pero que se exhibe también como el más importante ícono para la cohesión social⁽⁵⁸⁾ y por ello, en modo equivalente a la idea del sacrificio en Girard, esta se inscribe en las posibilidades de conjurar la violencia recíproca en el interior de los grupos combatientes, cuya ley en su ritualidad impone el canto por el consenso que acumula como violencia fundadora.

Así, en esta equivalencia de sentido, la violencia que en ocasiones produce o desencadena más formas de violencia (y las más de las veces desproporcionadas, como era y es el caso de la venganza), en otras ocasiones, siempre siguiendo al simbolismo que las origina, se impone como violencia que conjura sus ulteriores manifestaciones.

Es entonces un simbolismo derivado del mismo miedo a la muerte que, en opinión de Rosenzweig,⁽⁵⁹⁾ da inicio a todo el conocimiento del todo. Un sendero que si bien puede para unos conjurar intermitentemente solo el miedo a la muerte (y nada más), también puede erigirse peligrosamente en aquella fuerza que pone al ser humano como receptor del suplicio al

(57) SÁNCHEZ VÁZQUEZ, ADOLFO, "Praxis social y violencia", Filosofía de la praxis, México, Editorial Grijalbo, 1967.

(58) PASQUINELLI, CARLA, "Poder sin Estado", en Revista Poder y Control, n° 1, España, 1987.

(59) ROSENZWEIG, FRANZ, *op. cit.*

que más adelante me refiero, esa fuerza, indica Gil,⁽⁶⁰⁾ se llama ciencia. Una ciencia que, como recuerda Galimberti,⁽⁶¹⁾ inicia en la tradición griega, especialmente a partir de Aristóteles, la ruta de disyunción, de desunir la ambivalencia, entonces *diá-ballein*, esto es, precisamente: diávolo. Aún en las llamadas ciencias duras, como en la física, basada en el principio de no contradicción, puede evidenciarse que las cosas son sí mismas pero también otras. Considérese a las leyes de la descomposición de la luz en el momento en que vemos un objeto de color verde, por ejemplo, al final, en el proceso de reflexión, lo que vemos es precisamente el color del haz de luz rechazado o reflejado por este y por ello lo vemos así: es verde porque es verde la luz que refleja, pero también otro, porque en realidad "objetivamente" verde no es.

De ahí la importancia de desarrollar una aproximación simbólica en los temas que aquí trato, de aproximarse a aquello que en el origen propició la unión de la ambivalencia; y ello en razón de que las relatorías a este respecto, muestran en todos los casos la presencia de semejante ambivalencia: *pharmakos*: veneno y panacea; *homo sacer*: santo y maldito, cuestión que se mantiene en la actualidad en la mutación del *pharmakos* en *homo sacer* una vez que se pone en escena la violencia punitiva. Pero especialmente, como acreditó en el primer ensayo, semejante construcción de una ambivalencia para determinados sujetos, obedece precisamente a las zonas de indistinción, como las designa Agamben: aquellas que (entonces ambivalentemente) incluyen en el propio acto de exclusión.

Más a la recomendación que hiciera Benjamin de buscar el origen de la sacralidad de la vida, y ello en razón de que el sistema penal desata su violencia en contra de esta, en contra de la *nuda vita* del imputado,⁽⁶²⁾ Agamben aprecia la necesidad no solo de ir a esa búsqueda sino a la soberanía que la impone: "Sagrada, esto es, susceptible de ser asesinada e insacritable es originariamente la vida en el bando soberano y la producción de la *nuda vita* es, en este sentido, la prestación originaria de la soberanía".⁽⁶³⁾ Y más adelante, desprendiendo Agamben que la sacralidad de la vida correspondía a una declaración por plebiscito (cuestión

(60) GIL, JOSÉ, "Corpo", op. cit.

(61) GALIMBERTI, UMBERTO, op. cit.

(62) BENJAMIN, WALTER, "Para una crítica de la violencia", op. cit.; "Destino y carácter", op. cit.

(63) AGAMBEN, GIORGIO, op. cit., p. 93.

que no era una ley, sino una excepción en la *civitas* que equilibraba el poder soberano), aprecia: "Los dos límites extremos del ordenamiento (soberano y *homo sacer*) presentan dos figuras simétricas que tienen la misma estructura y están correlacionadas en el sentido que soberano es aquel respecto del cual todos los hombres son potencialmente *hominis sacri* y *homo sacer*, es aquel respecto al cual todos los hombres actúan como soberanos".⁽⁶⁴⁾

Una cuestión que se mantiene explícitamente en la iconografía de la puesta en escena de la violencia punitiva a partir del Estado de derecho, baste considerar a este respecto que todo proceso penal inicia con la declaración: "El pueblo en contra de...". Es de conjeturarse, entonces, que semejantes zonas de indistinción instrumentalizan el sentido simbólico que origina la puesta en escena de las diversas formas de violencia que acopia, pero también aquellas otras que dicho simbolismo quiere conjurar.

No obstante, si bien Agamben considera que el origen de semejante soberanía se encuentra en el bando y sus receptores son los equivalentes del *homo sacer* al ser estos insacrificables pero susceptibles de ser asesinados sin represalias jurídicas, debiera tomarse en consideración, como recomienda a este respecto Fichera⁽⁶⁵⁾ siguiendo a Louis Gernet citado por Burkert,⁽⁶⁶⁾ que el mismo *ostrakismós* (la costumbre de votar al bando a una persona indeseada) no sería otra cosa que una forma evolucionada y racional del rito del *pharmakos*. De este modo, al antiguo *wargus*, el lobo y en sentido religioso *vargr veum*, el lobo sagrado que Agamben considera como hermano del *homo sacer* más allá de cualquier duda, tendrían ambos igualmente como un antecedente que satisface los mismos requisitos de estos en su respectiva puesta en escena, al propio *pharmakos*. A este respecto, debe considerarse que la significación de "lobo", como la aquí tratada, deviene, me parece, de la tradición griega arcaica, como bien desprende Burckert de una amplia y diversidad de escenas que tienen origen, al parecer en Arcadia respecto de los hombres lobo y que se encuentran íntimamente vinculados al rito sacrificial.⁽⁶⁷⁾

(64) *Ibid.*

(65) FICHERA, ANTONIO, *op. cit.*, p. 114.

(66) BURKERT, WALTER, "Homo necans. The Anthropology of Ancient Greek...", *op. cit.*, y *Mito e rituale...*, *op. cit.*

(67) BURCKERT, E., *Homo necans...*, *op. cit.*, 1983, especialmente el Capítulo II, "Werewolves around the trípode kettle", pp. 83/134.

Toda esa ambivalencia y que la razón descuida, o más bien encubre con indiferencia, tiene inicio en el origen mismo del ser humano, el único capaz, dada su naturaleza, su equipo biológico, como lo aprecia Norbert Elias⁽⁶⁸⁾ de producir, en mi opinión, un horizonte de sentido, aun cuando este sea fantasioso si se desea. Ese origen figura exactamente la inicial zona de indistinción fraguada ambiguamente por el mismo ser humano respecto de la dicotomía cultura/natura en la que todos aprecian el inicio del sendero humano, de la vida humana, ciertamente como tragedia, palabra que, aunque relativa a los productos de la estética, en el origen griego significó el canto del "chivo expiatorio".⁽⁶⁹⁾

He ahí la razón por la cual, como afirma José Gil respecto de las iniciales sociedades (pero cuyas ritualidades en modo quizás diverso se mantienen hasta nuestros días): "Cada pasaje de un estado a otro (nacimiento, muerte, matrimonio), desencadena energías que los ritos liberan y utilizan. Por ello, los brujos ocupan siempre un lugar a parte en la sociedad porque ejercitan actividades ambiguas por el valor simbólico ambivalente (...) entre natura/cultura".⁽⁷⁰⁾

No importa cuál sea en la línea evolutiva la interpretación: que el humano surja de *natura* construyendo la ambivalencia (que es la interpretación dominante), procurando este evidenciarse diverso de *natura*, en este caso muy próximo al autoexilio de Moisés con el que da inicio la llamada por Cacciari errante radice de la tradición judía;⁽⁷¹⁾ o que la misma *natura* expulse a quien ha dejado de ser solo *natura*, muy semejante a la interpretación que recoge Young de Lévi-Strauss⁽⁷²⁾ de ver en la actual sociedad excluyente la metáfora de una sociedad bulímica que vomita desechos, esto es, seres que podríamos considerar en la misma metáfora, cuya vida no tiene ya valor alguno. En cualquiera de los casos, *natura* reclama el regreso al origen al que fatalmente se pertenece.

Una dicotomía, entonces, que a partir de la razón, de la ciencia, el humano, quizás demasiado humano, ha pretendido fronterizar, separar, desunir, justamente por el miedo a la muerte del que habla Rosenzweig, esto es,

(68) ELIAS, NORBERT, *op. cit.*

(69) FICHERA, ANTONIO, *op. cit.*

(70) GIL, JOSÉ, "Corpo", *op. cit.*, p. 1099.

(71) CACCIARI, MASSIMO, *op. cit.*

(72) LEA y YOUNG, *op. cit.*

alejarnos de aquella natura que nos da vida, pero que nos reclama al condenarnos también a la muerte.

Esa desunión de una ambivalencia construida desde el origen ha tenido diversas consecuencias negativas para amplios márgenes de la población. Piénsese en la más moderna interpretación entre el estado de naturaleza y el estado civil, esto es, la civilización, que daría lugar o encubriría al naciente estado de derecho, eco del antiguo sentido de "los bárbaros", sea ello una construcción griega o romana, no distante de la caracterización de los habitantes americanos como "el buen salvaje"; hipótesis en todos los casos que designa a unos como *natura* (o muy próximos a esta: entonces, subhumanos) y a otros como cultura, siendo justamente estos últimos los constructores de semejante designación, como la efectuada, no ingenuamente al apelar al derecho penal del enemigo, la misma reiteración que incluye en el mismo acto de exclusión; un estado de excepción explícito en la relatoría de una doxa que se impone por la fuerza, en nada distante del carácter empírico de la justicia (del *jus* en el sentido originario de la tradición latina como expresión de fuerza), entonces del uso de la fuerza, esto es, de la violencia. He ahí que, en franca coincidencia, Gil asevera que "es de la articulación *natura/sociedad*, que tiene origen la justicia",⁽⁷³⁾ una cuestión, que si se advierte, no es estrictamente natural, sino justo por esa articulación cultura/*natura*, el *jus* se desata a partir de guías valorativas, entonces de sentido.

Pero a su vez, si se sigue la recomendación de René Girard de contrastar los datos a través de una antropología comparativa es posible apreciar, en su hipótesis, una única línea evolutiva del ser humano, aspecto que Girard pone a consideración en la ritualidad del sacrificio.⁽⁷⁴⁾ A este respecto, considérese que en la interpretación de Antonio Fichera,⁽⁷⁵⁾ siguiendo a los estructuralistas, aprecia en la historia o literatura del pueblo sumerio, en la epopeya de *Galimesh* que este representa cultura, mientras que *Enkidu*, con quien, considero, se une la ambivalencia, representa *natura*. Y aún más. El mismo Fichera, entre otros, evidencia que la venganza que sigue la ley arcaica de la sangre no se diferencia del rubro de justicia ulteriormente invocado a través de los teóricos del derecho y, en este sentido, involucrándose con la tradición egipcia, ve en la propia idea de venganza uno de

(73) GIL, JOSÉ, "Giustizia", *op. cit.*

(74) GIRARD, RENÉ, *La violenza e il sacro*, Italia, Adelphi Edizioni, 1980.

(75) FICHERA, ANTONIO, *op. cit.*

los pilares sobre el cual se funda la autoridad del Faraón, cuyo título inicial es Horus, el vengador por excelencia; precisamente, como aprecia Ficherá, la venganza es concebida como el reequilibrio, entonces, de aquello que ha desequilibrado la balanza.⁽⁷⁶⁾

Pero igualmente, consonante con lo señalado, Gil afirma que: "... amor/odio, deseo/envidia, celos/generosidad (las pasiones), traen todas consigo la eventualidad de la dominación y de la violencia".⁽⁷⁷⁾

De ahí la preocupación de Walter Benjamin de apreciar al sistema penal como un instrumento que desata la violencia contra la *nuda vita* de sus sujetos. Pero en todo caso, ello muestra que la cuestión simbólica originaria y que, me parece, podría exhibirse en la zona de indeterminación, como asevera Lévi-Strauss respecto de los símbolos en estado puro, y a partir de la cual se inicia la aventura humana, y simultáneamente producirá las zonas de indistinción que habrán de construir a los sujetos ambivalentes, deviene de esa articulación entre cultura y natura. Y es justo por esa ambigüedad, por esa ambivalencia, que solo el humano se aventura propiamente en la incertezza, en el riesgo, pero para concretar su antónimo, esto es, la preservación: si se quiere, la lucha por la sobrevivencia.

Considérese a este respecto que en la Grecia mitológica, los monumentos a Hermes como constituir pilas de piedras, por ejemplo, en los límites donde alguien ha estado (que como recuerda Burkert) si bien pueden considerarse consagraciones, significaban el pasaje de un pasado de desesperación a un futuro prometedor. "Según la mitología, Hermes es precisamente el mensajero de Zeus".⁽⁷⁸⁾

Lo anterior cobra especial relevancia si se considera, como he afirmado, que el sentido originario de justicia es precisamente expresión de fuerza, entonces su uso, es decir, la violencia, la que muestra en su puesta en escena que la misma no es una cuestión natural, como tampoco una cuestión involucrada en el ámbito de lo jurídico, modernamente hablando: ajusticiar a alguien por parte de un tribunal formal no se diferencia materialmente de cualquier caso de ajusticiamiento informal.

(76) FICHERA, ANTONIO, *op. cit.*, pp. 22/23.

(77) GIL, JOSÉ, *Un'antropologia delle forze: dalle società senza stato alle società statualli*, Italia, Einaudi, 1987.

(78) BURKERT, WALTER, *Mito e rituale...*, p. 70.

Aun en el caso del derecho penal mínimo que muestra el pasaje de una resolución de conflictos entre víctima y victimario, hacia una relación tripartita en la cual se incluye la figura del juez, lo cual exhibe el nacimiento de la pena, a esta se le vendría a atribuir la finalidad de prevenir otras relaciones de violencia desproporcionadas como es el caso, en efecto, de la venganza, la misma que Girard identifica como violencia recíproca que el chivo expiatorio conjuraba, y que con posterioridad semejante función la asumiría el sistema de justicia penal. Así las cosas, el ajusticiamiento, más allá de la decisión del estado de las cosas sobre una persona, precisamente como el chivo expiatorio de la modernidad avanzada, representará un ícono de la terapéutica social contemporánea cuya función, en esa zona de indistinción entre las funciones declaradas y latentes, no es otra sino la reducción de las ansiedades sociales, las cuales tienen origen precisamente en ese miedo a la muerte que produciría el conocimiento del todo, pero que conduce también a la ritualidad que comanda matar para vivir; la necesidad de producir la *nuda vita*, de reiterar, entonces, la fundación de una tradición cualquiera, independientemente de que todo ello pueda configurar fantasías.

Por otra parte, si seguimos con atención la relatoría en torno al mito y al ritual en Burkert (equivalentes en lo que aquí trato al presupuesto y su ley), puede considerarse que semejante mito y sus reiteradas puestas en escena como relatos, significaron también "poner en práctica —de manera decisiva, por así decirlo, señala Burkert— programas elementales de acción, que son al mismo tiempo secuencias de experiencia psíquica, neutralizando así la depresión y el miedo",⁽⁷⁹⁾ esto es, las mismas consecuencias que se obtienen de la puesta en escena real del sistema punitivo.

Mas ese pasaje que describe la dirección hacia una sociedad estatalmente organizada, y a la cual enseguida me refiero, ha producido otras consecuencias que igualmente pueden evaluarse en forma negativa, como bien lo describe Galimberti⁽⁸⁰⁾ al hablar de la parte maldita del cuerpo, aquella que tiende a la acumulación, justo la que en la ulterior disyunción propiciará que de una sociedad económicamente igualitaria se arribe a una sociedad desigual, precisamente, a una sociedad de dominación de unos frente a otros. No obstante, los excluidos han sido los receptores de la

(79) *Ibid.*, p. 43.

(80) GALIMBERTI, UMBERTO, *Il corpo*, Italia, Feltrinelli, Universal Economica-Saggi, 1987.

violencia sacra arcaica (cualquiera que esta haya sido), como de la violencia punitiva en nuestros días, precisamente por estar involucrados en esa ambivalencia que los incluye en el acto de exclusión.

Las pasiones que los referentes éticos promueven a la par de condenarlas, ciertamente, han conducido a la generación de la violencia y con ello al dominio de unos frente a otros, pero sus límites formales (cambiantes en las historias como siempre), a semejanza de los límites formales a la venganza, esto es, los límites a la violencia originaria cuya maduración observa impotentemente el *Angelus Novus* de Klee,⁽⁸¹⁾ dada la necesidad de decantar la *nuda vita*, han seleccionado a esta, es decir, una vida ya sin valor, a la vida del otro, para prevenir la violencia recíproca en el seno de cualquiera tradición, ejercitándose entonces la violencia de la guerra, o aquella otra ejercida en nuestro tiempo por el sistema de justicia penal. Es por ello que la violencia de la guerra, como la ejercitada por el sistema punitivo, se han exhibido irrationales en toda argumentación que las promueve, porque semejante argumentación encubre, en palabras de Girard, la verdad, justamente aquella que, en su opinión, tiende a prevenir la violencia recíproca.

Y aún más. Las descripciones pueden exhibir que de manera paulatina, pero constante, las políticas, socialmente impuestas, van produciendo personas o cuerpos dóciles, como los señala Gil,⁽⁸²⁾ tanto de aquellos que serán receptores de las violencias señaladas como de aquellos otros que habrán de ejecutarlas, una cuestión que, para diversos pero convergentes objetivos de investigación, ya había anunciado Herbert Marcuse en *El hombre unidimensional*.⁽⁸³⁾ Una cuestión cultural que regresa a los sujetos a *natura* a manera de híbridos, como autómatas, esto es, cuerpos sin posibilidades de espontaneidad, entonces, despojados de toda posibilidad de arriesgarse en la aventura (en la tragedia), una de las variables que son estrictamente humanas.

Si semejantes sujetos en la actualidad son los receptores de la violencia punitiva (y en su caso de la violencia bílica que producía el mismo consenso desde las sociedades pre-estatales), ello evidencia que los antiguos *pharmakos*, al igual que los *hominis sacri*, han migrado en un sincretismo cultural a partir de la iconografía del *crucifixus*: cisma que daría lugar,

(81) Ver BENJAMIN, WALTER, "Destino y carácter", en *Angelus Novus*, op. cit.

(82) GIL, JOSÉ, "Corpo"..., op. cit.

(83) MARCUSE, HERBERT, *El hombre unidimensional*, España, Ariel, 1993.

como violencia fundadora por desplazamiento, a una nueva tradición, lo que evidencia que ambos sujetos y no solo el *homo sacer*, en opinión de Agamben, ni solo el chivo expiatorio, en la interpretación de Girard, sino ambos, asumen el papel social de erigirse en receptores de la violencia punitiva y la que esta precisamente administra en el tejido social, la violencia ilegal.

Si la citada iconografía del *crucifixus* evidencia en la dialéctica de una tradición que impone su violencia contra aquel signado como *homo sacer* y otra que se erige en receptora de la misma mutando conforme a su tradición como chivo expiatorio, justamente esta tradición que termina por convertirse en racionalidad vencedora mostrará en el tránsito hacia el sistema punitivo que el receptor de su violencia asumirá la ritualidad arcaica del *pharmakos*, del chivo expiatorio de la racionalidad vencedora, que entonces mutará en la puesta en escena de semejante violencia en *homo sacer* en el más importante sentido que así lo designaba en su origen, esto es, un sujeto cuya vida no tiene ya valor alguno.

De lo narrado puede argumentarse, a manera de una verdad definitiva, que la *nuda vita* explicitada para los sujetos signados como *homo sacer* en la sociedad latina arcaica era construida precedentemente para aquellos sujetos consagrados (*fare sacer*), los chivos expiatorios de cualquier tradición cultural, como el caso del *pharmakos* en el origen sacrificial griego (*sphazein*). En ambos casos, se verificaba la unanimidad de la violencia que arguye Girard y que es indispensable inscribirla en el plebiscito con respecto al *homo sacer*, como también que los receptores de semejante violencia hayan sido sujetos que carecieran de posibilidades de venganza; que con semejante asignación, su vida careciera igualmente de valor alguno y consecuentemente, que en ambos casos representaron sujetos que eran solo portadores de su *nuda vita* y, finalmente, que la ambivalencia que a cada uno designaba: veneno y panacea como santo y maldito, se derivaba de la respectiva zona de indistinción, como bien ha detectado Agamben, aquella que incluye en el propio y ambivalente acto de exclusión, derivada de la que me parece la inicial zona con estas características, precisamente: cultura/natura. En este sentido, afirma Agamben: "La prestación fundamental del poder soberano es la producción de la *nuda vita* como elemento político original y como umbral de articulación entre *natura* y *cultura*, *zoé* y *bíos*".⁽⁸⁴⁾

(84) AGAMBEN, GIORGIO, *op. cit.*, p. 202.

Más estas serán construcciones a partir de las cuales aparecerá lo simbólico justo por el miedo a la muerte y, ulteriormente, por el miedo al asesinato. Si bien la representación del sacrificio se correlaciona con la reducción de la violencia recíproca, variable que me parece se verificaba también con el sujeto decretado por plebiscito como *homo sacer* (cuestión poco explorada pero que intuyo especialmente por la práctica del ostracismo), en ambos casos se aprecia que semejante ritualidad con la unanimidad de la violencia que a ambos los designaba, impedía que los miembros de la comunidad siguieran la ley de la sangre, aún en el caso del *homo sacer* con los acomodos jurídicos de la *civitas*. De ahí que puedo hipotetizar que el inicial sujeto que será involucrado ya en el territorio de lo sagrado con los fines simbólicos de conjurar la violencia desatada por la ley de la sangre, sea aquel designado por la propia comunidad, esto es, el mismo sujeto "expuesto" desde el inicio de semejante ley de la sangre para evitar que la venganza se realizara, como siempre sucedió, en forma desproporcionada.

En este sentido, la exposición como límite formal a la venganza en aquellas sociedades que la impusieron,⁽⁸⁵⁾ me parece que no necesariamente implicaba que se expusiera frente al grupo ofendido al victimario material de la ofensa; de ahí que, en forma semejante también se formuló la compra del derecho de venganza que evitaba la violencia del grupo ofendido y, en el mismo sentido, la propia ley del talión: matar al hijo de una familia, no necesariamente tenía como consecuencia matar al asesino sino al hijo del asesino o su equivalente, precisamente talión, la balanza, el reequilibrio, la justicia.

Considérese a este respecto la profunda relación involucrada en la ley de la sangre en relación no solo a la venganza, sino especialmente en la idea y ulterior ritualidad del sacrificio. Ya he mostrado la apreciación de Burkert,⁽⁸⁶⁾

(85) Considérese, como hace José Gil (1979), que en el caso de Córcega no se produjo ninguna limitación a la ley de la sangre y, en consecuencia, se sobrevenía la destrucción de familias completas. Un caso totalmente opuesto lo representa Mesoamérica, particularmente en relación a los aztecas, como son conocidos más ampliamente, los cuales desarrollaron las denominadas guerras floridas con la única finalidad de obtener prisioneros destinados al sacrificio, entonces, sujetos que indudablemente caracterizaban a "los otros" y cuya ritualidad, año con año, reiteraba la fundación de su propia tradición, esa especie de auto-afirmación para diferenciarse de los otros. Considérese igualmente que ya con anticipación, al verificarce el primer sincretismo cultural en Mesoamérica entre Toltecas y Chichimecas, semejante sincretismo vendría a concretarse por el sacrificio de un tolteca por parte de los chichimecas (Ver TENORIO TAGLE FERNANDO, *op. cit.*).

(86) BURKERT, WALTER, *Homo necans...*, *op. cit.*

de considerar como uno de los iniciales ritos sacrificiales la ofrenda *a natura* o a las instancias sobrenaturales del *homo necans*, convergentes, ciertamente con lo apreciado por Edward Westermarck de que la venganza de sangre es una forma de sacrificio humano dados esos sentidos arcaicos que guiaron a las iniciales culturas. Entre los diversos ejemplos con los que Westermarck funda su aseveración, se encuentra el caso de los beduinos que consideraban dentro de sus fábulas que "el fantasma de la persona asesinada volaba en torno a los lugares de los vivos sin ninguna gratificación sino la de aterrorizarlos".⁽⁸⁷⁾ Lo anterior era también rastreable en Grecia desde el siglo V a. C. y difuminada por diversos pueblos en Europa con posterioridad. De ahí que el asesinato del previamente victimario se realice centralmente como una ofrenda a las almas de los muertos.⁽⁸⁸⁾

Pero justamente de ese rito inicialmente sacrificial, y justo para prevenir una ley inflexible como lo era la ley de la sangre, es que aparecieron sus límites formales. Westermarck rastrea una amplia diversidad de culturas, algunas de las cuales privilegiaban el resarcimiento a través de la entrega de bienes, aunque para otras culturas ello develaba lo que ya indicamos de Galimberti, la parte maldita del cuerpo, atribuyéndoles a quienes accedían a esta componenda el signo de debilidad o de mostrar su carácter villano. En otros casos, bastaba una simple excusa, semejante a la tradición latina con el perdón y en general en los actos de amnistía;⁽⁸⁹⁾ no obstante, como bien acredita Westermarck, la ley de la sangre continuó rigiendo en todas las sociedades arcaicas dado el antiguo sentido del honor.⁽⁹⁰⁾

De ahí la importancia de la exposición como límite a la venganza porque la misma no implica la abrogación de la violencia, sino su sustitución, si se quiere, más racional o menos destructiva, esto es, precisamente el *desideratum* de lo simbólico. No es ilusorio conjeturar que el expuesto venga a convertirse en el chivo expiatorio al madurar el sacrificio como el rito por excelencia, aquel que es capaz de conjurar los males sociales, en efecto, como en el también *desideratum* del *crucifixus*, el rito capaz de ofrecer el perdón generalizado, ciertamente, la amnistía.

(87) WESTERMARCK, EDWARD, *La vendetta di sangue*, Italia, Edizioni ETS, 1993, p. 18.

(88) *Ibid.*, pp. 20/21.

(89) SORDI, MARTA (ed.), *Amnistia, perdono y vendetta nel mondo antico*, Italia, Vita e Pensiero, 1997.

(90) WESTERMARCK, EDWARD, *op. cit.*, p. 22 y ss.

De este modo, ser expuesto era el resultado de la unanimidad de voluntad impuesta por el grupo ofensor para corresponder a la violencia reclamada por parte del grupo ofendido. Así las cosas, el expuesto vendría a conjurar que se desatara la desproporcionalidad de la venganza, esto es, de la violencia recíproca guiada inflexiblemente por la ley de la sangre. En este sentido, el "expuesto", en cualquiera de las hipótesis (sea o no el autor material de la ofensa), es situado precisamente como sujeto expuesto ya solo a su *nuda vita*, entonces a una vida ya sin valor, precisamente: el excluido que se incluye en ese acto solo para su muerte, para la recepción de un suplicio que, según los relatos, satisfaría la ofensa aquietando no tanto a la violencia sino a las ansiedades, las derivadas precisamente de las pasiones, las que por ello mortifican, que son justamente las que provocan la violencia.

Más lo interesante es que de ahí, de esa endeble limitación formal a la venganza, cuando lo sagrado madure como única y sobre todo indiscutible visión del mundo, cuando esta se difumine como visión portadora de la verdad, y en parte importante como textura "conveniente" de lo cierto, precisamente a través de los sentidos proporcionados por cultura (y en efecto por los miedos a la muerte y de ser asesinado), la ritualidad sobre el "expuesto" en el campo de la venganza convertirá a este en chivo expiatorio, en una víctima propiciatoria, ciertamente, en veneno y panacea como afirma la tradición grecolatina y entonces capaz de conjurar las ofensas al interior, no de un grupo ofendido, sino de todos los grupos que integren la comunidad.

De este modo, el *pharmakos*, el chivo expiatorio, como más tarde el *homo sacer*, todos sujetos destinados a una muerte adelantada, impuesta de manera unánime, se involucrarán en aquella ritualidad que tenderá a reducir los estragos de la ley de la sangre, la desproporcionalidad de la venganza, esto es, la reducción de la violencia recíproca argumentada por Girard. Más debe considerarse que semejante consecuencia: reducir la violencia recíproca que impone la ley de la sangre es, a su vez y ante todo, consecuencia de la cohesión que el propio sacrificio o la declaratoria de la sacralidad de la vida propicia, para reiterar la fundación de una identidad o tradición cualquiera, esto es, como en el caso de la guerra, el consenso que decide matar para vivir.

Entonces, más allá de Foucault⁽⁹¹⁾ y de Agamben,⁽⁹²⁾ semejante decisión política, la de signar para el suplicio al *pharmakos* en un principio como a

(91) FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2002.

(92) AGAMBEN, GIORGIO, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Italia, Einaudi, 2005.

cualquier chivo expiatorio en la diversidad de las culturas arcaicas, fraguará, antes que el *homo sacer* (y con los mismos sentidos que este vendrá a heredar en la *civitas* como mecanismo de contrapoder), ese acto político originario que bien puede traducirse en el inicio de la biopolítica, la cual se gestará a partir de los sujetos expuestos y signados en la ambivalencia entre cultura y natura, una cultura que mirará en lo sagrado la conjura del miedo a la muerte que natura reclama y, en efecto, también el miedo al asesinato que cultura acopia para vivir. De ahí que, como afirma Burkert: "Salvado de una muerte cierta más de una vez por el uso de la tecnología violenta, el hombre ha triunfalmente sobrevivido, pero permanece expuesto al peligro a causa de la maldición de la naturaleza violada. La antítesis entre natura y cultura es algo más que un juego lógico: puede ser fatal".⁽⁹³⁾ En efecto, la vida como tragedia.

Y aún más. Si se sigue con atención la consideración de Agamben de focalizar la *nuda vita* como umbral de articulación entre *natura* y cultura, puede entonces apreciarse que la misma, como prestación política original, según la misma conjetura de Agamben, es rastreable desde el primer consenso que decidió matar para vivir, esto es, desde el inicial rito de solidaridad de unos y de exclusión de otros a los que se incluye solo para su muerte, para desatar la violencia fundadora o reiteradora de una tradición.

De este modo, los sujetos expuestos a su *nuda vita* y nada más, serán entonces sujetos incorporados en la metáfora del territorio de lo sagrado, entre la luz y la sombra, inscritos en la ambivalencia, escenificando justamente el ámbito de lo incodificable que lo simbólico origina hasta nuestros días, al migrar tal puesta en escena de la violencia, como ritualidad del sistema de justicia penal, incluido el estado de excepción, mismo que, como Walter Benjamin conjeturó, se exhibe como la regla, entonces, como el único deber ser que siempre es.

3. *Endlösung-Erlösung*

Considérese que la asunción de un poder sobre los miembros de la comunidad que a la postre perfilará lo que entendemos como una sociedad estatalmente organizada, inicia justamente con la expropiación sustantiva de fuerzas de la comunidad (y solo secundariamente de sus bienes), aun-

(93) BURKERT, WALTER, *Mito e rituale...*, op. cit., p. 57.

que como ya se ha afirmado, ello propiciará el dominio de la parte maldita del cuerpo al transitar este hacia unas relaciones sociales que propiciarán la acumulación y con ello la génesis de una sociedad económicamente desigual, la cual permanece hasta nuestros días con todas las consecuencias que aquí no trato.

Con esa inicial expropiación de fuerzas el poder que lo logra, precisamente para exhibirlo, vendrá a construir la inicial norma jurídica (occidentalmente dicho), derivada precisamente de ese poder, misma que puede expresarse en la actualidad en los siguientes términos: nadie puede hacerse justicia por propia mano; esto es, expresar la fuerza, hacer uso de esta, renovando algunos sentidos atribuidos a las pasiones (prohibiendo algunas y promoviendo otras), solo para los efectos de afirmar una identidad que, en la ambivalencia, posibilitará también la construcción necesaria, indispensable, de “los otros”, precisamente: para afirmar a semejante identidad, entonces, la construcción de la *nuda vita*, para poner en escena la renovación de la violencia fundadora, la misma que Benjamin apreciaría en este caso, como violencia conservadora.

Si bien este poder tiende declarativamente a conjurar la penuria social, especialmente la violencia recíproca al condenar la venganza, también es posible apreciar que, siendo a partir de lo sagrado que se inicia esta fase histórica, como bien recuerda Gil: “se retendrá, del análisis de Gauchet, el papel social determinante desenvuelto, en el origen del estado, por la relación de la sociedad con las potencias mágico-religiosas”,⁽⁹⁴⁾ ello provocará también la consolidación del sacrificio, el cual, en opinión de Girard, es la variable sustantiva que se correlaciona con la reducción de esa violencia recíproca. Considerese igualmente que, como recuerda Burkert, las acciones de donaciones y contradonaciones características de las iniciales sociedades en cualquier cultura y que Gil aprecia como una de las variables sustantivas de contrapoder, se mantuvieron igualmente una vez que se sobrevino la sociedad de clases, más resulta importante que semejante permanencia de estas ritualidades propiciaban la reducción del combate y, entonces, la cohesión de los grupos,⁽⁹⁵⁾ aspecto que con posterioridad reitera al apreciar que semejante variable actuó para los fines de lograr ser y permanecer estables por múltiples generaciones.⁽⁹⁶⁾

(94) GIL, JOSÉ, *Un'antropología delle forze...*, op. cit., p. 32 y ss.

(95) BURKERT, WALTER, *La creazione del sacro*, Italia, Adelphi, 2003, p. 84 y ss.

(96) *Ibid.*

No obstante, la descripción de este pasaje hacia una sociedad que ulteriormente se ha denominado sociedad estatalmente organizada, impone nuevamente la pregunta “¿por qué?”, tal y como José Gil nos la impone, especialmente si consideramos que de una sociedad igualitaria, económicamente dicho, se transitó hacia una sociedad desigual. En opinión del mismo Gil, los diversos mecanismos de contrapoder, aquellos que evitaban el nacimiento del Estado, presentes tanto en el ámbito de lo sagrado como en aquel otro que los relatos antropológicos enuncian como el campo de la instancia política, quedaron sustituidos por esa vocación que Gil denomina “demiúrgica” que acompaña al nacimiento del Estado, implantando nuevas relaciones sociales. “... si esta vocación del Estado ha podido nacer, señala Gil, es porque se ha manifestado en el tejido social una ‘carencia fundamental’, una carencia de la cual la acción del estado no hace sino incrementar su amplitud”,⁽⁹⁷⁾ sea que se hable de acumulación en detrimento de otros, de dominación en diversas formas, o de cualquier otra variable que pueda acumular o asimilar el rubro o signo valorativo de injusticia.

Pero semejantes justificaciones sobre la génesis del Estado y sus ulteriores transformaciones representan solo un relato posterior al nacimiento del mismo Estado, una relatoría que, en efecto, además del desarrollo de la parte maldita del cuerpo desprendida por Galimberti, encubre las razones reales de semejante pasaje, como de las transiciones que ha sufrido la organización estatal hasta nuestros días en un mundo globalizado. Esto es, solo funciones declaradas que encubren a aquellas otras que venimos denominando funciones latentes y que van más allá de los intereses personales de quienes dan en llamarse portadores de las historias. A este respecto, considérese una vez más la puntual pregunta formulada por Foucault: ¿qué sucedería si el poder fuese enteramente cínico?,⁽⁹⁸⁾ una cuestión que, en mi opinión, va más allá de aquello que los propios promotores del orden pueden encubrir si históricamente el rito, el orden originario, ha migrado hasta nuestros días y nos captura aún en manera inconsciente, como se desprende de los relatos que se aproximan a una interpretación simbólica.

Si las cosas se evidencian de ese modo, aún la misma razón, esto es, sus saberes, desde la disyunción, no han dejado de estar sometidos al sim-

(97) GIL, JOSÉ, *Unantropologia delle forze: dalle società senza stato alle società statualli*, Italia, Einaudi, 1983.

(98) FOUCAULT, MICHEL, *op. cit.*

bolismo que en buena medida guía las prácticas sociales, aspecto que se devela a través de ese constante interrogar: ¿por qué?, y cuyas respuestas, entonces, deben ir más allá de los productos de la ciencia, de la así entendida disyuntiva razón. Tengo la impresión de que esa "carencia fundamental" de la que habla Gil no fue otra sino la *nuda vita* (como prestación política originaria) que exigía la permanencia de la comunidad, dados los estragos de la ley de la sangre y sus pasiones, propiciando que la ritualidad del sacrificio y de la ulterior violencia puesta en escena por el sistema de justicia penal redujeran las ansiedades sociales, no de un grupo, sino de todos los que conformaban a la comunidad. De este modo, a la recomendación de Benjamin de ir a la búsqueda del origen de la sacralidad de la vida, Girard la encuentra en la ritualidad del sacrificio, aún antes de la aparición del *homo sacer*. Si ello trajo consigo la división social (económicamente expresada), la *nuda vita* resultará el único patrimonio de los que ulteriormente vendrán a denominarse "los miserables", justo los receptores privilegiados de la violencia punitiva, pero también de la violencia ilegal. Mas los ánimos del poder pueden llegar a ser caprichosos y, como Agamben lo ha recordado, en nuestro tiempo, todos los ciudadanos pueden convertirse en *hominis sacri*.

Consonante con ello, Umberto Galimberti afirma: "hundido por los signos con los cuales la ciencia, la economía, la religión, el psicoanálisis, la sociología de vez en vez lo han connotado, el cuerpo ha sido vivido de conformidad a la lógica de la estructura de los varios saberes, como **organismo** para sanar, como **fuerza de trabajo** por emplear, como carne para redimir, como **inconsciente** por liberar, como **soporte de signos** para transmitir".⁽⁹⁹⁾

Sea suficiente para estos sueltos escritos involucrarnos únicamente con aquel "organismo para sanar" y aquella "carne por redimir", en donde cierta ruta de los saberes se impone sobre el mismo cuerpo, en forma por demás explícita, visto como simple materia sin conciencia, si se quiere, en ocasiones, como subhumano, entonces como un sujeto expuesto al "suplicio", un término que si bien derivado del latín como *suplicium* no escapa de sus antecedentes griegos y figuró en un primer momento como súplica a los dioses en el rito sacrificial, aunque muy rápidamente vendría a significar la pena capital y hoy se difumina como tormento, como sufrimiento.

(99) GALIMBERTI, UMBERTO, *Il corpo*, op. cit., p. 11

miento impuesto al cuerpo. Ya en otro trabajo⁽¹⁰⁰⁾ he conjeturado que si se vincula a la filosofía de Kant con el positivismo filosófico, ello puede conducir a las políticas del nacional socialismo, especialmente al determinar por Kant que la dignidad tiene como contenido estrictamente a la libertad, de ahí que quienes sean vistos como sujetos no libres no satisfarían la condición humana y, entonces, sin ninguna experiencia de culpa, podría imprimirse sobre los cuerpos de estos un suplicio racionalmente guiado.

En este caso vuelvo a centrar las indagaciones sobre los hechos connotados por diversos nombres y que se refieren al exterminio de diversas identidades (y de otros, como en los casos de enfermedades mentales incurables), especialmente la del pueblo judío por la intervención del régimen nazi. ¿Qué nombre darle a la matanza en masa de este pueblo por el régimen nazi?, como se pregunta Ana-Vera Sullam Calimani,⁽¹⁰¹⁾ dado entre los cuestionamientos de otros términos, el amplio desacuerdo de la palabra "Holocausto" para signar esa matanza en masa, cuya designación con ese rubro el mismo Agamben lo aprecia como ceguera histórica. En cualquier caso, las dudas, más allá del nombre, se pueden centrar en la ya citada pregunta de José Gil: ¿En nombre de cuáles signos se ha impuesto un cierto tipo de violencia al cuerpo?

Como ha sido multicitado (entre otros, Bauman; Gil, José; Mayer, Arno),⁽¹⁰²⁾ en la experiencia nazi el Führer llegó a representar la encarnación del orden y su voz el dictado de la ley, de ahí que, a la expresión de su deseo de tener una Alemania y ulteriormente una Europa *judenfrei* (libre de judíos), que podría evocar la simple práctica del destierro altamente desarrollada por el mismo régimen, vino a pasarse a la expresión más aséptica de *judenrein* (limpia de judíos), mucho más articulada al ámbito de la biopolítica, especialmente por ya estar presentes las políticas sanitarias derivadas, como señala Agamben,⁽¹⁰³⁾ del libro *Estado y salud* que informaba sobre las políticas en materia de salud y de eugenesia, esto es, sobre el mejoramiento genético de la raza humana, es decir, del pueblo alemán. A este respecto,

(100) TENORIO TAGLE, FERNANDO, "Hacia una política inclusiva en Derecho Penal", en Pavarini Mássimo, Pérez Carrillo, Agustín y Tenorio Tagle, Fernando, *Seguridad Pública: tres puntos de vista convergentes*, México, Coyoacán-Conacyt-Flasud, 2006.

(101) SULLAM CALIMANI, ANNA V., *I nomi dello sterminio*, Italia, Ebaudi, 2001.

(102) BAUMAN, ZYGMUNT, *Modernidad y Holocausto*, 1^a reimp., España, Sequitur, 1998; GIL, JOSÉ, "Corpo", op. cit.; MAYER, ARNO J., *Soluzione finale. Lo sterminio degli ebrei nella storia europea*, Italia, Arnaldo Mondadori Editore, 1990.

(103) AGAMBEN, op. cit., p. 160 y ss.

como muestra Bauman,⁽¹⁰⁴⁾ la burocracia del régimen encomendó atender tales deseos del Führer a la SS, específicamente a su Departamento de Economía, fraguándose diversas apuestas para semejante ostracismo, como el difundido caso de signar a Madagascar como el "paraíso judío"; no obstante, dada la economía del momento en tiempos de guerra, tales respuestas se evidenciaron irrationales, justo por ser antieconómicas.

De ahí que, de lo "irracional", habría de dirigirse a lo "racional", esto es, a las disciplinas involucradas en la política sanitaria. A este respecto, Mayer transcribe la carta enviada por Herman Wilhelm Göring a Reinhard Heydrich fechada el 31/07/1941 en donde el párrafo final indica: "Le encargo además de presentarme lo más pronto posible, un proyecto general para las medidas administrativas, prácticas y financieras que serán necesario tomar para la actuación del requerimiento *Endlösung* (la solución final) de la cuestión hebraica".⁽¹⁰⁵⁾

Die Lösung (la solución) que significa, entre otras posibilidades, resolver un problema, puede significar, paradójicamente, un "acto de liberación", lo que no indica que el régimen nacional socialista se haya empeñado en liberar al pueblo judío, sino más bien de liberarse del mismo, ciertamente una meta que dibujaría al final, no a una Alemania ni a una Europa, sino a un mundo *judenrein*.

Por demás importante resultan las indagaciones efectuadas por Giorgio Agamben⁽¹⁰⁶⁾ en el capítulo que intitula: "Vida que no amerita vivir", en donde si bien una de las conclusiones es que: "En la biopolítica moderna, soberano es aquel que decide sobre el valor o sobre el desvalor de la vida en cuanto tal",⁽¹⁰⁷⁾ para los fines de este trabajo resulta sustantiva la afirmación efectuada por Binding en el texto "La autorización de la destrucción de una vida indigna de ser vivida", de situar a algunas de las hipótesis a ese respecto (aquellos incurablemente perdidos) que al ser conscientes de ello, desean, según Binding, absolutamente la redención (*erlösung*).⁽¹⁰⁸⁾ Y ciertamente la medicina y la política encontrarían en la propia redención una de las justificaciones de aquellos que, en imagen

(104) BAUMAN, ZYGMUNT, *op. cit.*

(105) MAYER, ARNO J., *op. cit.*, p. 300.

(106) AGAMBEN, GIORGIO, *op. cit.*, pp. 150/159.

(107) *Ibid.*, p. 158.

(108) *Ibid.*, pp. 152/153.

del antiguo *homo sacer*, su vida no tiene valor alguno para el soberano, para aquel quien tiene, en efecto, el poder de semejante asignación y su instrumentalización.

En ese tipo de política aséptica impuesta por el nacional socialismo, no sería necesario evaluar los casos de enfermedades terminales o de sujetos incurablemente perdidos, bastaría la respuesta científica respecto de la genética, para los acomodos de una semejante política que, para no olvidar, hoy se exhibe en uno de los museos de Berlín denominado "Topografía del terror".

No resulta ilusorio, entonces, que la Solución final (*Endlösung*) se haya pretextado igualmente para los fines de la redención (*Erlösung*), una redención que se actualiza en el *suplicium* y que, en opinión de Rosenzweig quien no vivió el nacional socialismo, redime al que lo sufre, a quien lo impone y, por alguna razón, afirma, también a dios. Una herencia, me parece, del antiguo régimen, herencia, a su vez, de las ritualidades de las sociedades arcaicas.



BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, GIORGIO, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Italia, Einaudi, 2005.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Modernidad y Holocausto*, 1^a reimp., España, Sequitur, 1998.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, FCE, 1999.
- BENJAMIN, WALTER, *Angelus Novus*, Italia, Einaudi Tascabili, 1995.
- BURKERT, WALTER, *Homo necans. The Anthropology of Ancient Greek. Sacrificial Ritual and Mith*, EEUU, University of California Press, 1983.
- BURKERT, WALTER, *Mito e rituale in Grecia*, Italia, La Terza, 1987.
- BURKERT, WALTER, *Origine selvagge. Sacrificio e mito nella Grecia arcaica*, Italia, Laterza, 1992.
- BURKERT, WALTER, *La creazione del sacro*, Italia, Adelphi, 2003.
- CACCIARI, MASSIMO, *Icone Della Legge*, 4^a ed., Italia, Adelphi, 2002.
- CANTARELLA, EVA, *I suplizi capitali in Grecia e a Roma*, Italia, Rizzoli, 1991.
- CANTARELLA, EVA, *Eroi, donne, potere tra vendetta y diritto*, Italia, Feltrinelli, 2002.
- CANTARELLA, EVA, *Il ritorno della vendetta. pena di morte: giustizia o assassinio?*, Italia, RCS Libri, 2007.

- DI NOLA, ALFONSO, “Sacro” y “Profano”, en *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1981.
- ECO, UMBERTO, “Segno”, y “Símbolo”, ambas en *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1981, vol. 12.
- FICHERA, ANTONIO, *Breve storia della vendetta. Arte, Litteratura, Cinema: la gistica originaria*, Italia, Castelvecchi, 2004.
- FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, Argentina, Siglo XXI, 2002.
- GALIMBERTI, UMBERTO, *Il Corpo*, Italia, Feltrinelli, Universal Economica-Saggi, 1987.
- GALIMBERTI, UMBERTO, *Cli equivoci dell'anima*, 9^a ed., Italia, Feltrinelli, 2011.
- GALIMBERTI, UMBERTO, *La terra senza il male. Jung: dall'inconscio al simbolo*, Italia, Feltrinelli, Universal Economica-Saggi, 2001.
- GIL, JOSÉ, *Unantropologia delle forze: dalle società senza stato alle società statualli*, Italia, Einaudi, 1983.
- GIL, JOSÉ, “Corpo”, en *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1978, vol. 3.
- GIL, JOSÉ, “Giustizia”, en *Enciclopedia Einaudi*, Italia, Einaudi, 1979, vol. 6.
- GIRARD RENÉ, *Il Sacrificio*, Italia, Raffaello Cortina Editore, 2004.
- GIRARD, RENÉ, *La violenza e il sacro*, Italia, Adelphi Edizioni, 1980.
- GOFFMAN, ERVING, *Stigma: Notes on the Management of spoiled identity*, EEUU, Touchstone, 1986.
- LEA, JOHN y YOUNG, JOCK, *What is to be done about the law and order*, Inglaterra, Penguin, 1984.
- MARCUSE, HERBERT, *El hombre unidimensional*, España, Ariel, 1993.
- MAYER, ARNO J., *Soluzione finale. Lo sterminio degli ebrei nella storia europea*, Italia, Arnoldo Mondadori Editore, 1990.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *La gaya Ciencia*, 3^a ed., España, José J. Olañeta editor, 2003.
- PASQUINELLI, CARLA, “Poder sin Estado”, en *Revista Poder y Control*, n° 1, España, 1987.
- PAVARINI MASSIMO; PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN y TENORIO TAGLE, FERNANDO, *Seguridad Pública: tres puntos de vista convergentes*, México, Coyacán-Conacyt-Flasud, 2006.
- PAVARINI, MASSIMO, “Sistema penale e pensiero critico nella postmodernità. Rioensando a Sandro Baratta”, Conferencia dictada en la Università degli Studio di Napoli Federico II-25 de septiembre de 2012.
- PITCH, TAMAR, *Responsabilità limitate*, Italia, Einaudi, 1989.
- ROSENZWEIG, FRANZ, *La Estrella de la redención*, 2^a ed., España, Sigueme, 2006.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO, *Penología. Parte General*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1982.
- SORDI, MARTA, (ed.), *Amnistia, perdono y vendetta nel mondo antico*, Italia, Vita e Pensiero, 1997.
- SULLAM CALIMANI, ANNA V., *I nomi dello sterminio*, Italia, Ebaudi, 2001.
- TENORIO TAGLE, FERNANDO, “Las ritualidades del ajusticiamiento: de la terapéutica premo-

derna a la pena medicinal de la modernidad”, en *ALTER, Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, año I, n° 2, México, U-A. de Campeche, mayo-agosto de 1997.

TENORIO TAGLE, FERNANDO, *500 años de razones y justicias, las memorias del ajusticiamiento*, 2^a ed., México, UAM-A, 1999.

YOUNG, JOCK, *La sociedad excluyente: Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, España, Marcial Pons, 2003.

WESTERMARCK, EDWARD, *La vendetta di sangue*, Italia, Edizioni ETS, 1993.

WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Tractatus logico-philosophicus*, 3^a ed., traducción, introducción y notas de Luis M. Valdés Villanueva, España, Tecnos, 2007.

ZAFFARONI, E. RAÚL, *Criminología. Aproximaciones desde un margen*, 3^a reimpr., Colombia, Temis, 2003.

ZAFFARONI, E. RAÚL, et al., *Manual de derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2013.



LEÓN C. ARSLANIAN⁽¹⁾



La violencia e inseguridad en América Latina

1. Introducción

En América Latina, la disputa ideológica se ha entrometido en las políticas de seguridad pública y como resultado de ello ha producido respuestas que, en la mayoría de los casos, poco o nada han tenido que ver con la solución del problema.

Por influjo de las posiciones más conservadoras, todo el siglo XX estuvo dominado por el imperio del derecho penal y de las soluciones que, desde el sistema penal y como subproducto de aquel, se fueron arbitrando al amparo de los vaivenes que crisis económico-sociales recurrentes fueron presentando.

Poca o ninguna atención se prestó a las causas de la violencia que determinan el comportamiento delictivo, ni a las sucesivas crisis de las instancias del control social formales o informales, primarias o secundarias. Recientemente, entre los años 70 y 80, lo que debió haber sido preocupación creciente por el auge de la criminalidad organizada —en particular, el narcotráfico y la trata— se tradujo en una inexplicable mirada impávida. Hubo razones esenciales para ese desarreglo.

En primer lugar, los Estados confiaron el control de la seguridad pública a sus respectivos sistemas penales, es decir, a las agencias policiales, a las

(1) Abogado especializado en Ciencias Penales (UBA). Profesor adjunto de Derecho Penal (Facultad de Derecho, UBA). Profesor titular de Derecho a la Información (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ex Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal. Ex Juez de la Cámara Federal de la Capital. Ex Ministro de Justicia de la Nación. Ex Ministro de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

judiciales, a las penitenciarias y a las legislativas, de un modo excluyente. Pero se desentendieron por completo de ejercer su capacidad de intervención sobre la conflictividad social y las múltiples causas generadoras de violencia.

Además, se desatendió el proceso de “esclerosamiento” de las agencias penales, las que por años no supieron de reforma alguna, empezando por las policiales y siguiendo por los sistemas de enjuiciamiento penal; a la vez que se retacearon fondos presupuestarios, se subestimó la academia y, por añadidura, se favoreció —cuando no se apostó— al autogobierno de las policías. Así, se descuidó el instrumento primario de acción en contra del crimen.

Los procesos de codificación que tuvieron lugar entre fines del siglo XIX y las primeras décadas del siguiente construyeron en el imaginario colectivo el concepto de que la ley era el instrumento más apto —sino el excluyente— para regular la totalidad de las relaciones interpersonales en una sociedad concebida como fruto de un gran acuerdo o contrato social que, además, acordaba a la ley penal la función del máximo regulador externo de conductas. Del resto se ocupó la dogmática penal, que se dedicó durante no menos de seis décadas a construir y reconstruir sistemas de comprensión para la aplicación de la ley penal. De ahí a la percepción de esta como un verdadero “talismán” que habría de resolver cuanto problema de violencia delictiva se presentase hubo tan solo un paso.

Por cierto que mediaron razones ideológicas para la deificación de la ley penal en la medida en que esta supuso, por una lado, un límite al poder del Estado, en tanto concretaba principios consagrados por las constituciones demócratas como el de legalidad —necesidad de la ley previa a la imputación de un hecho tenido por ilícito, escrita y estricta en el sentido de respeto por los mecanismos de creación— y, por el otro lado, la afirmación del principio o regla de la libertad (principio constitucional de reserva).

Pese a tanto progreso y esfuerzo, América Latina dio un claro testimonio de que sus problemas de violencia y de delito no se arreglarían con sus policías, sus jueces, sus cárceles, ni con sus leyes penales y eruditos operadores. La historia de la lucha —si es que el término no resulta un exceso metafórico— contra el crimen en estas latitudes se ha caracterizado por el progresivo y masivo incremento de las penas, las facultades policiales y las restricciones a la libertad personal durante el proceso, sin otro resultado que un incremento extraordinario de presos sin condena (80%) y de las estadísticas del delito violento.

El sistema penal ha sufrido, de tal modo, una suerte de deslegitimación y desprecio, ya que la pena no previene ni resocializa, a tal punto que desde posturas más radicales (sociología crítica) se auspician posiciones abolicionistas. Lo curioso es que, pese a la verificación de dichas circunstancias, los procesos de reforma sobre esas instituciones o bien fueron parciales e insuficientes o bien no fueron realizados en el marco de la formulación de claras políticas públicas consensuadas y socialmente validadas.

La verificación de tales circunstancias y una presión social creciente en demanda de soluciones viene inclinado el fiel de la balanza en favor de políticas integrales de prevención de la violencia que, sin excluir en modo alguno la utilización de los recursos tradicionales, hacen eje en las causas que generan delito y en la necesidad de prevenirlas utilizando la totalidad de los recursos del Estado.

En América Latina, la mayoría de los delitos aparecen asociados a la violencia estructural que se origina en modelos económicos de concentración y las políticas de ajuste que estos abastecen. Nuestros países periféricos, subdesarrollados —o, más esperanzadamente, en vías de desarrollo o emergentes— han padecido y/o padecen fenómenos de concentración de la riqueza, inequidad social, extrema pobreza y exclusión social cuya resultante es la violencia.

Se afirma que América Latina es la región más violenta del mundo, así como también la más desigual. Si bien, entre 1990 y 2008, la pobreza disminuyó un 15% (48,30% a 33,20%), lo cierto es que cinco de los países más desiguales del mundo están en América, entre ellos Brasil. Además, como señalan Lagos y Dammert: "El último quintil de ingreso tiene el 2,90% del ingreso en América Latina, mientras en Asia es el 8,70% y en Europa el 6,60%. En América Latina, el 20% más rico tiene el 57,80% del ingreso. Al mismo tiempo, tenemos el 9% de la población y el 27% de los homicidios y 10 de los países con mayores tasas de homicidios del mundo son latinoamericanos".⁽²⁾

A ello cabría agregar que para la mayoría de los países del área, violencia, delincuencia y pandilla (32% promedio) son los problemas más graves que enfrentan.

(2) LAGOS, MARTA y DAMMERT, LUCÍA, *La seguridad ciudadana. El problema principal de América Latina*, Lima, Corp. Latinobarómetro, 2012.

La expresión de tales índices pone fuera de toda discusión el correlato existente entre la inequidad —mensurable a través de coeficientes como el de Gini y otros— y el incremento de las tasas delictivas. **Al mismo tiempo, las exclusiones social, económica, laboral, cultural, educativa generan una grave conflictividad social que se criminaliza al normalizar prácticas como rutinas de subsistencia, que afectan bienes jurídicos de alta estimación social.** Como corroboración de lo que expongo vale la pena traer a cuenta ciertos datos que fueron generados en el censo de población carcelaria (2012) del Ministerio de Seguridad de Argentina: de la totalidad de dicha población, 53% tienen estudios primarios completos o incompletos; 17%, secundario incompleto; 10%, secundario completo; mientras que tan solo el 4% posee estudios universitarios.

Son varias las generaciones y millones las personas apiñadas en los suburbios de los conglomerados urbanos que no conocieron jamás un trabajo formal, que están fuera de toda instancia de control social —incluso del control primario que es la familia—, que carecen de toda opción de inclusión por parte de un Estado que, a través de su sistema penal, suele llevar a cabo procesos de selectivización de su “clientela” carcelaria añadiendo una cuota de violencia más: la violencia institucional.

Tal depósito de confianza en la respuesta penal para la atención de ese tipo de conflictividad, en mengua de la prevención social, ha llevado a fracasos estridentes no conjurables con la progresiva intensificación de la respuesta penal, lo que ha terminado por poner en riesgo —excusese la insistencia— la propia legitimidad, al menos en su modo de ejercicio, del sistema penal y de las agencias que lo integran.

Por cierto que la demanda social creciente de más seguridad tienta a nuestros gobiernos y a nuestros líderes políticos y de opinión a producir y/o proponer respuestas que satisfagan (aunque fuese simbólicamente) aquella demanda y que, a su vez, le restituyan popularidad de un modo rápido. Tal renuncia a liderar, en pos de una cuota de popularidad o de una mejora de la expectativa electoral suele tener efectos deletéreos porque trae aparejada la adopción de medidas reactivas que desvirtúan, deforman y trasforman el sistema penal, hasta envilecerlo.

Penas irrationales, encarcelamientos preventivos ilegales, incremento *ad nauseam* de poderes policiales que se acompañan de la concesión de facultades de autogobierno para una mejor visibilización social del poder de la fuerza.

Así, desde esta perspectiva, el autogobierno de las policías resulta una condición para la efectividad con que realicen su trabajo y nunca una amenaza respecto de ciudadanos honorables e incluidos de los que cabe presumir una conducta socialmente adecuada.

Esta ideología de la reacción penal ha permitido construir una serie de mitos de los que se sirve el populismo penal y quienes lo practican, sobre los que deseo pasar una rápida revista.

a) El mito de la puerta giratoria de goznes aceitados

El crimen crece porque quien delinque y es aprehendido, en vez de ir a la cárcel, sale en libertad, vuelve a delinquir, sale en libertad y así sucesivamente.

No es cierto que el crimen crezca por esto. En primer lugar, del universo de las personas que delinquen, un número ínfimo ingresa al sistema (el resto sigue delinquiendo sin ser siquiera apresado). En segundo lugar, de las personas que están en las cárceles, entre el 50% y el 80% son procesados, esto es, presos sin condena: no salieron por la puerta giratoria, sino que están privados de la libertad, a pesar del principio de inocencia y de las eventuales absoluciones que, a su respecto, se dicten. Ese número suele ser variable y las variables son la alarma social, la capacidad carcelaria y los sistemas de regulación utilizados. También —y muy especialmente— la demanda social que alimenta y agita el mito, las más de las veces, aún cuando los índices delictivos estén en baja.

b) El mito de la pena que acaricia y la ausencia de la sanción que disuade

El delito aumenta porque las penas, lejos de ser ejemplares, están inspiradas en criterios de lenidad.

Esto es falso. Si fuera así, los índices de reincidencia serían muy superiores a los observados, cosa que en la realidad no ocurre. Nótese que en Argentina, el índice de reincidencia es del 19%.⁽³⁾ Además, aun en los sistemas más duros (EEUU) la existencia de la pena de muerte o la imposición de penas a perpetuidad, o bien superiores a la expectativa de vida de condenados jóvenes, no han servido para reducir las violencia delictiva.

(3) Fuente: Ministerio de Seguridad, 2012.

c) El mito de la policía con sus manos atadas

El crimen avanza porque las posturas garantistas han ido privando a la policía, progresivamente, de facultades y poderes en la medida suficiente como esclarecer rápidamente delitos a través de manifestaciones espontáneas obtenidas sin tantos miramientos, lo que, en definitiva, debe ser comprendido (y aceptado) porque se trata de la defensa de la sociedad. Además, una policía temida es garantía de un control de la calle.

La experiencia indica que las policías bravas en América Latina, por falta de controles políticos, han ejercido el poder de forma abusiva y que esta violencia institucional ha producido estragos en la comunidad. Las ejecuciones sumarias, tormentos y apremios ilegales, pruebas fraguadas que hacen fracasar investigaciones, han llevado al envilecimiento de sus cuadros y a calificativos tales como la “maldita policía”.

Al contrario, una policía ajustada a derecho no solo es necesaria por cuestiones de legalidad, sino también por cuestiones de legitimidad y eficacia, como lo muestran los estudios más recientes en Europa, donde las personas que tienen mejor imagen policial son más proclives a brindar información sobre los problemas de su barrio y a cooperar en resolver casos, lo que redunda en una policiamiento más efectivo.⁽⁴⁾

d) El mito de la reducción de la edad de imputabilidad

Los menores de edad son los responsables del fenómeno creciente de inseguridad dado que se hallan fuera de todo control y al amparo de la protección e impunidad que su minoridad les garantiza, lo que facilita su carrera delictiva. Además, como son favorecidos por dicha circunstancia, los mayores se valen de ellos para delinquir. De ahí que se propicien criterios de reducción de la edad y se ponderen sistemas que toman por base los 11 años.

El problema aquí es grave, en primer lugar por el anatema que vastos sectores atemorizados lanzan sobre los niños y adolescentes, a quienes se los piensa más en una prisión que como objeto de preocupación y de seria respuesta social fruto de políticas tuitivas y socializadoras. Pero, además, porque como todo mito carece de base científica que respalde la creencia, dado que las estadísticas del crimen no corroboran esa “tesis” que, además choca contra principios fundamentales en materia de DDHH (Convención

(4) Proyecto Eurojustis, 2011.

Sobre los Derechos del Niño; Reglas de Beijing; Reglas de Tokio acerca de medidas no privativas de la libertad). Además, nótese que en Argentina hay 6214 menores institucionalizados y 1799 alojados en institutos.⁽⁵⁾

Ello, sin pasar por alto fenómenos por demás preocupantes de la existencia de pandillas en Centro América y la cooptación creciente de las bandas narcocriminales de menores para su utilización en los circuitos de comercialización que, en todo caso, lejos de justificar la reducción de la edad de imputabilidad, muestra la urgencia de claras políticas públicas de base social para la atención del fenómeno.

e) *El mito de la saturación policial*

Se alimenta la falsa creencia de que para prevenir el delito es necesario saturar de policías las "zonas calientes". Por cierto que el tema remite a una cuestión similar a la resolución de la cuadratura del círculo; esto es, a determinar qué relación debe haber entre población y policía, es decir, el índice cada 1000 habitantes. Pero más allá de que lleguemos a conformar el índice ideal (la media de la UE es de 4 policías cada 1000 h.), la cuestión de la prevención pasa por factores de mayor peso o incidencia que el número de policiales, v. gr. modelos de actuación policial, criterios de descentralización policial, existencia o no de cuadrículas y su matriz de organización y articulación con la central de emergencia telefónica. Por otro lado, los criterios de saturación de áreas, si son efectivos, lo que terminan por producir es un deslizamiento de la actividad delictiva (esencialmente dinámica) hacia otros territorios, fenómeno observable particularmente en el robo de automotores.

Benson sostiene que no existe una relación directa entre los delitos que suceden y el número de policías; la prevención de delitos no es un objetivo medible, mientras que la resolución sí.

Además, la severidad de las penas no tiene ningún efecto merced a la baja probabilidad de ser inculpado que exhiben numerosos sistemas del área, según el interesante estudio econométrico sobre el crimen en Argentina que fue realizado en el ámbito de la Universidad de La Plata por Mariela Bello y Josefina Posadas en 1998.

Tampoco se puede perder de vista el impacto presupuestario y la transferencia de recursos hacia el área de seguridad, que en los hechos suele

(5) MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL DE LA NACIÓN; UNIVERSIDAD DE TRES DE FEBRERO; UNICEF, Investigación conjunta "Adolescentes en el sistema penal", 2008.

implicar menos médicos en los hospitales públicos, menos docentes al servicio de la educación pública, menos asistencia social y demás.

f) El mito de la suficiencia de las videocámaras

Se cree que las videocámaras (último grito de la moda de la tecnología aplicada a la seguridad) resuelve de modo decisivo los problemas del crimen porque el delincuente se siente vigilado y se abstiene de perpetrarlos.

Esto es falso. Las videocámaras que son usadas con propiedad y al servicio de una vigilancia eficiente sirven para documentar y guardar el registro de hechos cometidos de modo de facilitar su investigación ulterior, pero en modo alguno para evitarlos. No amilana su presencia a quienes delinquen, de hecho, se enmascaran con una media de mujer (cuando no con caretas) y las situaciones de flagrancia no siempre terminan en aprehensiones, **ello sin perjuicio de su naturaleza francamente intrusiva en la vida privada y sin entrar a considerar la problemática que envuelve su implementación como remedio de una suerte de sistema panóptico de observación ciudadana.**

g) El mito de la implicación de las FFAA en la lucha contra el crimen organizado

Es el más moderno y lustroso de los mitos. Reposa en la creencia de que frente al auge de la delincuencia, su carácter crecientemente violento, sus niveles de organización, la utilización de armamento letal y demás, ya la policía no alcanza, por lo que la seguridad es una cuestión quasi bélica; esto hace que, ante el miedo del ciudadano y la intranquilidad en que este vive, el Estado deba empeñar la totalidad de sus recursos. Este mito de la eficacia que se adjudica a tal habilitación se alimenta, además, del temor frente al crecimiento del narcotráfico y la narcoguerrilla en países que padecieron o padecen tales fenómenos y que han recurrido a sus FFAA, en algunos casos con un grado de justificación mayor (narcoguerrilla), en otros asumiendo graves riesgos.

El problema de la inseguridad ciudadana no pareciera ser una cuestión equiparable a una guerra, más allá del espejismo que puede suscitar el uso metafórico de la expresión "guerra contra el crimen". En primer lugar, existen reparos institucionales que el ciudadano debe conocer: al menos en Argentina la ley prohíbe que las FFAA puedan intervenir en materia de seguridad ciudadana, y sus misiones y funciones están diseñadas al servicio

de la defensa exterior de la Nación. Tal restricción se justifica aún más en países dotados de importantes fuerzas de seguridad federal, amén de sus policías.

Por otra parte, la formación militar nada tiene que ver con la que se dispensa al policía quien, además, debe legitimar su acción con la interacción con el ciudadano. Por eso se trata de una fuerza civil que, además, utiliza la fuerza y sus armas para repeler agresiones en hipótesis que claramente lo justifiquen y no para exhibición disuasiva.

Creo que la experiencia internacional en América Latina aún debe ser objeto de observación, pero basta con ver los efectos nefastos que tuvo en México donde, en la lucha contra los narcos, las FFAA terminaron por apropiarse del temido cartel de los Zetas para pasar a operarlo. Y en Brasil si bien las FFAA fueron empeñadas en la lucha contra el narcotráfico, fueron programas de reforma urbana y de desarrollo social los que permitieron comenzar a neutralizar el fenómeno.

Podríamos seguir con la enumeración de los mitos pero creo que, con la enunciación precedente, basta para demostrar que difícilmente la mitología ciudadana nos auxilie en nuestra ardua empresa.

Todos estos mitos habitan en el imaginario colectivo y permean las decisiones de nuestros gobiernos, deseosos de complacerlo tanto en procura de adhesiones rápidas como para dar la imagen de que “están al frente de la lucha”, de que “ganarán la batalla” y de que si postulan penas de reclusión perpetua para cualquiera de los delitos de moda aventarán la fantasía de que tienen alguna actitud complaciente con el “enemigo”.

Más allá de las iniciativas plausibles que muestra la región en relación a valerse de otros instrumentos, los mitos nos gobiernan.

Luego, el primer esfuerzo es desmitificar y mostrar que las deficiencias más graves, si de instituciones penales se trata, es la de su franca ineficacia —intrínseca, en la mayoría de los casos y, relativa en todos—. Sin perorar demasiado sobre esto, baste comparar ciertas estadísticas cuya elocuencia es un golpe en la línea de flotación de la nave insignia del punitivismo populista.

No voy a recurrir al golpe bajo de comparar el índice de homicidios cada 100.000 h. de Suiza (0,60%), Austria (0,80%), Dinamarca (0,80%) u Holanda (0,90%) con el de Honduras (86%); pero sí los de Francia (1,20%), España (0,80%), Alemania (0,80%) o la misma Rusia (9,70%), con los del Salvador (70,10%), Colombia (31,50%), México (23,50%), Brasil (26,40%),

Venezuela (49%). Y tampoco voy a comparar a estos últimos con los de los tres países de Sudamérica que ostentan mejores índices de desarrollo humano en Latinoamérica —según las categorías establecidas por el Programa Para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas—: Chile (3,20%), Argentina (5,50%) y Uruguay (7,90%). Y falta agregar a lo expuesto que los países con mayores índices de homicidios en la región son los que con mayor uso de la violencia institucional y del sistema punitivo reforzado han encarado sus “luchas”.

Para que se entienda bien: condenamos los excesos y la mitificación de la ideología de la reacción penal, pero no descreemos de la importancia ni de la vigencia del sistema penal y de sus agencias. Precisamente, una de las labores que en Latinoamérica tenemos por delante es la de la resignificación de los instrumentos primarios empeñados en la noble tarea de dar seguridad a la comunidad a partir de la implementación de reformas que restituyan su eficacia y su rol a las agencias policiales, judiciales y carcelarias. Pero no les pidamos a estas reformas, ni intentemos que logren por sí solas, la consolidación del preciado objetivo de la seguridad ciudadana porque es como intentar desagotar una sentina con un cubo, sin cerrar el grifo. Como señala Pierre Salama: “Cuando la eficacia del sistema represivo aumenta, la tasa de homicidios baja de manera sensible, eso es en parte lo que se observa en Colombia desde finales de la década de 1990. Sin embargo, se debe subrayar que la eficacia del sistema represivo no debe ser confundida con un simple aumento de la represión. La eficacia del sistema represivo está relacionada con la calidad de sus instituciones. Si la calidad es baja, si la corrupción abarca a los policías (a nivel nacional y municipal) y al Ejército en todos sus niveles, el aumento de las represión tiene efectos perversos”.⁽⁶⁾

2. Hacia una mirada diagnóstica del conflicto

La experiencia política que nos diera la gestión de la seguridad en dos oportunidades en la provincia de Buenos Aires (1998-1999, 2004-2007) nos permitió llevar adelante una reforma profunda en el sistema penal —en especial, en la agencia policial— y trabajar en la construcción de un nuevo paradigma que fijó las bases de un modelo de intervención estatal frente al delito y la violencia.

(6) SALAMA, PIERRE, “Homicidios, ¿Es ineluctable la violencia en América Latina?”, en *Frontera Norte*, nº 49, enero-junio 2013, vol. 25, p. 16

Sus ejes fueron:

- a. La construcción de un diagnóstico cuidadoso tendiente a determinar la *performance* e insuficiencia de las agencias penales.
- b. La implantación del concepto de gobernabilidad democrática de la seguridad y la reasunción del control político sobre esa fuerza a través de la creación de un Ministerio de Seguridad que garantizó dicho objetivo.
- c. La reestructuración profunda de la agencia policial sobre las siguientes bases:
 1. supresión del modo de organización napoleónico, macrocefálico, militarizado y vertical, que fue ideado al servicio preponderantemente del sostentimiento del orden público y no orientado al de la seguridad ciudadana;
 2. su reemplazo por un nuevo modelo desconcentrado, que separó y diferenció la policía de prevención de la de investigaciones, a la que dotó de su propia escuela, y creó cuerpos policiales sobre la base del principio de especialidad, con sus propias jefaturas;
 3. se dotó a cada municipio de su propia policía a las que se denominó "Policías de Distrito". Para los municipios del interior —de población no superior a 70.000 habitantes y menos conflictivos— se creó la "Policía Comunal", la que si bien mantuvo —en una primera etapa— su dependencia orgánica con el gobierno provincial, fue luego puesta bajo la dependencia funcional del Intendente. Así, este fue dotado de un valioso instrumento de gobierno y su rol fue resignificado frente a la comunidad;
 4. se crearon Jefaturas Departamentales que se hicieron coincidir con sendas jurisdicciones judiciales, cuya finalidad fue ejercer un control sobre el funcionamiento de un número variable de Jefaturas de Policías de Distrito, adjudicadas a cada una de aquéllas;
 5. se suprimió el doble escalafón de oficiales y suboficiales, dado que en los hechos y en la práctica se habían borrado las diferentes funciones de cada uno de ellos, y se creó un escalafón único con nuevos grados, tras un proceso de nivelación de gran complejidad que permitió que quienes fueran suboficiales pasaran a ser oficiales; al mismo tiempo se admitió la incorporación a grados intermedios de profesionales calificados y expertos en seguridad, ajenos a la fuerza policial;
 6. se creó una "Auditoría General de Asuntos Internos", integrada por personal civil, lo que detrajo de manos policiales el control de la corrupción policial. Tal creación se debió a la comprobación del apañamiento que, de acciones típicas de violencia policial y hasta de hechos comunes de delincuencia, ejercía la anterior dirección de "Asuntos Internos", lo que se complementaba con la defensa que, ante los juzgados, abogados de la institución hacían de autores de tormentos, prevaleciéndose de sus vínculos aceitados con la judicatura para obtener resoluciones complacientes;

7. se creó un órgano poderoso de control del desempeño policial y corrección de las estadísticas del delito, a imagen del existente en la Policía del Departamento de Nueva York (Comp. Stat.), que permitió evaluar a cada jefe policial y la corrección de las estadísticas;
8. se recuperó en control de las fuentes de la producción de la información, lo que evitó la simulación de estadísticas policiales "deflacionadas";
9. se creó la base unificada de datos que permitió unificar la totalidad de la información proveniente del delito en una base de datos —hasta entonces dispersa— y se habilitó, mediante la adjudicación de claves controladas al Ministerio Público Fiscal, el acceso a ella a los fines de la investigación criminal; en este aspecto, la reforma fue fundamental dado que hasta entonces el qué, cómo y cuándo de la persecución estaban en manos de los estados mayores policiales;
10. se creó un órgano de inteligencia, compuesto tanto por expertos policiales, como por ex agentes retirados en fuerzas nacionales de seguridad para el análisis de la información sobre crimen organizado;
- II. se implementó el servicio de emergencias telefónicas para toda la provincia (357.000 km²) conocido como 911 que, sostenido por patrullaje en cuadrículas, estuvo integrado por civiles especialmente entrenados y apoyados por gabinetes psicológicos.
- d. La sanción de una Ley de Seguridad Pública (ley 12.155), además de establecer las bases, principios y fundamentos de la seguridad, introdujo una novedad: la regulación de la participación ciudadana en la materia a través de la creación de foros vecinales a nivel barrial, municipal y departamental con vistas a la articulación de la comunidad y los funcionarios policiales a cargo de cada comisaría, de cada Policía Distrital o Comunal (municipio), y de cada Jefatura Departamental (que comprenden uno o más municipios).

La circunstancia de que a través de la ley se adjudicaran derechos subjetivos concretos a favor de los ciudadanos les permitió:

1. recabar información sobre la estadística del crimen;
2. tomar intervención en el diseño de planes barriales de seguridad con propuestas concretas de prevención situacional o de afectación de los recursos policiales según el propio mapa vecinal del delito confeccionado por ellos;
3. recibir capacitación a través de la Escuela de Participación Comunitaria, creada en el ámbito del Ministerio de Seguridad, lo que posibilitó que los vecinos conocieran el abecé de la problemática, y los principios y límites legales propios de un Estado democrático y social de derecho. A su vez se los capacitó en la cultura del diálogo interinstitucional, todo lo cual

- permitió conceder un elevado grado de racionalidad a su intervención y a la índole de sus demandas.
- e. Se abrió, en el ámbito de Ministerio de Seguridad, un espacio de interlocución con miras trabajar junto con Organizaciones No Gubernamentales, ya que estas eran las que mayores muestras de aptitud y trabajo venían demostrando. Ello permitió que se incorporaran a programas de trabajo encomendándoseles el control de su ejecución e interviniendo directamente en ella.
- Un ejemplo de resultados excepcionales fue lo actuado en una de los barrios de emergencia más importante de la localidad de Quilmes; allí, junto con una ONG denominada "Brigada Necochea", se generó un programa a través del cual se logró que la totalidad de los adolescentes que registraban antecedentes por haber tenido conflictos con la ley penal, con la ayuda de líderes barriales y la asistencia presupuestaria del Ministerio de Educación realizaran labores pagas de limpieza de escuelas, desmalezamiento y demás. Durante todo el tiempo que duró el programa —más de 12 meses— no hubo un solo caso de entrada policial por parte de alguno de esos menores, quienes, además pudieron internalizar el valor social del trabajo.
- f. La verificación de conflictos sociales graves con altos índices de violencia y delito en conglomerados de exclusión y hacinamiento mostró la necesidad de elaborar una matriz de intervención para esos colectivos, tendiente a resolver los problemas más críticos de convivencia, salud, escolaridad, trabajo, etc. Desde el Ministerio, y mediante acuerdo con universidades, se convocó a equipos interdisciplinarios para la realización de una investigación de campo que se centró, como primera acción, en "Fuerte Apache"; el relevamiento mostró las aristas más agudas del problema y ello permitió arbitrar soluciones urbanísticas, administrativas (regularización dominial), atención de la salud materno-infantil, rehabilitación de las escuelas cerradas por la hostilidad y los destrozos, creación de talleres de capacitación para el trabajo, etc. Este tipo de acciones incorporaron activamente al personal policial, lo que tendió al restablecimiento del vínculo entre policía y comunidad (severamente dañado) y mostró la validez de un nuevo concepto de abordaje de la problemática del delito y la violencia, no ya de cuño excluyentemente policial, sino **multiangular y multiactoral**.

Quedó, de tal suerte, validada una matriz de intervención que permitió seguir avanzando en su aplicación a otros universos y ello se vio plasmado en un Acuerdo del que tomaron parte sectores del empresariado que asumió el compromiso de facilitar puestos de trabajo para la incorporación de jóvenes provenientes de familias que, por varias generaciones, no conocieron un trabajo formal.

Lo hasta aquí expuesto, de manera sintética, muestra un nuevo camino a recorrer en procura de mejorar las condiciones de convivencia y de respeto por la persona y sus derechos fundamentales.

Se trata de construir un nuevo paradigma que equilibre el fiel de la balanza y plantee desafíos, a la par que interrogantes:

¿Es solo el crimen no organizado, los delitos contra las personas y la propiedad, los que nos deben preocupar? ¿O también la evasión tributaria, la delincuencia de cuello blanco, el lavado de dinero, la corrupción, el narcotráfico y demás fenómenos de delincuencia organizada, larvada, de menor visibilidad y por tanto menos controlable en su crecimiento?

¿Debemos o no discutir el modelo económico al tiempo de buscar soluciones en materia de seguridad?

¿La distribución del ingreso o la participación en la distribución del PBI guarda o no relación con la disminución de los índices de los delitos en contra de la propiedad y de las personas?

¿Es válido plantearse como alternativas a las políticas de ajuste, apertura económica salvaje en mengua de las industrias locales, precarización del empleo, privatizaciones masivas y demás, otras que privilegien el desarrollo y adopten modelos de distribución e inclusión social?

¿Constituye o no una necesidad iniciar procesos de reforma sobre las distintas agencias que integran el sistema penal, agotadas, deslegitimadas y desprestigiadas por no proveer las soluciones esperadas?

¿Es compatible con un estado democrático y social de derecho permitir que la institución policial se autogobierne y defina los objetivos fundamentales de la persecución penal, o acaso esa es una tarea indelegable del poder político?

Frente a la necesidad de operar de inmediato sobre la conflictividad social como modo de contener el delito, ¿es menester crear una matriz de intervención que articule las diversas agencias sociales, culturales, de salud pública y económicas del Estado con los recursos tradicionales del sistema penal?

¿La participación ciudadana en la formulación de políticas de seguridad, sirve para equilibrar la relación de poder con grupos concentrados, dominantes o hegemónicos?

Ninguno de estos interrogantes plantea desafíos insuperables. La construcción de un nuevo paradigma ha comenzado a expresarse en diversos países de América Latina: Colombia muestra un buen ejemplo de multi-

agencialidad con la creación de los Observatorios del Delito y la Violencia en donde convergen distintas agencias penales y de la salud pública para la construcción de estadísticas confiables en materia de delitos contra las personas; Brasil y Honduras progresaron en programas de participación comunitaria; como se vio, Argentina llevó a cabo una profunda reforma en la provincia de Buenos Aires, el Estado más importante; por fin, Chile mejoró sustancialmente su policía y comenzó con programas de participación comunitaria, hoy en curso.

El cambio de paradigma se presenta como un imperativo y no como mera opción frente al fracaso de las recetas tradicionales. Vale la pena que ensayemos dar respuesta a los interrogantes planteados.



La prisión preventiva en América Latina y África



De izquierda a derecha: ROBERTO SANTANA (Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente), MARÍA DA IMACULADA MELO (Jueza del Tribunal Constitucional de Angola), ESTEBAN RIGHI (Profesor Titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, UBA) y ELÍAS CARRANZA (Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ILANUD) y moderador: RÓMULO R. ABREGÚ (Asesor de Incapaces del Departamento Judicial de Trenque Lauquen).

PRESENTACIÓN



El uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los países latinoamericanos. Su uso excesivo o abusivo nos habla del fracaso del sistema de administración de justicia.

Creemos que en una sociedad democrática el sistema procesal penal se funda en la preeminencia de la dignidad de la persona y en los derechos que le son inherentes, entre los que se encuentran la libertad personal, el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia, razón por la cual, toda persona tiene el derecho a permanecer en libertad durante el proceso penal.

Es una garantía básica del debido proceso y de la presunción de inocencia que el imputado cuente con un recurso judicial efectivo ante una autoridad judicial independiente que le permita debatir la decisión de mantenerlo en custodia durante el proceso. De forma tal que se garantice el derecho de defensa del imputado y que se atribuya, a la autoridad judicial competente, el deber de realizar un análisis integral de todos los aspectos procesales y sustantivos que sirvieron de fundamento a la decisión recurrida y que no se limite a una simple revisión formal.

Pero, en la mayoría de los países de la región, la prisión preventiva se utiliza como una suerte de pena anticipada o como una vía de justicia expedita previa a la sentencia. Este uso indiscriminado de la prisión preventiva como estrategia de política criminal constituye una grave violación de los derechos humanos y es una de las principales causas de la grave crisis de muchos de los sistemas penitenciarios de la región.

En ese contexto, los Dres. Elías Carranza, María da Imaculada Melo y Roberto Santana intentan hallar soluciones y explicaciones a las distintas

cuestiones relacionadas con la prisión preventiva, tomando como punto de partida las experiencias en sus respectivos países.

Carranza analizó los porcentajes de presos sin condena en los países de la región. Reconoció que es un fenómeno que tiene que ver con la gran inequidad en la distribución del ingreso entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, y también con la gran inequidad al interior de cada uno de los países.

Manifestó también que este fenómeno no podrá resolverse solamente por mecanismos procesales. Serán imprescindibles “las sanciones penales no privativas de libertad, los mecanismos no penales de resolución de conflictos para reducir el panpenalismo” y, por sobre todo, será necesaria mucha “justicia social” que se obtendrá reduciendo la inequidad de la distribución del ingreso.

Señaló también que la inequidad está directamente relacionada “... con la situación de la criminalidad y con la situación de los sistemas penales...”, y que en países sin justicia social no existe una justicia penal justa. A pesar de ello, sostuvo que en la actualidad lo más importante a nivel regional y mundial “... no es lograr más justicia penal (aunque la lográramos justa y con un uso prudente de la prisión) sino lograr más justicia social...”, entendida ella como una redistribución del ingreso tanto entre los países como al interior de cada uno.

Carranza concluyó su exposición manifestando que “... esta es una tarea política, pero también es nuestra obligación lograr alcanzar una mayor justicia social votando a gobiernos que se comprometan a eso, y participando activamente en nuestras democracias para promover ese objetivo.”

Melo comenzó su exposición reconociendo que la problemática de la prisión preventiva en Angola radica en la divergencia que existe entre la ley ordinaria y la Constitución. Explicó que, por un lado, profundiza la cuestión de los derechos humanos mientras que, por otro, trabaja con leyes de casi dos siglos.

A continuación analizó los porcentajes sobre el movimiento procesal criminal en su país desde enero a septiembre de 2013. Concluyó que esos números indican que la prisión preventiva tiene como principal “cuello de botella” el hecho de que “primero se detiene para luego investigar”.

La exposición de Santana giró en torno a la situación de las cárceles y la función que cumplen, poniendo como ejemplo las reformas del sistema penitenciario en su país. Manifestó que la reforma comenzó por la elección del modelo que se quería para la prisión ya que no podía seguir siendo un modelo militar ni tampoco convertirse en un modelo empresarial: "... tiene que ser lo más parecido a una escuela posible".

Asimismo sostuvo que el modelo de cárcel debe ser estatal y comunitario ya que la comunidad debe participar y ayudar a controlar al Estado y a los políticos, logrando, de esta manera, que ella "... asista, intervenga y acompañe, no solamente la fase de la prisión, sino la fase postpenitenciaria".

Expresó que, si bien se habla de alternativas a la prisión, lo correcto sería que ella sea la alternativa a otras sanciones penales. Es decir, lo normal sería que la persona cumpla su pena en libertad o bajo algún tipo de vigilancia o restricción y, en último caso, si no hay otra opción, se debería recurrir a la prisión.

Santana identificó como problema principal la falta de separación entre preventivos y condenados, pudiendo esta situación resolverse dentro de un mismo establecimiento o simplemente, creando otro.

Concluyó sugiriendo que, al momento de considerar la ejecución de una medida de privación de libertad, debería tenerse en cuenta un orden de prioridad, comenzando por el "establecimiento abierto y, si no se puede, llevarlo a uno semiabierto".



ELÍAS CARRANZA⁽¹⁾



Las personas presas sin condena en América Latina y el Caribe

Hace treinta y tres años, en 1980, E. Raúl Zaffaroni, Luis Paulino Mora, Mario Houed y quien les habla hicimos nuestra primera investigación sobre el fenómeno de “el preso sin condena en América Latina y el Caribe”. Hoy seguramente lo habríamos bautizado “las personas presas sin condena”, por razones de género.

En aquel entonces, E. Raúl Zaffaroni y yo teníamos 41 y 40 años de edad respectivamente, y Mario Houed y Luis Paulino diez años menos que nosotros.

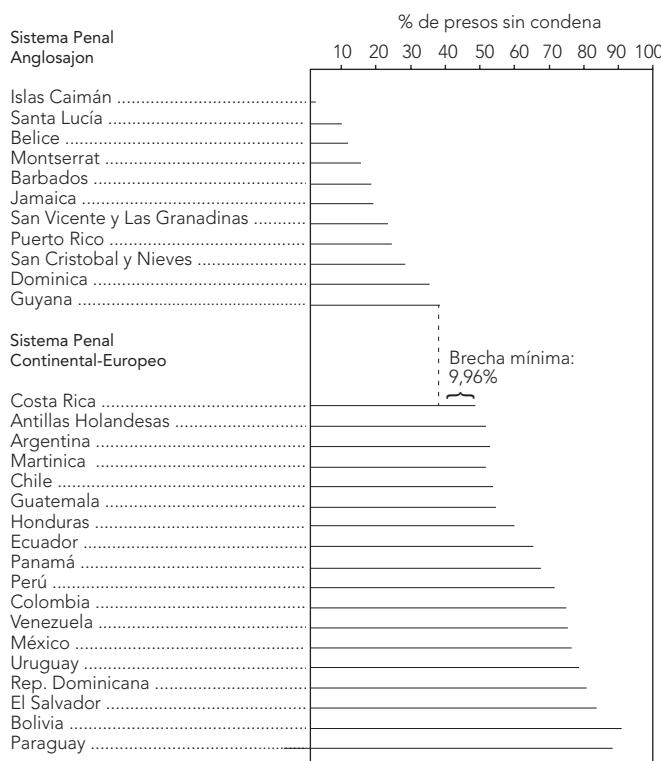
E. Raúl Zaffaroni era juez en materia penal en Argentina; Mario Houed y Luis Paulino jueces de los entonces denominados Tribunales Superiores Penales en Costa Rica, que juzgaban delitos de tres o más años de prisión, y yo era el subdirector del ILANUD.

Uno de los hallazgos más significativos de esa investigación fue lo que registra el gráfico siguiente. Como en aquel entonces no existían computadoras, lo que lo construimos artesanalmente, con escuadra, lapi-cera y tinta china.

(1) Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Profesor en diversas universidades y centros de estudio. Autor de numerosos libros y artículos en revistas especializadas. .

**GRÁFICO 1. POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD
SIN CONDENA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. AÑO 1981**

Brecha mínima entre la población privada de su libertad sin condena en uno y otro grupo de países. Año 1981.(*)



(*) Los datos de Perú, Argentina y México corresponden a los años 1978, 1980 y 1980 respectivamente. Los de Antillas Holandesas, Bolivia, Jamaica y República Dominicana a 1982.

El gráfico es muy elocuente y casi no requiere explicación. Los pequeños países del Caribe de sistema anglosajón exhibían, por aquellos años, porcentajes de presos y presas sin condena dentro de una distribución que iba desde un 2,18% en las Islas Caimán hasta un 37,44%, su máximo, que exhibía Guyana.

Por su parte, y por contraste, nuestros países latinoamericanos de sistema penal continental europeo o romano-germánico presentaban cifras que oscilaban entre el 47,40% de Costa Rica y el 94,25% de Paraguay.

El detalle de los porcentajes puede verse en el cuadro que sigue.

**CUADRO 1. POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENA
EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. PORCENTAJES. AÑO 1981**

Paraguay	94,25	Argentina	51,08
Bolivia	89,70	Antillas Holandesas	50,41
El Salvador	82,57	Costa Rica	47,40
Rep. Dominicana	79,88	Guyana	37,44
Uruguay	76,50	Dominica	34,52
México	74,23	San Cristóbal y Nieves	27,36
Venezuela	73,97	Puerto Rico	24,00
Colombia	73,59	San Vicente y Las Granadinas	22,22
Perú	70,95	Jamaica	18,07
Panamá	66,52	Barbados	17,81
Ecuador	64,08	Montserrat	14,90
Honduras	58,36	Belice	12,34
Guatemala	53,92	Santa Lucía	10,56
Chile	52,21	Islas Caimán	2,18
Martinica	51,50		

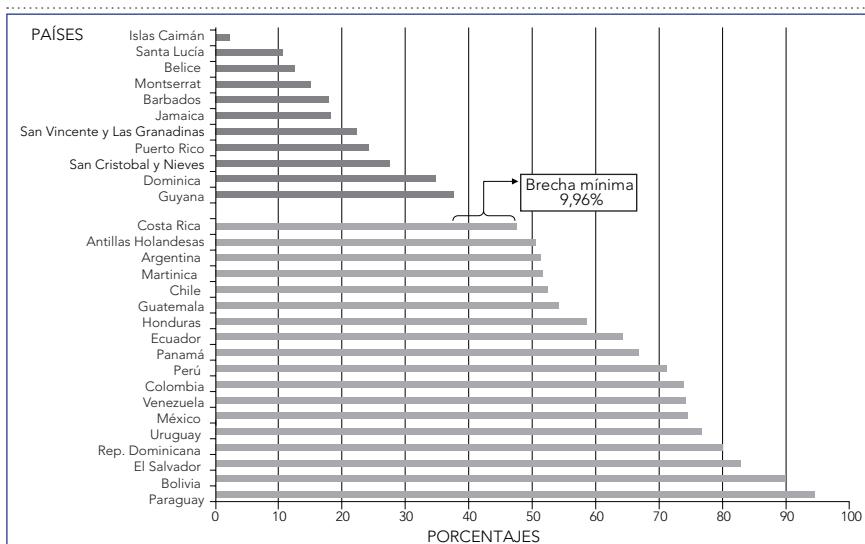
Entre el país del Caribe de sistema anglosajón en peor situación, con mayor porcentaje de personas presas sin condena, y el de América Latina de sistema continental europeo con mejor situación, o sea con menor porcentaje de personas presas sin condena, había una distancia de diez puntos porcentuales a favor del país caribeño.

Era notoria la incidencia de la variable “sistema procesal penal” en uno y otro grupo de países en la generación de su cantidad de personas presas sin condena. Los países con sistema anglosajón se caracterizaban por tener muy bajos porcentajes de personas presas sin condena, y los nuestros, de sistema romano-germánico o continental europeo, se caracterizaban todos por tener muy altos porcentajes de personas presas sin condena.

Como sabemos, a partir de la década de los noventa, y hasta la actualidad, se produjeron reformas procesales penales en todos los países de la región, que sustituyeron el procedimiento inquisitivo por el acusatorio, estableciendo, entre otras cosas, la instrucción criminal al cargo del Ministerio Público, la defensa desde el primer acto procesal, la oralidad en sustitución de la escritura, y reduciendo al mínimo el secreto de la investigación. Tales reformas produjeron efectos en el número y porcentajes de presos sin condena.

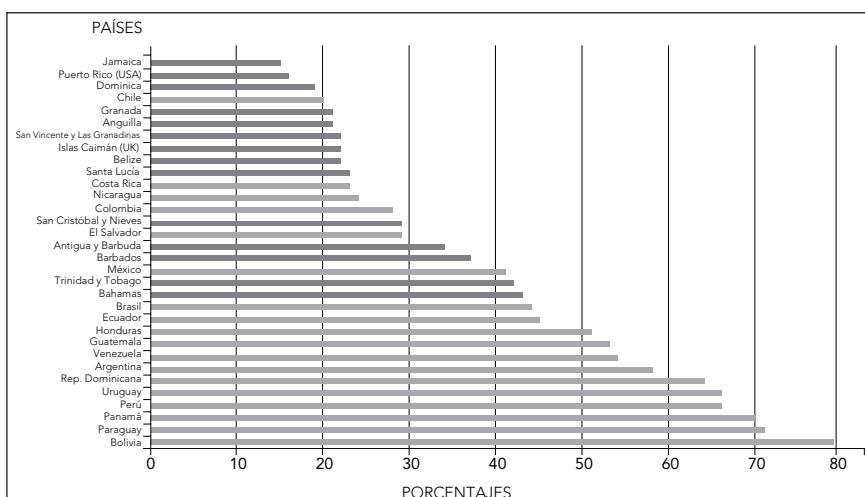
Recientemente, y para efectos de la comparación con lo que ocurre en la actualidad, preparé —esta vez con ayuda de la computadora— los tres gráficos siguientes. En este gráfico reproducimos, con un nuevo formato, el primero, de 1981 que ya vimos.

GRÁFICO 2. POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. AÑO 1981.



En el segundo gráfico hemos colocado la situación que presentaban los países al año 2011, luego de que transcurrieran entre diez y veinte años, según las fechas de las reformas habidas en cada país. Como se puede observar, los países de ambos sistemas jurídicos comenzaban a entremezclarse. Ya el predominio de los países de sistema anglosajón no es total como lo era antes de las reformas.

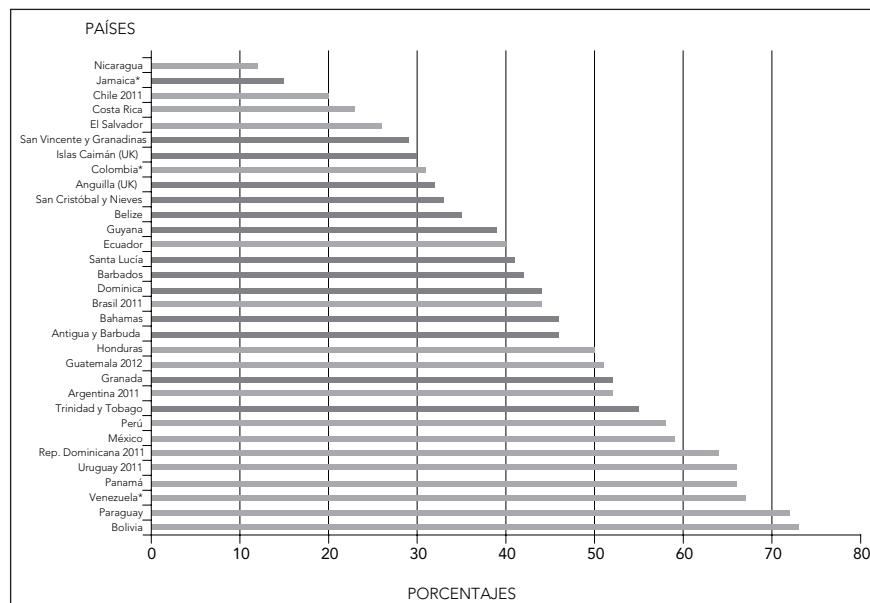
GRÁFICO 3. POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. AÑO 2011.



Y finalmente, en el último gráfico, colocamos la situación actual al 2013.

Como podemos ver, con el transcurso del tiempo y las reformas de los sistemas procesales, los países de América Latina han ido progresando en pos de reducir sus porcentajes de presos y presas sin condena.

GRÁFICO 4. POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. AÑO 2013.



Pero, paralelamente a estos progresos del grupo latinoamericano, también observamos que en general las cifras de los países del Caribe exhiben cierto retroceso respecto de la excelente situación que tenían a principios de la década de los ochenta. Esto se debería, muy posiblemente, al mismo fenómeno que está afectando a toda la región de América Latina y el Caribe, y al mundo en general, que tiene que ver con la forma en que ha venido “gestionándose” la globalización —como lo explica Joseph Stiglitz— con gran inequidad en la distribución del ingreso entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, y también gran inequidad al interior de los países, lo que ocasiona, a su vez, inequidad en la distribución de la criminalidad y de la criminalización, siendo esta última excesivamente alta en los países de medianos y bajos ingresos —no solo en los de América Latina— y multiplicada por las políticas de “guerra” al delito y tolerancia cero, cuando lo que nuestros países necesitarían es tolerancia cero, pero a la **exclusión social**.

En el cuadro 2 hemos colocado en detalle los porcentajes, actualizados al 2013, de personas presas sin condena en ambos grupos de países. Como podemos ver, treinta y tres años después, Paraguay y Bolivia continúan siendo los países con más alta proporción de personas presas sin condena, si bien han reducido de manera bastante notable sus porcentajes.

En el otro extremo de la distribución, es interesante ver que ya no es un país de sistema anglosajón el que tiene el menor porcentaje de presos y presas sin condena, sino uno de los nuestros, Nicaragua. Lo precede uno del Caribe (Jamaica) y a este lo anteceden, nuevamente, tres países latinoamericanos en el grupo con mejor performance en esta materia, Chile, Costa Rica y El Salvador.

CUADRO 2. POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. AÑO 2013

Bolivia	73%	Dominica	44%
Paraguay	72%	Barbados	42%
Venezuela	67%	Santa Lucía	41%
Panamá	66%	Ecuador	40%
Uruguay (2011)	66%	Guyana	39%
Rep. Dominicana (2011)	64%	Belice	35%
México	59%	San Cristóbal y Nieves	33%
Perú	58%	Anguilla (UK)	32%
Trinidad y Tobago	55%	Colombia*	31%
Argentina (2011)	52%	Islas Caimán (UK)	30%
Granada	52%	San Vincente y Las Granadinas	29%
Guatemala (2012)	51%	El Salvador	26%
Honduras	50%	Costa Rica	23%
Antigua y Barbuda	46%	Chile (2011)	20%
Bahamas	46%	Jamaica	15%
Brasil (2011)	44%	Nicaragua	12%

Es importante observar que el fenómeno de los presos y presas sin condena no se da aisladamente. Se inserta dentro del fenómeno más amplio del uso creciente de la cárcel y el acelerado crecimiento de las poblaciones penitenciarias, con la consiguiente sobre población carcelaria, que está ocurriendo en la región y en el mundo, si bien en los países de altos ingresos —“poderoso caballero es don dinero”— el fenómeno se manifiesta con menor intensidad que en nuestros países de medianos y bajos ingresos

como es el caso de todos los de América Latina, según la clasificación de países en relación a su ingreso per cápita que utiliza el Banco Mundial.

A excepción de los países nórdicos y de Japón, asistimos en todo el mundo a un notable aumento en el uso de la prisión, fenómeno que está directamente correlacionado con la inequidad de la distribución del ingreso entre países (entre los de altos ingresos que se llevan “la parte del león” y el resto del mundo), y al interior de los países.

Veamos el acelerado aumento en el uso de la prisión y sus efectos en los cuadros siguientes.

Como vemos en el primer cuadro, todos los países de América Latina elevaron notablemente sus tasas de encierro entre los años 1992 y 2013. Casi todos las duplicaron, varios las triplicaron, y también algunos van en vía de cuadruplicarlas:

CUADRO 3. AMÉRICA LATINA: TASAS PENITENCIARIAS CADA 100.000 HABITANTES. INCLUYE SISTEMAS FEDERALES Y PROVINCIALES Y EN ALGUNOS CASOS PERSONAS ALOJADAS EN DELEGACIONES POLICIALES

PAÍS	AÑOS																							
	1990										2000													
	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13		
Argentina	63	64	68	74	97	96	99	106	118	126	141	157	163	164	152	149	152	163	161					
Bolivia								79	85	101	109	96				80	86	85		107	130			
Brasil	74	80	81	107				119		131	133	132	133	169	182	193	211	219	226	238	247	253		
Colombia	92	96	97	98	120	129	128	139	157	170	157	178	199	207	179	174	188	158	169	193	227	232		
Costa Rica	104	105	109	121	133	160	162	169	168	183	187	190	196	196	191	186	189	191	211	238	264	313		
Chile	154	153	148	153	161	170	179	203	215	216	221	228	226	228	259	290	318	312	320	311				
Ecuador	74	81	81	85	95	81	79	70	65	63	69	77	87	91	107	128	118	112	114	107		143		
El Salvador	101	103	109	124	138	157	136	112	130	158	177	180	188	186	184	226	258	283	315	322	339	347		
Guatemala								62		75		101	101	96	87	84	83	88	71	78	84	91	98	
Honduras	110	113	139	160	166	153	160	178			183			170	159	148	148	149	152	154		153		
México	101	104	97	101	108	116	127	142	152	163	170	177	185	196	200	200	202	208	203	203	213	214		
Nicaragua	78	78	91	98	111	106	132	143	128	124	131	112	116	117	111	121	120	103	111	134		151		
Panamá	176	215	221	229	269	282	292	294	293	320	341	361	360	359	356	342	275	298	347	378		404		
Paraguay								70	75	74	78	67	74	85	92	107	109	105	99	100	96	109	119	134
Perú	77	80	83	88	96	100	105	108	108	104	104	108	116	123	136	149	153	155	160	181	208			
Rep. Dominicana	145	135	151	161	129	140	165	168			189	150	143	148	164	166	202	211	212					
Uruguay	96	99	100	99	101	106	120	122	129	148	170	203	215	213	198	212	231	246	258	267				
Venezuela								101	112	106	97	85	104	104	103	98	76	96			149			

Elías Carranza, ILANUD, 2013. Elaborado con información penitenciaria y policial oficial de los países y datos de población del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) División de Población de la CEPAL, estimaciones y proyecciones de población, 2008. Las tasas de Bolivia (2011), Perú (2011) y Venezuela (2010) fueron tomada del ICPS, King's College.

En el siguiente cuadro siguiente que la situación en los pequeños países del Caribe es similar, y con tasas altísimas. Si bien la tendencia en ascenso en algunos de ellos es con oscilaciones, menos unidireccional, porque casi todos tienen muy pocos habitantes, lo que ocasiona variaciones bruscas en sus tasas.

CUADRO 4. CARIBE: TASAS PENITENCIARIAS CADA 100.000 HABITANTES

Anguilla (UK)	2004 (315), 2007 (400), 2010 (387), 2011 (480)
Antigua y Barbuda	1995 (341), 1998 (278), 2005 (269), 2008 (262), 2010 (330)
Bahamas	1998 (478), 2002 (410), 2005 (460), 2008 (415), 2010 (382)
Barbados	1993 (238), 1998 (291), 2002 (317), 2005 (367), 2007 (408), 2010 (354)
Belice	1992 (310), 1995 (293), 1998 (448), 2001 (384), 2003 (420), 2006 (516), 2010 (446), 2011 (447), 2012 (452), 2013 (486)
Islas Caimán (UK)	1995 (546), 1998 (682), 2001 (539), 2004 (425), 2007 (409), 2010 (385)
Dominica	1992 (387), 1995 (392), 1998 (421), 2004 (418), 2007 (367), 2010 (431)
Granada	1998 (352), 2002 (333), 2005 (265), 2008 (427), 2010 (423)
Jamaica	1992 (178), 1995 (171), 1998 (162), 2003 (176), 2006 (183), 2007 (174)
Puerto Rico (USA)	1992 (314), 1995 (310), 1998 (388), 2001 (377), 2004 (369), 2007 (330), 2008 (303)
San Cristóbal y Nieves	1995 (295), 1998 (288), 2001 (441), 2004 (559), 2007 (452), 2010 (529), 2011 (603), 2012 (685), 2013 (670)
Santa Lucía	1992 (210), 1995 (263), 1998 (216), 2001 (296), 2004 (294), 2008 (304), 2010 (323)
San Vicente y Las Granadinas	1992 (294), 1995 (323), 1998 (390), 2001 (280), 2004 (337), 2007 (350), 2010 (379)
Trinidad y Tobago	1992 (269), 1995 (299), 1998 (353), 2001 (370), 2004 (302), 2007 (276), 2010 (276)

Elaborado a partir de información del Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, King's College de Londres.

Las aceleradas tasas de encierro ocasionan a su vez grave sobre población carcelaria, que vemos en los dos cuadros siguientes, en los países de América Latina y en los del Caribe:

CUADRO 5. SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN AMÉRICA LATINA. AÑO 2013

PAÍS	CAPACIDAD DEL SISTEMA	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD CADA 100 PLAZAS
El Salvador	8090	27.019	334
Bolivia	5436	14.272	263
Perú	29.043	61.390	211
Nicaragua	4399	9113	207
Guatemala	6492	12.303	190
Rep. Dominicana	12.207	21.688	178
Ecuador	12.170	21.122	174

PAÍS	CAPACIDAD DEL SISTEMA	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD CADA 100 PLAZAS
Panamá	8033	13.720	171
Brasil	305.841	512.285	168
Colombia	75.726	114.872	152
Honduras	8340	12.307	148
Chile	36.740	53.602	146
Costa Rica	9803	13.057	133
Paraguay	7053	9073	129
México	195.278	242.754	124
Uruguay	7302	9067	124
Venezuela	16.609	19.047	115
Argentina	58.211	58.810	101

Elías Carranza, ILANUD. Elaborado con información oficial proporcionada por las autoridades de cada país. Los datos de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Rep. Dominicana y Uruguay son del 2011. El dato de Venezuela es 2007.

CUADRO 6. SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DEL CARIBE

PAÍS	2010		
	CAPACIDAD DEL SISTEMA	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD CADA 100 PLAZAS
Granada	200	440	220
San Cristóbal y Nieves	164	344	210
San Vicente y Las Granadinas	200	413	207
Antigua y Barbuda	150	295	197
Anguilla (UK)	45	72	160
Dominica	200	289	145
Santa Lucía	450	568	126
Bahamas	1180	1322	112
Jamaica	4247	4709	111
Puerto Rico (USA)	15.034	13.215	88
Islas Caimán (UK)	179	212	84
Trinidad y Tobago	4386	3591	82
Barbados	1250	910	73
Belize	2100	1380	66

Elías Carranza, ILANUD. Belice: Información proporcionada por Ministerio de Nacional Seguridad. Para los demás países, la información se obtuvo de la página web del Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, King's College de Londres.

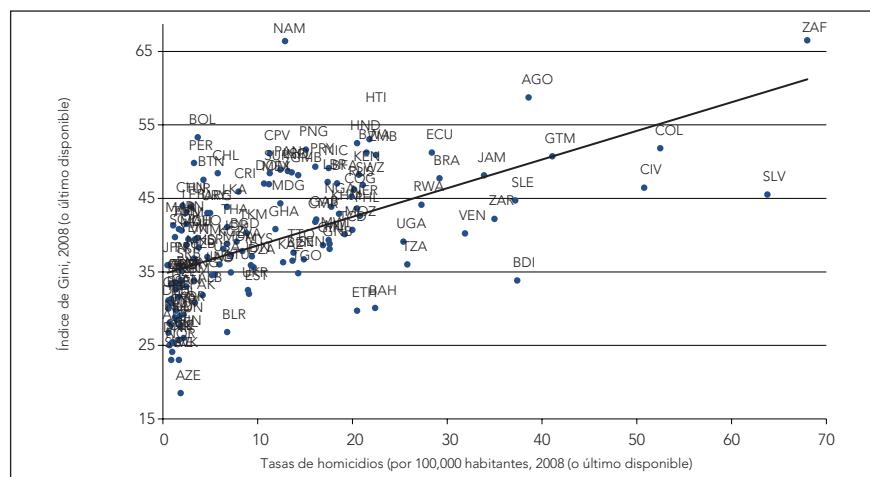
Además de lo que vimos hasta ahora, en nuestro primer trabajo de 1981 sobre el preso sin condena, también hicimos una investigación en búsqueda de un mecanismo procesal que eliminara, o por lo menos redujera, el tan alto número de estas personas privadas de libertad en países con grandes porcentajes de pobreza e inequidad, en los que el derecho penal y la prisión recaen con gran desproporción sobre las personas de clase baja o en situación de exclusión.

La investigación fue realizada con la misma metodología de un experimento de laboratorio ya que se buscaba verificar la hipótesis de que la excarcelación bajo sola caución juratoria o promesa jurada podía ser tan efectiva como la excarcelación con garantía económica bajo fianza o bajo caución real, a la que muchas personas por razón de su clase social no podían acceder.

Con el apoyo que nos brindaron dos de los entonces juzgados de instrucción que existían en Costa Rica, excarcelamos aleatoriamente 500 personas que cumplían prisión preventiva por delitos de más de tres años de prisión. A partir de esto pudimos verificar que si el procedimiento se hacía adecuadamente, es decir, cumpliendo determinados requisitos básicos, ambos grupos, el excarcelado bajo caución económica y el excarcelado bajo sola caución juratoria cumplían en la misma proporción con su obligación de presentarse al juicio.

El fenómeno de las personas presas sin condena, como asimismo el fenómeno más amplio de la hiper utilización de la justicia penal y la prisión, que está sustituyendo los Estados de bienestar por "Estados penales de exclusión social" (y en los países que no lograron establecer Estados de bienestar está abriendo aún más la brecha del ingreso, que está aumentando la exclusión) no podrá resolverse solo por mecanismos procesales. Serán indispensables los mecanismos procesales, las sanciones penales no privativas de libertad, los mecanismos no penales de resolución de conflictos para reducir el panpenalismo, pero, por sobre todo, será indispensable mucha justicia social, que se podrá lograr solamente reduciendo la inequidad de la distribución del ingreso, entre los países y al interior de los países. Cabe señalar que la inequidad está directamente correlacionada con la situación de la criminalidad y con la situación de los sistemas penales. Veamos en el gráfico siguiente el efecto que tiene la inequidad de la distribución del ingreso medida por el coeficiente de Gini en el aumento de los homicidios. Como vemos los países de nuestra región encabezan el grupo de los que registran alta inequidad y consecuentemente las tasas más altas de homicidios:

GRÁFICO 5. DESIGUALDAD DE INGRESO Y HOMICIDIOS EN 138 PAÍSES. AÑO 2008



Fuentes: Cálculos de los autores con base en Solt (2009) y Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen (2008)

En países sin justicia social nunca ha habido una justicia penal justa. Y en este punto —lamentablemente— los informes anuales sobre indicadores sociales del Banco Mundial —banco que sin duda tiene una importante cuota de responsabilidad por la situación que existe— nos dicen que la inequidad ha venido en aumento desde 1820, y de manera más acelerada a partir de los años 80 del siglo pasado, como lo vemos en el cuadro y gráfico siguientes.

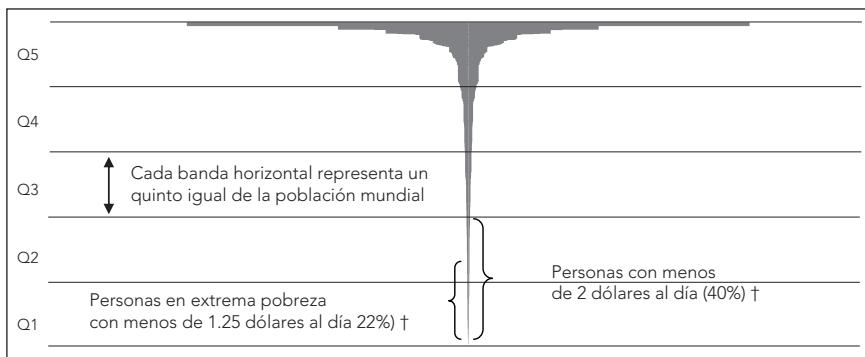
CUADRO 7. ÍNDICES DE GINI GLOBALES ESTIMADOS. PERÍODO 1820-2002

AÑO	GINI
1820	43,0
1850	53,2
1870	56,0
1913	61,0
1929	61,6
1950	64,0
1960	63,5
1980	65,7
2002	70,7

Fuente: Milanovic (2009). Tomado de Ortiz y Cummins (2012)

Ello explica en gran medida la crisis financiera y los movimientos sociales en todo el mundo que actualmente presenciamos. El último libro de Joseph Stiglitz, quien ha sido vicepresidente del Banco Mundial y premio Nobel de economía, tiene un subtítulo muy claro que explica por sí solo lo que hemos venido diciendo. Se titula *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*.

GRÁFICO 6. INGRESO GLOBAL DISTRIBUIDO POR PERCENTILES DE LA POBLACIÓN. AÑO 2007 (O ÚLTIMO DISPONIBLE) EN DÓLARES INTERNACIONALES CONSTANTES PPA DE 2005*

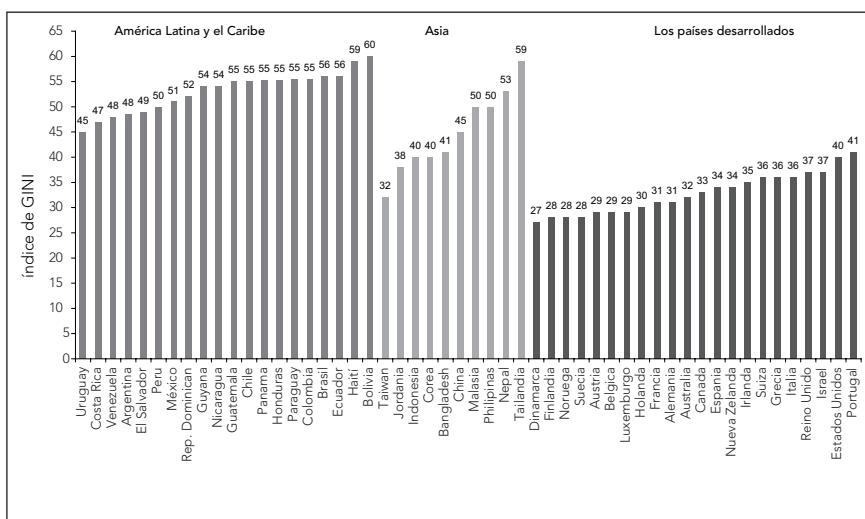


Fuente: Adaptado de PNUD (2005) con base en Banco Mundial (2011), UNU-WIDER (2008) y Eurostat (2011).

* Según el modelo contable global. † Basado en Chen y Ravallion (2008).

Finalmente, en el siguiente gráfico podemos ver que ningún país de América Latina tiene una distribución del ingreso ni siquiera igual a la del país de altos ingresos (o “desarrollado”) con distribución más inequitativa: Portugal seguido de Estados Unidos.

GRÁFICO 7. LAS REGIONES DEL MUNDO DEL INGRESO PER CÁPITA DEL HOGAR (GINI)



Informe Regional sobre Desarrollo Humano del PNUD para América Latina y el Caribe.

Nota: El índice de Gini considerado en cada caso corresponde al último año del que hay datos disponibles durante el período que abarca 1995-2005. Fuente: Gasparini et al. (2009), en base a SEDLAC (CEDLAS y Banco Mundial, 2010).

Para cerrar, diré que quienes trabajamos en la justicia penal tenemos dos obligaciones. Una como operadores, académicos o integrantes de organismos no gubernamentales, que es contribuir a que se haga verdadera justicia en los casos en que debemos intervenir, lo que no significa necesariamente más cárcel ni más personas presas sin condena.

Sin embargo, lo más importante en este momento a nivel regional y mundial, no es lograr más justicia penal (aunque la lográramos justa y con un uso prudente de la prisión) sino lograr más justicia social, que significa esencialmente redistribuir el ingreso, **entre los países, y al interior de los países.**

Esta es una tarea política, pero también es nuestra obligación lograr alcanzar una mayor justicia social votando a gobiernos que se comprometan a eso, y participando activamente en nuestras democracias para promover ese objetivo. Esta meta no será fácil de alcanzar, sobre todo en países pequeños, que tienen uno o dos productos esenciales, cuya comercialización no se encuentra en manos de transnacionales. Estas empresas tienen a su vez socios minoritarios en los países, que pueden llegar a oponerse a la redistribución de las maneras más violentas, incluso pueden atentar contra las democracias.

Sin embargo, esa es nuestra tarea primordial como ciudadanos y ciudadanas de nuestros países y como habitantes de nuestro mundo globalizado, alcanzar la justicia social, porque sin ésta, como hemos visto, tampoco podremos alcanzar una buena justicia penal.



MARIA DA IMACULADA MELO⁽¹⁾



A Prisão preventiva em Angola⁽²⁾

Gostaria, ao tomar a palavra neste II Congresso Latino Americano de Direito Penal e Criminologia, de começar por saudar fortemente a organização do evento pelo honroso convite que me foi dirigido e com isto trazer não só Angola, mas um pedaço de África a participar em tão importante fórum de reflexão sobre um domínio transversal na sociedade actual, mormente do Estado democrático de direito.

O contributo que trago a este painel dedicado à prisão preventiva na América Latina e em África —de África por enquanto apenas está Angola, mas esperemos que a presença africana aumente em iniciativas do género— refere-se à problemática no meu país e, desde já, vou alertando aos presentes que se trata de uma questão demasiado complexa e delicada que desafia tudo e todos sistematicamente. Pelo menos esta é a realidade que regista a minha experiência, enquanto juíza do Tribunal Constitucional angolano, que é também um Tribunal de Direitos Humanos, decorrente da competência que lhe confere a Constituição da República de Angola, CRA.

Acredito que a complexidade e delicadeza da questão subjacente ao tema prisão preventiva não é exclusiva deste ou daquele país ou continente, mas uma situação transversal que se coloca a partir dos finais do século dezanove desde os países da Europa Ocidental, como disso indica o debate contínuo que traz à colação dois polos: por um lado está a

(1) Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional de Angola. Mestre em Direito na área jurídico-política. Doutoranda pela Universidade de Lisboa, República Portuguesa. Foi regente da cadeira de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Angola.

(2) Observação: A República de Angola não aderiu ao Acordo ortográfico da língua portuguesa e com base nisso se escreveu a presente comunicação. La traducción al español, de la Dra. Laura Elbert, se puede ver [en línea] www.infojus.gob.ar

ordem pública e, por do outro lado, a liberdade individual. Posta assim a questão o problema que se apresenta situa-se na conciliação destes dois institutos na perspectiva do Estado democrático de direito consagrado na CRA que tem como trunfo um catálogo de direitos fundamentais e carece de sentido material.

Em Angola apesar da abordagem em diversas ocasiões, e por iniciativa, quer do Estado, quer de organizações da sociedade civil, não se pode afirmar com rigor ter existido ou existir um debate sistematizado sobre a prisão preventiva, até mesmo porque isso implica discussão a nível do doutrinário e legislativo para se puder dar resposta aos imperativos que se relevam no contexto da sociedade angolana, associado ao facto de ser uma matéria que requer também uma ligação com outras áreas conexas e que carecem de ser desenvolvidas entre nós.

A reflexão sobre a prisão preventiva ganhou alguma visibilidade a partir de denúncias e intervenção da sociedade civil, o que foi envolvendo cada vez mais a Procuradoria-geral da República/ o Ministério Público na resolução do problema, intervindo sobretudo na parte relativa ao excesso de prisão preventiva, por lhe competir, nos termos da CRA, representar o Estado, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar, promover o processo penal e exercer a acção penal.

É neste contexto que terminada a guerra civil, o país inicia, a par da reconstrução nacional, a dar os seus passos também na reforma da justiça e do direito, encontrando-se esta questão da prisão preventiva e outras que se prendem com o aprofundamento e renovação das instituições processuais penais e do direito a serem vistas por uma Comissão de Trabalho sob orientação do poder executivo, cujo resultado ainda não foi apresentado ao público.

Por enquanto o que se constata é a urgência de uma reforma profunda, sistemática e global, do ordenamento jurídico angolano para adaptá-lo aos cânones da Constituição. O direito penal e processual penal têm especial destaque neste contexto, por constituírem áreas mais sensíveis da prática jurídica contemporânea à luz do Estado democrático de direito consagrado no artigo 2º da CRA.

Nesta conformidade, a reforma do direito processual penal apresenta-se como um imperativo do Estado constitucional que traz consigo uma questão subjetiva, mas não menos importante, que é a mudança de mentali-

dades. Este é um factor que possui contornos que ultrapassam, inclusive, as boas intenções legislativas.

Permito-me, por isso, afirmar que a situação da prisão preventiva em Angola apresenta um grau de dificuldade muito elevado. Ligado a todo o quadro normativo identifica-se também uma questão de base que consiste numa pré-compreensão por parte dos operadores da justiça sobre os cânones da actual Constituição. A Constituição de 2010 consagra um catálogo de direitos fundamentais que necessita de ser real e efectivo; necessita-se de coerência no sistema jurídico para que se assegure no quotidiano a sua força normativa.

Verifica-se que na prática a dificuldade da prisão preventiva reside no facto de confrontar ordem pública e liberdade individual, tal como se apresenta noutras partes do mundo, mas também por mostrar um quadro legislativo caduco e completamente ultrapassado, quer pela dinâmica social, quer pelo pensamento constituinte que deu lugar à Constituição de 2010, desvendando um ordenamento processual penal cheio de contradições, desfasamentos e disfunções que comprometem a obrigatoriedade de constitucionalidade dos actos que se impõe a todos os poderes do Estado e por maioria de razão ao poder judicial. Desse somatório emerge a visível impossibilidade de se conviver com um processo coerente, preordenado à realização de uma teleologia claramente idealizada e assumida no domínio dos direitos fundamentais.

Efectivamente, a prisão preventiva é a janela que mostra o respeito pela liberdade dos cidadãos em qualquer ordem jurídica, quer na perspectiva da sua regulamentação legal, quer no modo como é aplicada. A frequência com que se recorre à prisão preventiva e a forma da sua execução constituem o barómetro do culto da liberdade, componente essencial do Estado de Direito material.⁽³⁾ Como é bem de ver é o Estado de Direito material que confere substrato ao princípio da supremacia da Constituição e assegura a sua força normativa.

Regista-se no quadro existente em Angola que a legislação ordinária do domínio penal em vigor, para além da matéria referente à prisão preventiva, não responde à elaboração dogmática da CRA denunciando um atraso

(3) Conforme firma Germano Marques da Silva no prefácio à Lei da Prisão Preventiva e Legislação Complementar com anotações de Pedro Romão e Fernando Macedo, dois activistas cívicos angolanos.

na compreensão dos pressupostos desse ramo de direito na actualidade. Este é uma situação que tem influenciado negativamente o procedimento dos operadores da justiça a diversos níveis. O quadro desejável só se torna exequível se encontrar pleno cabimento nas instituições processuais penais, os pressupostos que actualmente não existem e que se espera sejam assegurados no âmbito da reforma da justiça e do direito.

De qualquer modo é mister referir que o Código de Processo Penal, CPP, trata a prisão preventiva como uma medida cautelar que se destina assegurar o cumprimento de obrigações a que o arguido, como tal, se encontra sujeito. Trata-se da concretização dos comandos constitucionais de forma adequada. Resulta, por isso, que legalmente a prisão preventiva é também tratada como uma medida excepcional. Todavia os indicadores demonstram que se passou de exceção à regra.

Decorre dos tópicos legais sobre a prisão preventiva que apesar dos fins a que a mesma se destina, a definição de arguido e a indicação das obrigações e direitos que lhe dizem directamente respeito, no decurso do processo, são indispensáveis para a boa ordenação processual e clareza na aplicação da justiça.

Assim sendo, é de considerar que no âmbito dos direitos fundamentais, nos quais se situa o direito à liberdade individual, o conceito de prisão preventiva acarreta obrigações consagradas na CRA para o poder público, não apenas na perspectiva de uma tutela efectiva com as garantias estabelecidas para com os arguidos, como se verifica que o incumprimento desse quadro, no qual reside o fim das medidas cautelares da prisão preventiva e da liberdade provisória, tem consequências de natureza constitucional.

Destarte, não é opcional a escolha de uma ou de outra medida cautelar, porquanto a liberdade provisória assegura a liberdade e a prisão preventiva priva o individuo de liberdade. No horizonte do Estado de direito é mister referir que o bem jurídico que é tutelado é o direito à liberdade.

Posto isso, é imperioso reconhecer que a prisão preventiva é uma medida cautelar muito gravosa dos direitos individuais, na medida que o arguido não é necessariamente culpado, nem presumido como culpado, por isso é elementar que o Estado assegure as suas obrigações estatais garantindo àquele a protecção jurídica que advém da condição de arguido. Daí o entendimento de não se dever privar alguém da liberdade pessoal sempre que meios menos severos garantam eficazmente as cautelas que se

impõem à boa administração da justiça. De onde resulta também que a prisão preventiva só deve ser autorizada quando se mostre insuficiente a liberdade provisória.

Nesta senda, é de ponderar que a liberdade provisória, enquanto medida cautelar que assegura também o cumprimento das obrigações legais por parte do arguido, não deve ser entendida como sucedânea ou substitutiva da prisão preventiva. Ao contrário, é a prisão preventiva que só deve ser permitida quando a liberdade provisória⁽⁴⁾ não seja directamente considerada pela lei, ou pelo juiz, segundo os critérios legais, eficaz ou idóneos para o referido objectivo.

Temos, por isso, de encarar que em Angola a prisão preventiva do arguido, como medida cautelar é autorizada pela Constituição e concretizada pela lei apenas como uma situação de excepção. Assim sendo, a dificuldade existente situa-se a nível das mentalidades, muitas vezes influenciadas e pressionadas por factores extra-jurídicos.

A CRA refere expressamente que Angola é uma República soberana e independente e baseia-se na dignidade da pessoa humana, consagra a liberdade como um fundamento do Estado e limita as situações de restrição de direitos, liberdades e garantias ao necessário, proporcional e razoável numa sociedade livre e democrática por forma a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, conforme resulta do disposto do artigo 57º, nº 1, conjugado com as disposições dos artigos 1º, 2º, 56º, e 58º, nºs 1 e 2, também da Constituição.

De realçar ainda que para além do regime de excepção consagrado na CRA restritivas à liberdade individual, conforme resulta do disposto no artigo 57º, nº 1, a lei fundamental angolana consagra ainda no artigo 64º que "a privação da liberdade apenas é permitida nos casos e nas condições determinadas por lei e a polícia ou outra entidade apenas podem deter

(4) A liberdade provisória reveste as modalidades de liberdade provisória mediante termo de identidade e mediante caução. A liberdade provisória mediante termo de identidade é uma liberdade apenas limitada pelas obrigações fundamentais do arguido durante o processo. Nas situações mais graves a lei autoriza que o juiz dê maior amplitude a restrição e fiscalização da liberdade do arguido. A caução como medida cautelar mediata não é obrigatória. A actual legislação já permite ao juiz, sob certas condições prescindir da caução, mantendo a liberdade provisória. Entende-se, todavia, que o juiz não só pode, mas deve, prescindir da caução nos casos de impossibilidade ou grave dificuldade da sua prestação, conforme dispõe o artigo 272º do CPP, conjugado 29º, nº 1, da CRA. Não sendo a caução imprescindível ao instituto, a manutenção da denominação de liberdade provisória mediante caução justifica-se para não alterar desnecessariamente a terminologia do Código.

ou prender nos casos previstos na Constituição e na lei, em flagrante delito ou quando munidas de mandado de autoridade competente". Por sua vez o artigo 66º, também da Constituição, que dispõe sobre os limites das penas e das medidas de segurança, refere no nº 1 que "não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida".

Por seu turno, como salvaguarda da liberdade individual a CRA consagrou também o *habeas corpus* no artigo 68º. Segundo o citado artigo "todos têm o direito à providência de *habeas corpus* contra o abuso de poder, em virtude de prisão ou detenção ilegal, a interpor perante o Tribunal competente, podendo a mesma ser requerida pelo próprio ou por qualquer pessoa no gozo dos seus direitos políticos".

Resulta, por isso, que do ponto de vista conceptual é inequívoco que a CRA e a Lei fornecem o critério para que o decisor legal eleja o juízo de referência na escolha do que deve legitimamente proteger *lacto e stri- tu sensu* para impedir tanto o risco de se cair no livre arbítrio, como em qualquer tendência autoritária na resolução da matéria relacionada com a aplicação da prisão preventiva, antes ou depois da culpa formada.

A vontade política do legislador constituinte expressa de modo claro e cristalino o direito à liberdade individual como um valor fundamental da República de Angola, podendo ser limitado apenas nos termos previstos na Constituição, dentro ou fora do flagrante delito.

Isto é aferido também do disposto no artigo 56º da CRA inserido na Secção II, com a epígrafe Garantias dos Direitos e Liberdades Fundamentais, que consagra a garantia geral do Estado à inviolabilidade **dos direitos e liberdades fundamentais** **nela consagrados e manifesta o compromisso de criar condições políticas, económicas, sociais, culturais, de paz e estabilidade que garantam a sua efectivação e protecção, nos termos da Constituição e da lei**. Acrescenta a citada norma que todas as autoridades públicas têm o dever de respeitar e de garantir o livre exercício dos direitos e das liberdades fundamentais e o cumprimento dos deveres constitucionais e legais.

Nesta conformidade, a questão que se coloca em Angola para o futuro é considerar que a reforma do direito processual penal necessita de captar a origem e a raiz das soluções técnicas que acolham os cânones constitucionais. Nesta senda, entender-se a prisão preventiva no cômputo geral como uma parte da questão que precisa de ser complementada com ou-

tras mudanças processuais. Isto implica uma reorganização da estrutura e organização processuais e o acolhimento de uma visão mais contemporânea e democrática de certos conceitos e categorias jurídicas, como é o caso do conceito de arguido dever estar em sintonia com a Constituição, uma vez que ao ter a lei fundamental erigido a sua situação jurídica numa pauta de direitos fundamentais implica a observância dos princípios que lhe são inerentes, mormente o da dignidade da pessoa humana. E é um entendimento que vincula, também por força da Constituição, todo o poder público. Ora, isto pressupõe uma tutela efectiva, quer na estrutura de base do processo penal, quer no procedimento dos operadores da justiça.

Em Angola a prisão preventiva como medida cautelar é uma excepção que pode ocorrer em flagrante delito e fora do flagrante delito. Fora do flagrante delito, a prisão preventiva ocorre quando o crime que a motiva seja punível com pena de prisão maior. No entanto, a actuação dos operadores da justiça não reflecte o dever de cuidado que se impõe em obediência à Constituição relativamente à prisão preventiva fora do flagrante delito.

As situações em que ocorrem a prisão preventiva fora do flagrante delito, são permitidas apenas mediante mandado de captura, conforme dispõe o artigo 64º, nº 2, da CRA, devendo, cumulativamente verificar-se a: i. perpetração de crime doloso punível com pena de prisão superior a um ano; ii. forte suspeita da prática do crime pelo arguido; iii. inadmissibilidade de liberdade provisória ou insuficiência desta para a realização dos seus fins, artigo 291º do CPP. Para além disso, dispõe o nº 2 do citado artigo que é autorizada a prisão preventiva fora de flagrante delito quando o arguido, em liberdade provisória, não cumpra as condições a que ela ficar subordinada.

O § 1º do artigo 291º do CPP dispõe que “só há forte suspeita da prática da infracção quando se encontre comprovada a sua existência e se verifiquem indícios suficientes da sua imputação ao arguido, **sendo ilegal a captura destinada a obter estes indícios**”, (o sublinhado é nosso).

Como se pode constatar a lei limita-se a qualificar como ilegal a captura destinada a obter indícios criminais, traduzindo um critério indeterminado, uma vez que fica por indicar quais em concreto as situações que podem cair no âmbito da proibição. Assim sendo, esta é uma matéria que carece de ser densificada pela jurisprudência dos Tribunais, mormente o Tribunal Constitucional.

Em Angola, a inadmissibilidade da liberdade provisória fora do flagrante delito, do qual resulta a captura do arguido é autorizada nos seguintes casos: **i.** nos crimes puníveis com as penas superiores a 8 anos; **ii.** nos crimes dolosos puníveis com pena de prisão superior a um ano cometidos por reincidentes, vadios ou equiparados; **iii.** quando não são suficientes as medidas de liberdade provisória, ou seja, quando haja comprovado receio de fuga e quando haja comprovado perigo de perturbação da instrução do processo mantendo-se o arguido em liberdade (§ 2º do artigo 291º do CPP).

De referir, por outro lado, que a lei distingue entre prisão preventiva com ou sem culpa formada, constituindo uma matéria que passou a ser regulada por lei avulsa, lei 18-A/92 de 17 de Julho⁽⁵⁾ cuja importância é aferida para a contagem do prazo, em virtude de a lei impor limites temporais em qualquer das situações. O cumprimento dos limites temporais impostos por lei tem dominado a jurisprudência do Tribunal Constitucional angolano.

Constata-se que a prisão preventiva fora do flagrante delito é uma constante com o argumento de o crime praticado não admitir caução em virtude de ser punido com pena de prisão maior. Portanto, a praxe aponta para a prevalência da prisão preventiva fora do flagrante delito com base num único pressuposto, apoiado simplesmente no facto do crime não admitir caução. Por outro lado, verifica-se que a prisão preventiva sem culpa formada padece, no geral, do mesmo vício que se apontou atrás para as situações de prisão preventiva fora de flagrante delito, porquanto faz-se recurso ao mesmo argumento.

Como é bem de ver esse procedimento dificilmente pode ter em conta as inúmeras situações hoje tratadas diferentemente pelo direito processual penal em obediência ao Estado constitucional ligadas aos direitos dos arguidos; à regularidade da prova; aos princípios estruturantes decorrentes do Estado democrático de direito; à celeridade processual compatível com as garantias de defesa; ao juiz de instrução ou juiz das garantias e aos direitos, liberdades e garantias fundamentais consagrados na CRA. Mas não apenas. Decorre ainda da problematização da questão emergir uma insuficiência no entendimento de que no âmbito das medidas cautelares aplicáveis no domínio penal deve-se privilegiar as menos gravosas,

(5) Prisão preventiva em instrução preparatória é a privação da liberdade de um arguido, ordenada ou efectuada para o colocar à disposição da entidade competente durante a fase de investigação criminal e instrução processual, até à notificação da acusação ou ao pedido de instrução contraditória pelo Ministério Público.

porquanto a aplicação rigorosa das mesmas não só permite vislumbrar o carácter subsidiário da prisão preventiva, como o seu uso conveniente garante igualmente um bom equilíbrio para o sistema de justiça penal. Por sua vez, o funcionamento da justiça penal dá uma maior segurança à ordem jurídica e aos direitos individuais do arguido, factores que são de capital importância para o interesse público.

Por outro lado, é mister ter em conta que o uso correcto das medidas cautelares, segundo o princípio penal de direito de última ratio tem implicações a nível da administração da justiça penal, por privilegiar as medidas não detentivas em detrimento das detentivas, pelo que colocando-se a necessidade de se densificar as situações em que a captura do arguido não seja considerada ilegal, por se destinar a obter indícios para a imputação do crime ao arguido, deveria conduzir a resultados práticos diferentes dos que se verificam que se traduziriam num número reduzido de casos de prisão preventiva.

O contrário leva, a conclusão de que, a maior parte das vezes, há deturação dos fins da prisão preventiva, uma vez que se lida sistematicamente com o critério legal fornecido de forma muito subjectiva, arbitrária e especulativa, como se os meios justificassem os fins.

Quanto a prisão preventiva em flagrante delito, esta se tem apresentado de forma menos perversa e conturbada, independentemente da natureza do crime, por constituir prova bastante da infracção e da sua imputação ao arguido incluindo a comprovação dos requisitos que definem a sua autoria.

Nos termos do disposto no artigo 286º do CPP, a prisão preventiva em flagrante delito só pode ser autorizada: 1) quando corresponda pena de prisão, caso em que as autoridades ou agentes de autoridade devem proceder a detenção, podendo, ainda, qualquer pessoa do povo prender os infractores; 2) por crime doloso a que caiba pena de prisão superior a um ano e verificar-se cumulativamente forte suspeita da prática do crime pelo arguido e o crime não admitir a liberdade provisória ou se manifeste insuficiente esta medida para a realização dos seus fins, pelo não cumprimento de obrigações a que ficar subordinada a liberdade provisória ou quando o arguido que se encontrar em liberdade provisória mediante caução continuar a actividade criminosa pela qual é arguido, e bem assim aquele que faltar às obrigações impostas que consistem na prova da identidade. Trata-se da declaração da residência e comparência em juízo, quando a lei o exija ou quando sejam devidamente notificados por ordem de magistrado competente.

O Código de Processo Penal angolano define flagrante delito como sendo todo o facto punível que se está cometendo ou que se acabou de cometer. Reputa-se também flagrante delito o caso em que o infractor é, logo após a infracção, perseguido por qualquer pessoa, ou foi encontrado a seguir à prática da infracção com objectos ou sinais que mostrem claramente que a cometeu ou nela participou.⁽⁶⁾

Demonstra-se, assim, por tudo que foi exposto que a prisão preventiva em Angola regista uma prática que evidencia uma realidade fora do quadro constitucional e legal. O efeito jurídico que decorre dessa conjuntura é a inversão do quadro constitucional existente, ou seja, o critério não é fixado em função dos valores estabelecidos na Constituição e concretizados pela lei, dando lugar a estrangulamentos.

A consequência imediata é um panorama perverso cheio de contradições, desfasamentos e disfunções não apenas em relação à Constituição e ao sistema jurídico, mas também à própria ordem pública, porquanto dá lugar a:

- Transformação da prisão preventiva, enquanto medida cautelar, numa pré-decisão, consequentemente introduz uma confusão entre os dois conceitos o que põe em causa a tutela efectiva estatal dos direitos fundamentais;
- Inoperância do princípio da presunção de inocência;
- Aumento incontrolável da população prisional, sobrelocação das cadeias.

Um dado mencionado numa obra que faz anotações à Lei da Prisão Preventiva e Legislação Complementar revela que no ano da sua publicação, em 2007, a Procuradoria-geral da República de Angola havia mandado libertar 3000 reclusos por se ter excedido o prazo de prisão preventiva legalmente previsto.

Os mapas que se apresenta sintetizam dados recolhidos da Procuradoria-geral da República de Janeiro a Setembro de 2013 em todo o país e demonstram a dimensão do estrangulamento existente, se tivermos em conta o número de casos formalizados, as solturas e os processos julgados, deixando, lamentavelmente, a ideia de que a prática de prender para investigar é a regra no meu país. Por outro lado, é manifesta a falta de cultura jusconstitucional por parte dos operadores da justiça o que impossibilita uma pré-compreensão sobre os fins da prisão preventiva no actual Estado direito.

(6) Ver definição dada pelo artigo 288º do CPP.

TABLA 1.

Meses	Movimento de detidos									Processos Existentes					
	Proc. Entra	Arguidos P	Proc. Despa	Arg. Manti	Arg. Soltos	Apresentados fora de prazo									
						SME	DPIC	P.E.							
Janeiro	2787	3662	2787	2057	1605	7	190	2	716	2018	2734				
Fevereiro	3454	4480	3454	2494	1986	88	161	28	610	3140	3750				
Março	3671	3630	3671	1831	1799	2	180	12	947	3071	4018				
Abril	5055	5681	5034	2936	2745	6	96	5	575	3359	3934				
Maio	3989	5104	3989	2721	2383	0	184	3	608	2916	3524				
Junho	3654	3706	3654	1301	2405	1	149	3	603	3009	3612				
Julho	3718	4293	3718	2027	2266	0	145	3	634	2854	3488				
Agosto	3992	4637	3992	2188	2449	0	164	4	773	3367	4140				
Setembro	2593	3343	2593	1759	1584	0	131	0	719	2946	3665				
Total	32.913	38.536	32.892	19.314	19.222	104	1400	60	6185	26.680	32.865				

De um total de 32.913 processos formalizados regista-se um número de 38.536 de arguidos presos, assinalando-se um excedente 5623 detidos sem processo. Dos 38.536 arguidos presos 19.314 foram mantidos, o que corresponde a (50,10%), aproximadamente a 50% e 19.222 foram soltos, corresponde a (49,90%), igualmente aproximadamente a 50%.

TABLA 2.

Movimento processual criminal														
Proc. Introduzidos em Juízo					Abstenções					Transitados p				
Q	P.C	Promoções sumárias	Total	Arg	Melhor prova	Total	Devolvidos á	Transferidos	Total Proc. Sa	Transitados p	Assistência judgamentos	D.P.	R. Inter.	Dec. Finais
423	259	651	1333	76	14	90	384	254	2061	673	1010	0	1	56
580	389	908	1877	49	19	68	444	329	2718	1032	1049	18	0	30
717	464	1213	2349	206	48	254	419	382	3449	569	1415	26	0	46
663	467	1211	2341	95	68	163	525	301	3330	604	1610	12	0	78
640	460	801	1901	98	57	155	485	260	2801	723	1701	4	2	71
650	440	1079	2169	92	47	139	513	220	3041	601	1597	4	1	58
575	492	1081	2148	76	29	105	503	176	2932	557	1533	5	1	58
679	473	1143	2295	94	41	135	615	217	3262	878	1654	2	84	0
680	449	874	2003	122	60	182	444	234	2863	802	1476	4	80	0
5607	3893	8961	18.461	908	383	1291	4332	2373	26.457	6439	13.045	75	169	397

Do movimento processual, dos vários processos de querela, polícia correcional e promoções sumárias introduzidos em juízo totalizando 18.461 processos, 908 processos foram arquivados (4,90%), aproximadamente 5%, e 383 ficaram dependentes de melhor prova (2,10%), aproximadamente 2%. No total apura-se que dos 18.461 processos introduzidos em juízo o Ministério Público absteve-se de acusar em 1291 processos o que equivale a aproximadamente 7% dos casos.

Podemos, pois, resumir o essencial dos dois mapas no seguinte:

- a. Para 32.913 processos registados há 38.536 detidos, registando-se um excedente de 5623 detidos sem processo.
- b. Para 32.913 processos registados 18.461 foram introduzidos em juízo, perfazendo 14.452 processos que ficam de fora.
- c. Dos 18.461 processos introduzidos em juízo chegaram ao julgamento 13.045, perfazendo uma diferença de 5416 processos que não prosseguiram até julgamento.
- d. Dos 32.913 processos registados inicialmente chegaram à fase de julgamento 13.045, perfazendo uma percentagem de (39,63%) aproximadamente 40% de processos que chegam até à fase final do processo.

Caros participantes, estaria incompleta esta apresentação se não nos referíssemos a outra parte da questão que tem que ver com o argumento, muito vulgar em Angola, vista na perspectiva da vítima. Defende-se a este propósito que o Estado democrático de direito necessita de uma ponderação de interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade como sejam o da liberdade do cidadão e o do funcionamento da justiça, da segurança e tranquilidade da própria sociedade, ou seja, da ordem pública. Assim sendo a prisão preventiva apesar de privar a liberdade individual antes da condenação transitada em julgado, uma vez que a mesma é praticada com fins processuais, deve constituir um mal necessário para a segurança dos outros cidadãos, bem assim como serve de garantia da efectivação da justiça por indicar uma máxima dureza estatal no combate ao crime, o que dá segurança não apenas às vítimas como à sociedade.

De facto, é preciso não correr o risco de condicionar ou reduzir a justiça penal apenas aos direitos dos arguidos sob pena de não se conseguir o equilíbrio necessário à efectividade do sistema criminal, enquanto ordem normativa que invade necessariamente a esfera mais restrita dos chamados direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Mas, justamente, por isso, deve-se pugnar por uma justiça criminal que assegure a intensidade

da relação que se estabelece entre o processo penal e a Constituição, por quanto reclama por uma maior atenção devido as implicações na ordem jurídica decorrentes não apenas de questões de política criminal como da necessidade de se assegurar a própria força normativa da Constituição.

Só através de um equilíbrio entre a função punitiva do Estado e o respeito pelos direitos fundamentais, assegurando a tutela efectiva expressamente consagrada na Constituição angolana através de várias enunciações normativas, é possível atender, com solidez, às necessidades cada vez mais prementes da sociedade angolana actual, que consagra o Estado democrático de direito, baseia-se na dignidade da pessoa humana e enaltece o ideal republicano.

Acontece que a democracia plural alicerçada no princípio do Estado de direito impõe rápidas transformações que, por sua vez, reclamam por protecção da confiança por parte do Estado, para assegurar e garantir aos cidadãos o respeito pelos seus direitos, bem assim como dá maior robustez ao sistema. O contrário acarreta um sentimento de absoluta frustração e justa revolta que põe em causa, em última análise, a consolidação do Estado de Direito, o mesmo princípio invocado para a salvaguarda e coerência do sistema jurídico-político, mormente o sistema penal.

O que se pretende é atender que a prisão preventiva, na sua configuração jurídica e alcance doutrinário, foi evoluindo ao longo da história, tendo hodiernamente uma função estritamente processual e num contexto garantístico do Estado democrático de direito que estabelece uma pauta de direitos fundamentais que pressupõe garantia de respeito e protecção da parte do Estado.

Por conseguinte a prisão preventiva deve ser entendida como uma medida cautelar aplicada com a finalidade de prevenir a eficácia do processo criminal nos casos em que forem inadequadas ou insuficientes outras medidas menos gravosas e desde que se verifiquem certos requisitos susceptíveis de prejudicar o bom termo da instrução do processo legalmente previsto num contexto contemporâneo do sistema penal.

Assim sendo, ao lado da percepção jurídica da prisão preventiva impõe-se uma visão histórica e política que facilite a compreensão do conjunto dos institutos do sistema penal, sendo, por isso, necessário atender que o direito processual penal num Estado democrático de direito difere completamente da do Estado autoritário. Se por um lado urge considerar a importância do perigo que o crime representa, não menos importante é,

atender, por outro lado, o modo, o procedere, o meio, o caminho, o iter com que podemos alcançar o sentido da responsabilidade penal daqueles que praticaram um crime.⁽⁷⁾

1. O Estado da Jurisprudência proferida pelo Tribunal Constitucional Angolano

A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a prisão preventiva tem sido proferida em sede de recurso extraordinário de inconstitucionalidade⁽⁸⁾ e vai no sentido de considerar os limites que se apresentam à mesma não se circunscrevem à dosimetria penal. Ao invés, atende à suficiência ou não da liberdade provisória para realização dos fins determinados pelo processo penal na perspectiva do Estado democrático de direito.

Destarte, num primeiro momento o destaque foi dado aos limites temporais, salientando o Tribunal Constitucional angolano que, em obediência ao disposto na Constituição, mesmo nos casos em que a lei não admite liberdade provisória, ainda assim, a prisão preventiva, em flagrante delito ou fora do flagrante delito, com ou sem culpa formada, está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.

Nesta senda o Tribunal Constitucional considerou incompatível com o nº 1 do artigo 66º da CRA e consequentemente fixou a interpretação a fazer do sentido constante do artigo 10º, nº 2, alínea a) da Lei da Prisão Preventiva que considera inadmissível a liberdade provisória em caso da condenação abstracta corresponder à pena de prisão maior. Para o efeito o Tribunal Constitucional estabeleceu que, nos termos do citado artigo da Constituição, não pode haver penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.⁽⁹⁾ Assim sendo, independentemente de ao crime caber pena de prisão

(7) Veja alerta José de Faria e Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, Coimbra: Editora, 3ª edição.

(8) O recurso extraordinário de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional é interposto das sentenças dos demais tribunais que contenham fundamentos de direito e decisões que contrariem princípios, direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição após o esgotamento nos tribunais comuns e demais tribunais, dos recursos ordinários legalmente previstos. Cabem ainda dentro deste recurso os actos administrativos definitivos e executórios que contrariam princípios, direitos, liberdades e garantias previstas na Constituição.

(9) Vide Acórdãos 121/2010; 124/2011 e 312/2013 disponíveis [em linha] www.tribunalconstitucional.ao

maior que não admite liberdade provisória,⁽¹⁰⁾ se estiverem esgotados os prazos de prisão preventiva dá lugar a soltura do arguido.

Num segundo momento, o Tribunal Constitucional decidiu- num processo em que se colocava um conflito directo entre a ordem pública e a liberdade de um indivíduo integrado num grupo que indicava uma organização criminosa-manter a prisão preventiva do Recorrente da providência do habeas corpus, por a mesma se justificar naquele caso concreto, em virtude do arguido se encontrar em associação com outros, terem sido denunciados de agressão e morte de indivíduos de outra organização criminosa e terem provocado distúrbios de forma ostensiva, em retaliação, agredindo, inclusive, terceiros. Isto foi apreciado pelo Tribunal Constitucional não apenas como uma continuação da actividade criminosa, como também uma acção susceptível de perturbar a instrução do processo.

Há claramente neste segundo momento assinável da jurisprudência do Tribunal Constitucional angolano, em sede de recurso extraordinário de inconstitucionalidade em que se aprecia o direito à liberdade/prisão preventiva, o acolhimento do critério constitucional da necessidade, proporcionalidade e razoabilidade, como sendo a medida valorativa constitucionalmente válida e recomendável para restringir o direito à liberdade individual e, concomitantemente, justificar a aplicação da medida cautelar prisão preventiva.⁽¹¹⁾

É pois de concluir que a jurisprudência do Tribunal Constitucional angolano aponta claramente, no seu papel fiscalizador e de garante da Constituição, para a supremacia da Constituição consequentemente para a tutela do bem jurídico direito à liberdade individual.

O sentido firmado pelo Tribunal Constitucional tem em conta que tendo Angola consagrado o Estado democrático de direito, e basear-se enquanto República soberana e independente na dignidade da pessoa humana, está obrigada a tratar até mesmo os criminosos, e por maioria de razão os simples arguidos, como sujeitos de direitos e não como meros objectos processuais.

Decorre da compreensão do Tribunal Constitucional que os diversos servidores do poder público ajam de acordo com os princípios da lei suprema, com consequências para a preponderância da liberdade provisória realçando, desta feita, o carácter subsidiário da prisão preventiva no contexto

(10) Nos termos do que dispõe o artigo 291º do Código de Processo Penal são os crimes puníveis com pena de prisão maior superior a 8 anos de prisão.

(11) Acórdão nº 315/2013.

da ordem jurídica angolana. É neste teor que o Tribunal Constitucional angolano reafirmou o carácter inalienável e de trunfos dos direitos fundamentais em Estado de democrático de direito do qual é guardião.

2. Em Conclusão

Importa salientar, que efectivamente, o processo penal e o direito processual penal constituem, no Estado democrático de direito, uma estrutura legal de equilíbrio entre o direito de punir do Estado e o direito dos indivíduos à liberdade e à segurança, pelo que devem os decisores judiciais e jurisdicionais assegurar esse sentido.

O legislador e os diversos decisores legais em matéria de prisão preventiva devem tratar a questão como uma solução legal e excepcional, atendendo os problemas específicos e delicados que comporta, confrontá-los com os valores que concretamente devem ser salvaguardados. Para tal é mister considerar que a prisão preventiva, na sua configuração legal, específica e dimensional, tem estado a sofrer evoluções históricas pelo que se impõe, na fase de construção do Estado democrático de direito, o imperativo de existir compatibilidade entre os seus ideais, devendo-se primar por um critério de eficiência e efectividade do direito.

Partindo-se do disposto na Constituição angolana, em matéria de prisão preventiva, impõe-se conciliar o que à partida parece inconciliável: a liberdade, os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos com a necessidade de segurança da sociedade,⁽¹²⁾ e com isso assegurar-se a adequação da praxe ao quadro jusconstitucional, bem assim como pugnar por um sistema penal apoiado em políticas criminais decorrentes da multidisciplinaridade social.

É nosso entendimento que a ordem pública não deve ser garantida à custa da negação ou da limitação dos direitos fundamentais, nos quais se inclui os direitos de defesa e garantias dos arguidos, em obediência aos princípios estruturantes que conformam o Estado democrático de Direito. Ora, isto dá à estampa a necessidade de se apelar também para um critério de ordem civilizacional.

Muito obrigada pela vossa atenção.



(12) Veja alertam os Mestres ROMÃO, Pedro e MACEDO, Fernando, em Anotações à Lei da Prisão Preventiva e Legislação Complementar, Edições Almedina, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

Acórdãos do Tribunal Constitucional da República de Angola.

Código de Processo Penal Angolano, Anotado e Comentado, de Manuel Lopes Maia Gonçalves.

Código de Processo Penal Português, de Maria João Antunes.

Constituição da República de Angola.

COSTA, JOSÉ DE FARIA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra, Editora, 3^a Edição.

Dados estatísticos da Procuradoria-geral da República.

Lei N° 18-A/92 de 17 de Julho, Lei da Prisão Preventiva em Instrução Preparatória.

ROCHA, JOÃO LUIS DE MORAES, *Ordem Pública e Liberdade Individual, um estudo sobre a prisão preventiva*.

ROMÃO, PEDRO E MACEDO, FERNANDO, *Anotações à Lei da Prisão Preventiva e Legislação Complementar*, Editora Almedina.



ROBERTO SANTANA⁽¹⁾



Estoy a cargo del Centro de Excelencia. En términos generales, se trata de un centro regional de Naciones Unidas cuyo objetivo es promover la reforma penitenciaria. Se encarga de acompañar a los países en la promoción de la reforma identificando las oportunidades del fortalecimiento institucional, ayudando a la coordinación entre las instituciones estatales vinculadas a ella y haciendo acopio de las experiencias de los sistemas penitenciarios de la región para contribuir con el intercambio al mejoramiento de todos.

Este Centro de Excelencia cuenta con el acompañamiento y asesoría del ILANUD, dirigido por nuestro maestro Elías Carranza. Ha sido instalado en la República Dominicana a partir de un proceso que ha tenido algún resultado en los últimos nueve años en la implementación de una reforma penitenciaria para el seguimiento, las inspecciones de Naciones Unidas y la tutoría moral de especialistas penitenciarios del mundo como Andrew Coyle, Vivien Stern, el profesor E. Raúl Zaffaroni, Elías Carranza y otros argentinos, como Juan Carlos Domínguez, cuya presencia aprecio. Me honra hablar de la preocupación por el tema de las penas en un auditorio donde se encuentran él y muchas otras distinguidas personalidades.

Voy a hablarles de prisión preventiva, algunas de sus características cual y cuantitativas. Intentaré agotar una parte de esas preocupaciones en la historia de la prisionización, qué dice la normativa internacional, los derechos

(1) Polítólogo. Profesor de las Cátedras de Desarrollo Político, Ciencias Políticas, Historia de las Ideas Políticas y Filosofía de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD, República Dominicana). Profesor del Instituto Militar de Estudios Superiores. Presidente y profesor del Instituto Dominicano de Capacitación de Empresas (INDOCADE). Director de Planificación y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Rector de la UASD. Vicepresidente de la Unión de Universidades de América Latina (UDUAL). Asesor del Procurador General de la República y Fundador del Departamento de Prevención de Corrupción Administrativa. Director de la Escuela Nacional Penitenciaria (ENAP).

humanos y los derechos fundamentales, problemas y soluciones, derechos y deberes en la prisión preventiva y tipos de establecimiento de la prisión preventiva. Es decir, voy a tratar de expresar algunas conclusiones, que no resulten aburridas ya que es un tema que no se podría satisfacer en tan solo una conferencia.

El modelo penitenciario de la República Dominicana se inició fortuitamente cuando, a fines de los años 80 y principios de los 90, el profesor Zaffaroni participó en unos cursos de criminología en nuestra Universidad. Poco a poco se fue constituyendo un grupo de personas preocupadas por estos temas. Cuando el tiempo pasó, el Estado nos llamó y nos dijo: "miren, queremos trabajar en el tema de las prisiones, tú Roberto, que has estado tantas veces, tú podrías ayudarnos en eso". Yo dije que sí, que podía ayudar. Y junto a expertos en la temática, como el señor Andrew Coyle, Vivien Stern, E. Raúl Zaffaroni, Elías Carranza, Elio Gomez Grillo y otros tantos comenzamos a trabajar en la reforma penitenciaria.

Entonces, como yo era maestro, propuse comenzar con el modelo penitenciario desde la escuela, la escuela penitenciaria, el lugar donde se piensa la reforma haciendo acopio de todas las teorías y relevando la realidad local. A partir de ahí se comenzó a armar una currícula, se formó el personal, y se trabajó en lo que es la construcción de un modelo.

¿Qué pasa con la prisión preventiva? Pues bien, en los centros de privación de libertad solo hay dos categorías: condenados y preventivos. Por lo tanto, si un centro de privación de libertad no funciona o no sirve, no significa que no sirve para los condenados y es bueno para los preventivos. Lo que no sirve, simplemente no sirve. Ni para los condenados ni para los preventivos. Y un centro de privación de libertad que funciona de acuerdo con determinados parámetros humanos, estándares de desempeño adecuado; si sirve, sirve para los condenados y también para los preventivos. Solo se trata de colocar a cada cual en su lugar.

En esa escuela (penitenciaria), cuando discutimos sobre el tema, nos dimos cuenta de que el modelo penitenciario en nuestro país, y en la región, no podía seguir siendo un modelo policial. No podía seguir siendo un modelo militar. Tampoco podía seguir siendo un modelo empresarial. Las prisiones no son una empresa y los prisioneros no son una mercancía. Allí viven seres humanos. En consecuencia, no debían seguir trabajando en estos establecimientos ni gerentes, ni capataces, ni militares, ni policías, sino educadores. Y, por lo tanto, un establecimiento penitenciario debía

ayudar a las personas a llevar su vida, ayudar a mejorarla y regresar de una manera óptima a la sociedad mediante un acompañamiento educativo. Este es un trabajo de educadores.

Entonces, ¿qué tipo de ambiente debería ser una prisión? Pues si, dijimos, no puede ser ni un recinto de militares ni de policías, tiene que ser lo más parecido a una escuela posible.

La República Dominicana tiene hoy 17 Centros con alojamiento, lugares para dormir, lugares separados para comer, lugares separados para educarse, lugares separados para recibir a sus familias, etc.; tanto en un plano normal como en un plano íntimo, como es el caso de los niños.

Esos establecimientos son inspeccionados por Naciones Unidas y los derechos humanos de nuestro país antes y después de abrirlas. Hacen visitas que, a veces, resultan un poco costosas porque los observadores, por supuesto, marcan sus objeciones, y debemos atenderlas. Pero necesitamos esa presencia moral porque nos ayuda a que, precisamente, el Centro de Excelencia de Naciones Unidas funcione para ayudar a promover las buenas prácticas en materia penitenciaria.

Las cárceles del mundo en general son violentas. Tenemos alrededor de 11 millones de personas privadas de libertad. Más o menos la mitad son preventivas. Gracias a que nuestros establecimientos están diseñados como establecimientos educativos en el que hay un acompañamiento y todo el personal tiene que pasar previamente por la escuela —desde el que hace la labor de seguridad hasta el médico; el encargado de otras labores administrativas, la cocinera o el cocinero, el chofer, todos tienen que pasar por la escuela previamente y entrar por concurso, no porque son amigos de un político o de un cura. Hemos logrado un ambiente de paz. Y, debido a que se controla la corrupción mediante una serie de actividades obligatorias inducidas —no obligadas por el garrote—, no circula el dinero.

En cuanto a la alfabetización, se ha demostrado que, luego de seis meses, no tenemos analfabetos. Pero no es porque con un palo les decimos que se tienen que educar. Es porque los inducimos, los acompañamos, los ayudamos. La prisión es un caso extremo, y los que están ahí son el extremo de la inequidad social en el mundo. Y mi país es una de las expresiones de la inequidad social en el mundo. Entonces, a esas personas hay que acompañarlas. Y hay que acompañarlas amablemente.

Este proceso ha ido de la mano de organismos internacionales a través de eventos regulares, específicamente por un Foro internacional de expertos penitenciarios. Lo hacemos cada año como una forma de actualizarnos, para no oxidarnos, no quedarnos atrás ni dejarnos avasallar por los poderes fácticos que solo quieren resultados en el momento, y resultados conectados con cuestiones electorales.

La filosofía de la prisionización, la jerarquía de la prisión en el control social como complemento de la inequidad: es más eficiente la prisión en el contexto de la exclusión social; es decir, a mayor inequidad, más necesarias son las prisiones. Entendemos que el control social se ejerce de manera desparramada en las sociedades inequitativas y, cuando ese control difuso se agota, entonces hay que recurrir efectivamente a lo que el profesor Zaffaroni refleja claramente cuando explica la selección criminalizante, hasta la estigmatización de los barrios y de la juventud en los barrios. Lamentablemente, esas personas llegan a la prisión. Primero seleccionados como presos preventivos. No saben cuándo van a salir, solo saben que se van a reunir con todo tipo de delincuentes. Y lo más probable es que una persona que entra primariamente por cualquier delito —un delito famélico, un delito de subsistencia— salga perfeccionado en el camino de la violencia por las vivencias que ha tenido que pasar dentro de la prisión.

La industria de la prisión

En una sociedad de mercado, el preso es una mercancía de la economía formal y de la informal. En el caso específico de los vientos de privatización de cárceles, que han tenido resultados desastrosos en el mundo, en todo el mundo, empezando por los Estados Unidos, y siguiendo por acá, por varios países de Sudamérica; precisamente de lo que se trata con las cárceles privadas no es de resolver más eficientemente lo que el estado no resuelve; sino de obtener pingües ganancias por un nuevo nicho de mercado en un contexto en el que en la actualidad, por ejemplo en los Estados Unidos, las empresas privadas encargadas de administrar prisiones, de construir prisiones, ahora mismo cotizan en la bolsa con una de la más alta rentabilidad. Y, en este momento, entre la inversión federal y la inversión estatal, en Estados Unidos se está invirtiendo más dinero en prisiones que en el programa espacial. Esto no se debe a la preocupación por los privados de la libertad, sino a la preocupación o el interés por el

dinero que está generando la industria de la prisión —de hecho las estadísticas del estado más populoso de los Estados Unidos, California, el año pasado dieron por resultado el 76% de reincidencia—. Ese es el resultado de la visión privada, de la visión empresarial o privatizadora del tema penitenciario.

Y se dirá que ese es tema de las empresas privadas. Pero ¿las que son estatales? No. Son mentidamente estatales. En general, las prisiones del mundo no son controladas por los estados, las controlan bandas y un grupo de funcionarios corruptos. Entonces, no son del estado tampoco. Me estoy refiriendo a la economía informal, al juego de gallo, al casino, casas de cambio, trata de personas. Es una polución de funcionarios penitenciarios y grandes bandas. Esas tampoco son estatales. Pertenecen al delito, son centros en manos de delincuentes y de funcionarios corruptos.

Nosotros abogamos, en consecuencia, porque haya un modelo realmente estatal y comunitario. La comunidad debe participar y ayudar a controlar al estado y a los políticos. Y en un esquema de transparencia se debe garantizar que la comunidad asista, intervenga y acompañe, no solamente la fase de la prisión, sino la fase postpenitenciaria. Porque todos los prisioneros, cuando terminan su prisión, van para la calle y ¿quiénes los van a recibir?

¿Nos preocupa o no nos preocupa lo que hagan cuando esas personas salgan? ¿Nos preocupa o no nos preocupa lo que suceda cuando esas personas salgan a la calle? Si nos preocupa, debemos trabajar como comunidad para que esas prisiones sean lugares de cambio, sean lugares amigables, sean lugares decentes, y estar preparados a la vez para recibirlas en la calle cuando regresen? Entendemos que sí.

La prisión como alternativa

Al abordar la sanción penal se habla equivocadamente, muchas veces, de las alternativas a la prisión. Nosotros creemos que es exactamente al revés. La prisión es la alternativa a otras sanciones penales. Lo lógico y lo normal es que la persona cumpla su pena en libertad. O bajo algún tipo de vigilancia o restricción. En última instancia, si no hay ninguna otra opción, se recurre a la prisión; como el cáncer a la quimioterapia, sabiendo que hace un daño terrible pero que hay que aplicarlo. Entonces, no son las medidas alternativas a la prisión. No. La prisión es la alternativa, por cierto una alternativa dolorosa y de dudosos resultados, de acuerdo con las situaciones que tenemos en el mundo. Pero haciendo los intentos

adecuados, igual que ocurre en las familias, igual que ocurre en cualquier ámbito; aun en las prisiones se puede lograr un buen trabajo.

La gestión con antelación al juicio: Una parte de la prisión preventiva que debe evitarse se puede resolver perfectamente en el caso. Es un intento que se ha estado haciendo en Puerto Rico y en República Dominicana. Se trata de evitar que la persona vaya a prisión a partir de mecanismos de garantía; incluso mecanismos del estado que se encarguen de hacer las investigaciones, de hacer las diligencias legales y de otro tipo.

Las características cuali-cuantitativas de la prisión preventiva son: los prisioneros son inocentes, por lo que tienen que estar en áreas especiales, distintas a las de los condenados; deben recibir una atención diferenciada, como oferta educativa, actividades remunerativas; la familia de las personas que caen en la prisión, al ser personas de bajos recursos, depende de lo que trabajen, por lo que hay que buscarles la manera de que tengan la oportunidad de seguir trabajando.

Tienen que ser distintos a los protocolos de los condenados. Tiene que haber una gestión paralela y preferiblemente un personal que paralelamente trabaje con los preventivos. Pero debemos dejar en claro que la premisa es que se encuentran en libertad.

La normativa internacional

Existe una panacea falsa alrededor de que lo mejor que existe es lo que está en los organismos internacionales. Relativamente es verdad, pero mucha de esa normativa puede seguir avanzando y, muchas veces, lo digo claramente, desde los países centrales se limita el avance de consignar los derechos en la normativa internacional. Específicamente con esta locura, con esta furia hipócrita de la lucha contra el terrorismo muchos países centrales están pidiendo que no se incrementen los derechos de los privados de libertad. Claro, si usted crea prisiones secretas en los Estados Unidos, en Europa y la base de Guantánamo y en unas normas de Naciones Unidas le dicen: "usted tiene que darle más derechos, y esto y esto a los privados de libertad", cuando está haciendo exactamente lo mismo, pues hará lo imposible para que eso no aparezca reflejado.

Entonces, lo que dice simplemente la normativa internacional no alcanza, más allá de la decisión de uno o de varios países, con el mayor peso específico de los organismos internacionales. En esta época, se refiere a la cautela,

a la ampliación de los derechos de las personas privadas de libertad. La ampliación de las prerrogativas del estado sobre los individuos y de los estados centrales sobre el resto de los estados son un tema delicado. Pero si los seres humanos en esta vida, a la luz de todos los controles y espionajes que hay en el mundo, nos pasamos la vida con la boca cosida, nunca vamos a salir adelante. Esa es la realidad.

Los problemas y las soluciones

Los problemas son que no hay separación de preventivos y de condenados. Y eso se puede resolver dentro de un mismo establecimiento o creando simplemente otro. En muchos países he visto megacárceles. Tuve el honor inmenso de acompañar a don Elías Carranza, por ejemplo, a Perú, y encontré una cárcel llamada Lurigancho. Era una cárcel tan compleja, tan perfecta, tan costosa, tan sublime que no sirvió. Y entonces, finalmente tuvieron los limeños y los peruanos que usarla al estilo latinoamericano. Frecuentemente nos están vendiendo unas panaceas, unas megacárceles para 10.000, para 20.000, unas súper cárceles de máxima seguridad. Todas son falsedades financieras.

Las prisiones tienen que ser preferiblemente chicas para que el personal se pueda encargar de los privados de libertad. Hay en Nueva York una cárcel llamada Red Rikers Island con una capacidad para 24.000 internos. ¿Cómo un psicólogo —o diez— va a trabajar con 24.000 privados de libertad? Está de por medio un interés pecuniario o un interés vengativo, cosas por el estilo.

Se habla de tipos de establecimientos para la prisión preventiva. Apareció una nueva noción. Ya no hay cárceles de máxima sino de súper máxima, después de las de súper máxima vendrá la de plus súper máxima, a un costo, naturalmente.

Entonces, nosotros decimos que esas son las categorizaciones y que debe tomarse de abajo hacia arriba. Concluyo con eso. Al momento de considerar la ejecución de la medida de privación de libertad, debe considerarse un orden de prioridad partiendo desde el establecimiento abierto y, si no se puede, llevarlo a un semiabierto. Las demás categorías; es decir, mínima, mediana y máxima, deben ir en ese orden, con las personas que se estime que indefectiblemente no deben permanecer en el medio libres.

En este panel ya se trató el tema. Hacía una observación crítica, muy correcta, sobre si primero apresar y después investigar. Esa es la línea: primero apresar y después ver si puede estar libre cuando debería ser exactamente al revés. Tiene que estar libre, y el sagradísimo, el sagrado derecho a su libertad, a su libre albedrío solo se puede vulnerar cuando hay una razón, un argumento, una situación que no deja definitivamente otra opción.

Muchas Gracias.



Genocidio y crímenes contra la humanidad



De izquierda a derecha: JOHN A. E. VERVAELE (Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Utrecht, Holanda, y del Colegio de Europa, Bélgica), DANIEL FEIERSTEIN (Presidente de la International Association of Genocide Scholars), ALEJANDRO ALAGIA (Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal en causas por violaciones a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado), CÉSAR LANDELINO FRANCO (Presidente de la Asociación Guatemalteca de Derecho del Trabajo, "Mario López Larrave". Integrante del Comité Ejecutivo de ALPEC) y moderador: CRISTIAN J. CABRAL (Secretario de Legal y Técnica de la UNLaM).

PRESENTACIÓN⁽¹⁾



Analizaré, a modo de introducción, las causas por las que el delito de genocidio ha pasado a formar parte de las portadas de los medios de comunicación. Los motivos por los que se ha transformado en un tema de actualidad, tan irritante y “politizado” para la opinión pública como lo pueden ser la eutanasia, el aborto, el acoso sexual o los malos tratos familiares.

La polémica pública generada alrededor de este delito inclusive ha reanudado la discusión jurídica, tanto entre positivistas e iusnaturalistas, como entre penalistas y criminólogos, sobre las necesarias excepciones al principio de territorialidad en cuanto al principio básico en relación a la vigencia espacial de las normas penales.

Por estas razones, me parece crucial llevar a cabo una reflexión serena y estrictamente jurídico-penal sobre este delito —tradicionalmente poco tratado por la doctrina debido a su escasa relevancia práctica—, que permita delinearla claramente y que ponga de relieve los problemas que presenta en la actualidad la tipificación de las conductas que con él se relacionan.

En este sentido, y por un lado, el jurista tiene la obligación de estar atento a las cuestiones de preeminencia jurídica que se ocasionan en la sociedad desde una perspectiva que busque el rigor técnico. Por el otro, a los especialistas en derecho penal les llama la atención el delito de genocidio por presentar una serie de características que lo distinguen como una figura singular.

(1) Por Cristian J. Cabral. Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminología. Secretario de Legal y Técnica de la (UNLaM). Profesor adjunto de Derecho Penal I, Parte General (UNLZ). Profesor titular de Derecho Penal II (UNLaM). Director de diversos proyectos de investigación, jurado actuante en diversos concursos académicos.

En primer lugar, no prescriben las penas impuestas por sentencia firme. La jurisprudencia de la Corte IDH en los casos "Barrios Altos", "Bulacio" y "Almonacid Arellano" y "Alban Cornejo", que fundan la imposibilidad de aplicar normas de prescripción, recurren a la regla de imprescriptibilidad en el derecho internacional general.

En cuanto a la vigencia espacial, frente a los delitos de genocidio rige el principio de universalidad o de justicia universal o mundial. Por ello cualquier acto calificado como genocidio es un hecho relevante para la sociedad y el Estado.

Esta excepción del principio de territorialidad es, precisamente, lo que ha hecho que el delito de genocidio haya pasado a ocupar las primeras páginas de los periódicos y que haya llamado la atención de los medios de comunicación.

Desde que se conceptualizó como tal, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el genocidio ha sido calificado como el crimen de los crímenes, como el delito más aberrante, pues surgió con los terribles hechos cometidos por los nazis contra los judíos y el resto de las minorías que consideraban de nivel inferior a la raza aria.

Sin embargo, aun siendo las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial conscientes de lo inabarcable de la culpa de los principales representantes y autoridades del Tercer Reich, no fue nada fácil el establecimiento de criterios para determinar la responsabilidad de los culpables por lo acontecido bajo el régimen nazi. Es así como, en los juicios de Nuremberg, el delito de genocidio no estaba entre los cargos que se imputaban a los acusados.

Fue en 1948 cuando en el seno de la ONU se promulgó el Convenio para la Sanción y Prevención del Genocidio, configurándolo así como el delito de mayor gravedad en el ámbito de la lesión de los derechos humanos.

Sin embargo, no resulta sencilla la aplicación de este delito a los hechos que normalmente podrían ser calificados de genocidios.

Son varios los problemas que se han destacado en la configuración de la figura delictiva: a) ¿debe restringirse a actos cometidos contra ciertas categorías de víctimas?;⁽²⁾ b) el *actus reus* del delito ¿está limitado al asesinato

(2) El caso de la persecución a grupos políticos es, quizás, el más espinoso ejemplo. Sobre esta cuestión giró la discusión jurídica en el caso Pinochet.

o incluye las torturas y/o la destrucción cultural?; c) ¿está incluida la limpieza étnica? y d) también ha suscitado controversia la cuestión numérica: ¿cuántas víctimas deben producirse para hablar de genocidio?

Estos problemas han surgido tanto en la aplicación del Convenio de 1948 como del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, donde también se recoge el delito de genocidio.

Concretamente, esos problemas están relacionados con los requisitos de conocimiento, participación e intención de participación en el genocidio. Es decir, siguiendo a González Lagier, según el sentido y el alcance; entendida como acción intencional dirigida a fines.

Las acciones se dirigen a un fin. Tienen un objetivo. En ellas intervienen deseos y creencias acerca de cómo satisfacerlos. En algunos casos, el carácter intencional de estas acciones es más evidente, porque son el resultado de una decisión razonada.

Existen distintos grupos de perpetradores —la mayoría de ellos extraídos del Holocausto—, clasificados según la forma de accionar respecto de su fin:

- a. **Los perpetradores absolutos:** son todos aquellos que participaron de forma directa con conocimiento de causa y con plena intencionalidad en el Holocausto. Desde los que dieron las órdenes para llevar a cabo la Solución Final hasta los ejecutores en los *Einsatzgruppen* o los campos de concentración; pasando por los cuadros intermedios que se ocupaban de trasladar las órdenes de los superiores, a los ejecutores.
- b. **Los perpetradores sin intención:** son aquellos individuos que sabían que con sus acciones —u omisiones— colaboraban en la matanza de individuos, pero carecían de la intención de llevarlas a cabo. Algunos lo hacían por temor a la coacción, otros por desidia o inercia. La falta de colaboración en las acciones que se les exigía hubiera supuesto para ellos o para su familia algún tipo de daño. Estaban en un dilema trágico y optaron por colaborar. En ciertas ocasiones, alegaban que con su acción se producirían daños menores; pues si se negaban, los superiores podrían colocar en tales puestos a otras personas con menos escrúpulos.
- c. **Los aceptantes pasivos:** en este grupo se encuentran los individuos que conocían la existencia de la Solución Final —incluso estaban a su favor—, pero su participación fue a través de omisiones o indirectamente. Eran los que aceptaban el régimen —entusiastas, en algunos casos—; pero que no actuaron directamente, no llevaron a cabo los actos genocidas típicos. Pensemos en una figura como Alfred Rosenberg, el ideólogo antisemita conocido como

"el filósofo". En cuanto a que podemos actuar conforme a un fin no deliberado previamente. Y, aún así, también estas acciones son intencionales. Pues queremos el fin y queremos la acción como un medio para conseguirlo. Estas acciones son el producto de un proceso de aprendizaje o del surgimiento de un hábito. Si retrocedemos en el tiempo, a lo largo de ese proceso, acabamos encontrando en su origen un esfuerzo para realizarlas y, probablemente, una decisión. No hace falta señalar la importancia que tiene la noción de intención en el derecho penal.

Un caso análogo, en el genocidio de Ruanda, fue el de los locutores de la Radio de las Mil Colinas, famosa por haber incitado virulentamente el odio contra los tutsis. Ninguno de estos individuos realizó materialmente los actos descritos como genocidio —asesinato, traslado forzoso de niños, tratos crueles, etc.—. Sin embargo, no solo conocían el alcance de sus actos sino que, además, tenían una intención profunda, reflexionada y bien definida de llevar a cabo un genocidio.

En un nivel distinto, es muy factible que durante el Holocausto muchos alemanes observaran de forma alegre y festiva lo que ocurría con los judíos bajo el dominio nazi; como sucedía al aplaudir cuando los arrancaban de sus casas o cuando iban camino a los campos de concentración y pasaban por sus calles.

Estos **espectadores** (*bystanders*) conocían lo que estaba ocurriendo en Alemania con los judíos pero permanecieron pasivos. Tampoco eran aceptantes. Su actitud ha sido descrita a través de muchos testimonios. Fue el grupo de individuos que se dieron la vuelta para no ver los crímenes y así no verse afectado por ellos.

Otro caso donde pudo visualizarse este tipo de aceptante entusiasta ocurrió en la ejecución de los hermanos Scholl.

En 1943, los hermanos Scholl, unos estudiantes católicos antinazis, fueron ejecutados por distribuir panfletos subversivos en Munich. En la mañana de su ejecución, Sophie Scholl dijo: "¿Qué importa nuestra muerte si con lo que hemos hecho se revuelven y despiertan millares?. Los estudiantes están destinados a rebelarse". Pero sus expectativas fueron completamente infundadas; pues nada de lo que predijo ocurrió. Más bien todo lo contrario. Esa misma noche hubo una gigantesca manifestación en apoyo a las ejecuciones, con centenares de estudiantes que gritaban y aplaudían al bedel de la universidad que había denunciado a Sophie Scholl y a su hermano.

Uno de estos relatos es el de Inge Deutschkron; en ese entonces, una niña judía sobreviviente oculta en Berlín que, cuando fue adulta, narró sus vivencias en aquellos tiempos de terror, y se refirió a la reacción de los berlineses cuando en sus casas o en plena calle los judíos eran detenidos y llevados presos: "La gente se detenía en la calle, se hablaban unos a otros al oído y luego seguían rápidamente su camino, a la seguridad de sus hogares, donde espiaban por las ventanas con las cortinas corridas para ver qué sucedía. Los ignorantes antinazis, muchos individuos que no cometieron actos de genocidio y que tampoco aceptaron el régimen nazi ni tuvieron intenciones genocidas alegaron que desconocían lo que estaba ocurriendo durante los años de la persecución a los judíos".⁽³⁾

Quien haya visto la película "Vencedores o vencidos", recordará la escena en la que el juez norteamericano (Spencer Tracy) le pregunta al matrimonio que lo sirve si conocía lo que ocurría con los judíos. La respuesta negativa no deja satisfecho al juez. Tampoco a los espectadores.

Son muchos los casos de este tipo relatados por los historiadores. Como antes señalaba, la discusión acerca de la responsabilidad de los alemanes ha vuelto a renacer en los últimos años a raíz del libro de Daniel Goldhagen, *Los verdugos voluntarios de Hitler*.⁽⁴⁾ Allí se sostiene la tesis de la responsabilidad general de los alemanes. Yves Ternon parece suscribir a esta tesis cuando señala: "Todos estuvieron implicados: los que sabían, los que veían, los que sospechaban, los que no querían saber, los que no sabían nada (...) El genocidio no es un espectáculo donde actores y espectadores son distintos".⁽⁵⁾

Otros autores tendieron a diluir o relativizar el papel de los perpetradores y los testigos o espectadores en el Holocausto. Tal disparidad en las interpretaciones suele repetirse cuando se observan otros genocidios, mostraron vergüenza ante la humillación que sufrían los judíos. Horwitz cuenta los sentimientos de una alemana ante lo que ocurría: "Se les obliga a cavar sus propias tumbas —susurra la gente—. Se les quita la ropa, los zapatos, la camisa. Se les manda desnudos a la muerte. El horror es tan increíble

(3) PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *El Holocausto y la responsabilidad: altruismo limitado y dilemas trágicos*, Universidad de Alicante, 2006

(4) GOLDHAGEN, DANIEL, *Los verdugos voluntarios de Hitler*, trad. de Jordi Fibla, Madrid, Taurus, 1997.

(5) TERNÓN, YVES, *El estado criminal: Los genocidios en el Siglo XX*, Barcelona, Ediciones Peñínsula, 1995, p. 155.

que la imaginación se niega a aceptar su realidad. Algo no funciona. Simplemente se deja de extraer cierta conclusión (...) Esa indiferencia es lo único que hace posible seguir viviendo. Darse cuenta de estas cosas es amargo y vergonzoso”.

La primera interpretación de la noción de genocidio enfatiza el elemento de la intención como una intención especial, con la consecuencia de que circumscribe, quizá en demasía, los límites de la responsabilidad. Como reacción, la interpretación basada en el conocimiento amplía tales límites mediante la reducción de la exigencia de intención. Por otra parte, la tercera interpretación tiene como estrategia argumentativa la reducción de la exigencia de participación en la comisión de los actos y deja intacta la exigencia de intención aunque esta pueda ser vista como colectiva.

Hacia el final de la guerra, las potencias vencedoras tomaron conciencia de la gravedad de los insospechados crímenes nazis. Por lo que, decidieron, no sin desavenencias y dificultades, enjuiciar a los principales dirigentes del Tercer Reich por los crímenes cometidos en la propia Alemania contra algunos de sus ciudadanos, y los realizados en los países conquistados. En este sentido, los juicios de Nuremberg constituyeron un hito en el desarrollo del Derecho Internacional. Con posterioridad también se llevaron a cabo juicios donde se trató de dilucidar la responsabilidad de simples ciudadanos que habían colaborado con el régimen.

En esa tarea de atribución de responsabilidades, la figura que cobró más importancia fue la de genocidio. Sin embargo, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional no se lo incluyó. Lo que hizo que las acusaciones giraran alrededor de los delitos de guerra, de agresión, de conspiración y los crímenes contra la humanidad.

No obstante, y debido particularmente a la obra de Rafael Lemkin,⁽⁶⁾ al poco tiempo se legislaría sobre esta nueva categoría de delito internacional —el delito de genocidio—. En efecto, en 1948 entró en vigor el Convenio sobre el Genocidio. Así, pues, la principal diferencia entre el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Convenio estriba en que el primero restringía su jurisdicción a los crímenes cometidos en conexión con las guerras de agresión llevadas a cabo por Alemania; mientras que el segundo establece el genocidio como un delito de derecho internacional con independencia de que haya sido cometido en tiempo de paz o de guerra.

(6) LEMKIN, RAFAEL, *El dominio del eje en la Europa Ocupada*, Bs. As., Prometeo, 2009.

A pesar de las deficiencias que se han destacado en la configuración de dicho delito en el Convenio de 1948, lo cierto es que progresivamente ha ido logrando más entidad y relevancia jurídica. Pero en lo que se refiere a la imposición efectiva, sin embargo, la comunidad internacional solo recientemente ha comenzado a realizar esfuerzos para conducir a los perpetradores de genocidio ante los tribunales. A partir de 1948, varios casos de genocidio no tuvieron una aplicación seria del Convenio. No obstante, este panorama parece estar cambiando. En 1993 y 1994, el Consejo de Seguridad de la ONU ejerció su poder de imposición para establecer tribunales internacionales penales *ad hoc*, encargados de la investigación y persecución de las violaciones de derecho penal internacional cometidas en la ex Yugoslavia y Ruanda. Dichos tribunales han dictado varias condenas por actos de genocidio.

Por otro lado, se ha creado el Tribunal Penal Internacional con el que la comunidad internacional ha realizado un paso crucial para erigir un cuerpo internacional estable y capaz de perseguir futuros actos de genocidio.

Sin embargo, a pesar de todos esos avances recientes y de que el convenio cumplirá en breve 50 años, la pregunta sobre qué es genocidio aún es difícil de responder.

La International Law Comission ha señalado que el delito de genocidio se caracteriza por: a) el requisito de la intención (*mens rea*) y, 2) el acto prohibido (*actus reus*).

La palabra genocidio fue inventada por Raphael Lemkin como un híbrido de dos raíces: *genos*, del griego clásico, que refiere a la idea de nación, raza o tribu; y el sufijo *cide* del latín, que remite a la noción de asesinato. Su objetivo era formular un concepto jurídico que diera cuenta de la destrucción de grupos humanos tal y como estaba sucediendo con los judíos a manos de los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. La obra donde expuso estas consideraciones fue publicada al poco tiempo de que empezara a saberse públicamente la existencia de campos de exterminio. Por ello la actuación genocida debe ser interpretada como parte de un plan global —normalmente de un gobierno o de una estructura organizada de poder— en el que participaron diversas personas organizadas de forma sistemática para hacer desaparecer total o parcialmente un determinado grupo humano.

Sólo desde esta perspectiva colectiva constituye la actuación del autor un medio objetivamente adecuado o idóneo para tal fin exterminador. La interpretación contraria, además, puede tener problemas desde el punto de

vista del tenor literal de los términos, ya que el término genocidio tiene el significado de "exterminio o eliminación sistemática de un grupo social".

Desde el punto de vista subjetivo, por tanto, el delito de genocidio no es un delito contra bienes jurídicos individuales acompañado de una intención o un propósito irreal o absolutamente inidóneo de acabar con el grupo nacional, étnico, racial o religioso al que pertenece la víctima. El dolo —como elemento subjetivo necesario para que exista un delito de genocidio— debe estar integrado por la existencia de conductas conocidas similares que posibilitan la destrucción total o parcial, de un grupo nacional, étnico, racial o religioso como objetivo de una pluralidad o asociación de personas. Desde el punto de vista del dolo, es preciso que el autor del delito valore como profano que el individuo que ataca sea integrante del colectivo que se pretende destruir de forma sistemática .

Por último, habría que diferenciar a efectos interpretativos entre el **propósito de destruir el grupo** —dolo directo de primer grado— del mero **deseo de destruir el grupo**, carente de relevancia típica.



ALEJANDRO ALAGIA⁽¹⁾



El mito de la pena inevitable

1. El derecho penal argentino moderno

El dogma en las creencias del penalista es este: el hombre se abre paso del salvajismo a la civilización con la regla de castigo en la mano, **instrumento insustituible de convivencia humana**⁽²⁾ y lenguaje que unifica muy diferentes versiones de la cultura punitiva nacional desde la época en que las élites locales consiguen la unidad del país. En 1940, con la aparición del *Tratado de Derecho Penal* de Sebastián Soler, la antigua tradición jurídica se renueva. Quiere adjudicarse el predominio perdido ante el positivismo criminológico y penal, más notorio en la enseñanza universitaria que en la práctica forense. Esta obra puede aspirar legítimamente a que se la reconozca como aquella que logró definitivamente, para la cultura jurídica penal argentina, el pasaje de la noción de delito como obra inevitable de un sujeto inferiorizado por degeneración a otra en la que independientemente de cualquier imagen deshumanizada que se tenga del enemigo social, el delito es pura infracción de una norma que amenaza sufrimiento. El centro de gravedad del derecho penal vuelve a fijarse en el concepto de delito que regresa junto a la idea retributiva de pena. En este esquema, las disciplinas criminológicas, más o menos sociológicas, más o menos médico-psiquiátricas, quedan reducidas al papel de hacer algo útil con la escoria humana prisionizada o bien orientar la prevención policial

(1) Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Penales por la tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala. Docente titular del departamento de Derecho Penal (UBA). Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal en causas por violaciones a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado.

(2) SOLER, SEBASTIÁN, *Tratado de derecho penal*, t. I, Bs. As., TEA, 1970, p. 2.

para neutralizar su amenaza. Esta orientación de doctrina liberal interesa especialmente porque, sin el brillo artificioso y paternalista del viejo positivismo criminológico, tampoco faltan en este sofisticado sistema de comprensión normativa de delito y pena imágenes deshumanizantes del hombre y de la sociedad sustraídas de especulaciones antropológicas heredadas de la filosofía política clásica. Sin que importe el origen democrático de la orden jurídico-penal, esta doctrina que hace de la norma de conducta y castigo el principal objeto de conocimiento ocupó una posición hegemónica en la cultura punitiva del **estado liberal de derecho**⁽³⁾ prácticamente hasta el final del siglo XX, momento en el que el escenario académico es sacudido por un vuelco radical con la obra del profesor E. Raúl Zaffaroni.

Bajo la influencia de la "nueva criminología" o "criminología crítica", Zaffaroni introduce el **poder punitivo** como objeto de conocimiento del derecho penal. Las cosas en la cultura punitiva profesional del país no volverían a ser como antes, especialmente con la publicación de *En busca de las penas perdidas*, en 1989, aunque otra obra anterior, de 1983, *Muertes anunciamadas*, anticipaba el cambio de rumbo. Nacía con ello una doctrina penal que, fundada en datos de la realidad, en lugar de legitimar la organización pública del sufrimiento, tenía como meta —para ganancia de la posición del jurista— reducir el trato punitivo irracional: el peligro para la coexistencia humana no proviene del delincuente ni de su delito, sino de la reacción estatal para combatirlos. El marco de realidad que sirvió de laboratorio para formular nuevas hipótesis para una **teoría del poder punitivo** fue el trato punitivo genocida que padecieron grupos enteros en América latina bajo dictaduras militares, así como también otras no menos graves violaciones sistemáticas de derechos humanos que fueron cometidas en democracia por fuerzas policiales y de seguridad en la **guerra al delito**, contra trabajadores y campesinos movilizados, o el trato penitenciario de la región. Por cierto que la influencia de la criminología crítica europea y norteamericana fue un aporte fundamental, porque, aun en olvido de las manifestaciones más extremas de poder sacrificial, sus investigaciones se enfocaron casi exclusivamente en los procesos de **criminalización primaria y secundaria**,⁽⁴⁾ lo que permitió un conocimiento más profundo

(3) SOLER, S., *ibid.*, p. 13.

(4) Ver ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal, parte general*, Bs. As., Ediar, 2001, p. 6 y ss.

del *ius puniendi* estatal. A la vez, facilita un mejor examen de las visiones antropológicas que hacen del **mito de la pena para que exista sociedad** un dogma en el que encuentra fundamento la doctrina penal del estado liberal de derecho.

La idea de la inevitabilidad de la pena para que exista sociedad humana se renueva en el *Tratado de Derecho Penal*, de Soler, en oposición a la tradición positivista y más cercana a la tradición de la filosofía política clásica. Por lo tanto, no faltan en esta primera obra moderna de derecho penal imágenes antropológicas del hombre primitivo y civilizado. En el derecho penal positivista fue muy común identificar al delincuente con un estado evolutivo inferior. Con influencia de las ciencias naturales, especialmente de la embriología, se identificó en la ontogénesis del individuo, la filogénesis de la especie humana. En cambio, en la obra de Soler se llega al mismo resultado con conclusiones antropológicas que en la época en que se escribe (tiene sucesivas ediciones, en 1945, 1963, 1970, 1987 y múltiples reimpresiones hasta 1992) ya hacía tiempo habían dejado de dominar el panorama de esta disciplina, sin embargo, obtiene reconocimiento. Por su marcado etnocentrismo no pudo evitar la conclusión deshumani-zante de una inferioridad humana natural: "debemos tratar con reservas toda hipótesis que lleve el intento de explicar los fenómenos primitivos de penalidad (...) atribuyendo al hombre salvaje, y aún bárbaro, los mismos sentimientos y modo de pensar nuestros".⁽⁵⁾ Esta ha sido la visión de cro-nistas, misioneros y colonizadores de los siglos XVI y XVII.

Soler introduce en la cultura penal a James George Frazer, autor de *La rama dorada*, que fue publicado en 12 volúmenes en Londres entre 1907 y 1914, y a Lévy-Bruhl, cuyo *La mentalidad primitiva* fue publicado en París, en 1925 —tal como hizo luego Hans Kelsen en *Sociedad y naturaleza* de 1943—, para demostrar la naturaleza irracional y mágica del pensamiento primitivo que le impedía a su sociedad pegar el salto civilizatorio: "... la cultura del hombre primitivo no estaba construida sobre una base científica, naturalista y experimental, como la nuestra que descansa, ante todo, en los principios de identidad, contradicción y razón suficiente. La idea de causalidad, tan influyente en todas nuestras actividades, se muestra totalmente rudimentaria, y gran parte de los fenómenos son explicados no por esa ley sino por principios mágicos".⁽⁶⁾

(5) SOLER, S., *op. cit.*, p. 39 y ss.

(6) *Ibid.*

Esta es la opinión de Frazer, para quien la mente rudimentaria del salvaje razona como digiere un alimento.⁽⁷⁾ De ello, el penalista deducía que el salvaje repartía castigo sin mirar a quien, a diferencia del hombre civilizado, que progresá, se hace racional y justo cuando conoce la regla de imputación causal y normativa. “[El salvaje] recibe sus características del grupo, clan o tribu a que pertenece, y el hecho por él ejecutado no tiene el sello de una obra individual propia sino colectiva. La reacción determinada por la lesión no cae sobre un individuo sino sobre todos aquellos que corresponden al mismo grupo”.⁽⁸⁾

Con referencia en el cronista Félix de Azara,⁽⁹⁾ introduce esta descripción: “Lo corriente es que estos indios no den razón de lo que hacen, y es bien difícil y aún imposible adivinarlo (...), no podríamos figurarnos cómo tales ideas pueden haber entrado en la cabeza humana”.⁽¹⁰⁾ Otra del mismo tenor corrobora la misma impresión: “La supuesta ley divina impuesta al indio por sus sacerdotes y videntes era siempre prohibitiva, y sus ridículos y multiformes preceptos (...) [tabú] penetraban en todas las manifestaciones de la vida indígena, impedían las más triviales acciones, eran, en fin, para el salvaje, una constante y abrumadora pesadilla”.⁽¹¹⁾

Es la venganza primitiva del salvaje irracional lo que para Soler impide el pasaje a la sociedad civilizada por efecto del estado permanente de guerra de todos contra todos.⁽¹²⁾ El manejo que el jurista argentino hace de la información etnológica es parejo al empeño igualmente ciego por legitimar castigo aun cuando a favor de una ficción se sacrifique la aspiración, nunca abandonada del todo por el penalista, de hacer del derecho penal una disciplina científica. No obstante, debe reconocérsele a Soler el primer intento por asomarse al estudio del conflicto en sociedades sin autoridad.⁽¹³⁾ Su irritante etnocentrismo, que no es menos profundo que el de los penalistas positivistas con los que polemizó, le hace afirmar que

(7) FRAZER, J., *La rama dorada: Magia y religión*, Madrid, FCE, 1981, p. 34.

(8) SOLER, S., *op. cit.*

(9) DE AZARA, F., *Viajes por América Meridional*, Madrid, Calpe, 1923, t. I, p. 74, citado por SOLER, S., *op. cit.*, p. 72 y ss.

(10) SOLER, S., *op. cit.*, p. 98.

(11) *Ibid.*, p. 99.

(12) *Ibid.*, p. 66.

(13) El párrafo 11 dedicado al derecho y la costumbre penal en los pueblos aborígenes no distingue entre sociedades primitivas con estado de sociedades salvajes igualitarias (*Ibid.*, p. 95 y ss.).

la nota distintiva de la prohibición primitiva es: "... su no correspondencia a situaciones objetivas, apreciada la realidad científicamente. Las prohibiciones más severas no son aquellas que corresponden a los actos más gravemente amenazantes para la colectividad, sino a los que como tales son juzgados de acuerdo a una concepción del mundo fuertemente cargada de notas animistas y antinaturales. Por eso no debemos extrañarnos de que en muchas tribus el homicidio, aun cuando determine venganzas, no sea el hecho más grave. Aun comprobamos a veces, como entre los pampas, un cierto desprecio a la vida que les hace incurrir en graves excesos. El homicidio no determina necesariamente una situación social de escándalo..."⁽¹⁴⁾

Aunque reconoce entre los salvajes la existencia de "un firme sistema composicional", lo consideró tanto extorsivo como aberrante su modo de imputación.⁽¹⁵⁾ Su descripción de la forma primitiva de lidiar con el conflicto interno se comprende no por la singularidad de la sociedad salvaje, sino por lo que ella carece desde el punto de vista de la civilización. Pero cuando no se la califica por lo que le falta se le asignan propiedades inexistentes, como la venganza privada ilimitada, imaginario con el que, desde los siglos XVI y XVII, la filosofía política clásica justifica la pena pública civilizada que pone fin al salvaje estado de guerra de "todos contra todos". Pese a que la antropología estructural-funcionalista europea y norteamericana de 1940 y 1950 ponen punto final a esta "fantasía racionalista", Soler no abandonará —en las sucesivas ediciones de su obra— la idea de la anarquía primitiva, la visión del hombre salvaje como un asesino irracional, y de la inevitabilidad de la pena pública para que exista sociedad.⁽¹⁶⁾

Al año siguiente de la aparición del *Tratado de Derecho Penal* de Soler, regresaba del exilio el profesor español Jiménez de Asúa, quien se convertiría en maestro de una generación de jóvenes penalistas: su influencia llega hasta hoy en el panorama de la doctrina penal de la Argentina y de Latinoamérica. En el año 1949 se publica del segundo Tratado moderno que continúa la nueva "etapa dogmática" del derecho penal argentino. Afectado por un saber encyclopédico que privó a su obra de originalidad, no menos germanófilo que Soler, al igual que este justificó la pena pú-

(14) *Ibid.*, p. 98.

(15) *Ibid.*, p. 105.

(16) *Ibid.*, p. 289.

blica en las mismas creencias etnocentristas: salvaje irracional y sociedad primitiva dominada por la guerra de todos contra todos por efecto de la venganza ilimitada.

Sobre el carácter social de las penas primitivas, sostiene que en el hombre moderno sobreviven sus rastros: "... cuando un choque emocional nos retrotrae a los tiempos mentales prelógicos, cuando la personalidad cortical nos abandona y deja su imperio al yo arcaico el hombre reacciona colectivamente contra el transgresor de la norma, como acontece en los casos de la llamada Ley de Lynch".⁽¹⁷⁾

En contra de la antropología política de la época, insiste en que la pena pública es evolutivamente el pasaje de la anarquía salvaje a la civilización que responde a una "voluntad de mantener una formación social"⁽¹⁸⁾. Encuentra en el fundamento de la venganza que caracteriza al mundo salvaje una "fuerza diabólica", y en la pena pública, racionalidad (ausencia de pasión), que se apoya "en la necesidad de mantener una organización dada de relaciones entre los hombres".⁽¹⁹⁾ En las imágenes antropológicas de Soler y Asúa,⁽²⁰⁾ la institución del castigo es la condición de posibilidad de existencia social, que increíblemente se niega para los salvajes como si la coexistencia humana hubiera nacido con la sociedad estatal. Aunque debe reconocérsele al maestro español haber introducido a Freud de Tótem y tabú, que lo llevó a encontrar en el castigo público una "satisfacción suficiente", la cual canaliza racionalmente sentimientos que de otro modo "producirían la reacción brutal de las muchedumbres",⁽²¹⁾ sin embargo, mientras él legitimaba la pena en la necesidad de canalizar sentimientos vindicativos para que la sociedad exista, el creador del psicoanálisis hacía de esta particular institución de cultura una fuente permanente de poderoso malestar individual y social.

El profesor Edmundo Hendler fue el primero en responder críticamente a la doctrina del instinto primitivo de venganza ilimitada que la civilización racionaliza con la institución de la pena pública. En 1995 publicó *Las raíces arcaicas del derecho penal*, un texto que no se ocupa de la pena sino de

(17) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1950, t. I, p. 241.

(18) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, p. 243.

(19) *Ibid.*

(20) *Ibid.*, t. II, p. 14.

(21) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Psicoanálisis criminal*, Bs. As., Losada, 1947, p. 225 y ss.

la equivalencia entre los tabúes sexuales y el ordenamiento jurídico.⁽²²⁾ Fue escrito en polémica con un trabajo anterior de Roberto de Terán Lomas, *Las raíces del derecho penal en la sociedad primitiva*,⁽²³⁾ con el objetivo de responder las ideas de Frazer y Lévy-Bruhl con las de Franz Boas y Lévi-Strauss. La tesis cierra definitivamente una tradición penal que funda el **derecho de punir** en el salto evolutivo de la irracionalidad salvaje a la racionalidad civilizatoria, es decir, en el pasaje de la naturaleza a la cultura: "... el pensamiento prevaleciente, con mayor o menor variante de detalle, es el de una evolución histórica progresiva cuya transformación más significativa fue la asunción por el estado del castigo de las transgresiones y la consiguiente conversión en asunto público de lo que anteriormente fue la venganza privada".⁽²⁴⁾

En el estudio del profesor Hendler, el lugar de Lucien Lévy-Bruhl y de James George Frazer es ocupado por Franz Boas —*Cuestiones fundamentales de Antropología Cultural*, 1964— y Lévi-Strauss —*El pensamiento Salvaje*, 1962, y *Antropología Estructural*, 1973—, para quienes no solo no existe una diferencia fundamental en los modos de pensar del hombre primitivo y el civilizado, sino que la causa de la inferiorización salvaje se encuentra en la mentalidad colonizadora del etnocentrismo cultural que se niega a reconocer una "matriz común que hace equivalentes los catálogos de prohibiciones de culturas totalmente diversas".⁽²⁵⁾

Franz Boas, quien cambió el conocimiento antropológico del siglo XX (especialmente en los Estados Unidos) partió de la identidad en la estructura mental del hombre. El libro *The mind of primitive man*, de 1911, está dedicado a refutar la teoría que diferencia al ser humano en razas superiores e inferiores. No ignoró las diferencias físicas, étnicas y culturales de los grupos humanos, pero señaló que la cultura occidental las utilizó para inventar un concepto de raza y justificar con ello el abismo que la doctrina racista introduce entre el salvaje irracional (calificación en la que están incluidos los pobres) y el hombre civilizado: "Es impresión general recogida por numerosos viajeros, y basada también en experiencias obtenidas en

(22) HENDLER, E., *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1995, p. 65 y ss.

(23) TERÁN LOMAS, R., "Las raíces del derecho penal en la sociedad primitiva", en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 3, julio-septiembre, 1971, p. 405 y ss.

(24) HENDLER, E., *op. cit.*, p. 15.

(25) *Ibid.*, p. 54.

nuestro propio país, que el hombre primitivo de todas las razas, y el menos educado de nuestra propia raza, tienen en común la falta de dominio de sus emociones, que ceden más fácilmente a un impulso que el hombre civilizado y el de educación superior. Esta impresión proviene especialmente de que se olvida considerar las ocasiones en que formas varias de la sociedad exigen un fuerte dominio de los impulsos (...) Demasiado a menudo el viajero o el estudioso (...) juzgan el impulso hacia las explosiones de ira según su propio patrón de medida".⁽²⁶⁾

Lévi-Strauss, de igual talla que Boas, desde el Collège de France lanzaba sus dardos contra un racismo psicologizante:

"Nunca y en ninguna parte, el **salvaje** ha sido, sin la menor duda, ese ser salido apenas de la condición animal, entregado todavía al imperio de sus necesidades y de sus instintos, que demasiado a menudo nos hemos complacido en imaginar y, mucho menos, esa conciencia dominada por la afectividad y ahogada en la confusión".⁽²⁷⁾

Lo que resulta más perturbador es descubrir que esta inferiorización psicologizante se renueva con el positivismo jurídico de Hans Kelsen y que Soler introduce en el derecho penal para demostrar que la pena pública es el progreso civilizatorio que pone fin a la irracionalidad vindicativa del salvaje. En 1943, en los Estados Unidos, Kelsen escribe una extraña obra de investigación etnográfica, *Sociedad y naturaleza*, traducida al español en 1949 por Jaime Perriaux, discípulo argentino de Ortega y Gasset, abogado de magnates nazis en la Argentina, ministro de justicia de la dictadura del general Levingston e ideólogo de la dictadura genocida de 1976-1983. Las conclusiones a las que arriba son: a) el monopolio estatal de la violencia que el derecho organiza es la respuesta inevitable que tiene la sociedad para salir del estado de venganza interminable de los salvajes;⁽²⁸⁾ b) los salvajes son irrationales porque carecen de la idea de causalidad natural, que es la que domina en el pensamiento científico que comienza con los griegos: "la mentalidad primitiva desconoce el dualismo que consiste en considerar la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden

(26) BOAS, F., *Cuestiones fundamentales de la antropología cultural*, Bs. As., Solar, 1964, pp. 140/141.

(27) LÉVI-STRAUSS, C., *El pensamiento salvaje*, México, FCE, 2006, p. 69.

(28) Especialmente este punto de partida en su *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1988, p. 24.

normativo";⁽²⁹⁾ c) los salvajes son animistas: las desgracias (una muerte) son un castigo y la fortuna una recompensa, de lo que deduce que para el salvaje los hechos naturales son intencionales (antropomórficos);⁽³⁰⁾ d) reemplaza la regla de intercambio que hace a la sociedad primitiva por una **regla (social) fundamental de retribución**: si un hombre es asesinado **debe ser vengado** bajo amenaza de castigo sobrenatural, "este instinto natural de venganza puede observarse no solo entre los primitivos sino también entre los niños y los animales".⁽³¹⁾

Es tan poderoso el mito de la pena pública inexorable para que exista sociedad que retorna por esta vía seudopsicológica. Si para la segunda mitad del siglo XX estaba mal visto calificar al salvaje (y al criminal) de degenerado e inferior, la cultura liberal y especialmente el positivismo jurídico tienen abierto el camino de la irracionalidad, aunque para esa época en la antropología ya no se discutía que "el salvaje emocional y animista" había creado los dos sistemas normativos más complejos que produjeron el paseo de la naturaleza a la cultura: la convención del lenguaje y las reglas de parentesco para la evitación del incesto. Ausente la razón en el salvaje, el único mérito que se le reconoce es el de antecesor del hombre racional, aun cuando en su estupidez añiñada, como creía Lévy-Bruhl, manufacturará útiles, domesticará plantas y animales, creando así las condiciones para la civilización.⁽³²⁾ No obstante lo cual esta no ahorrará esfuerzos, a su turno, para extender el poder de domesticación hasta alcanzar a la mayoría de hombres y mujeres. Como Kelsen, cuya obra es testimonio del esfuerzo por hacer del derecho una ciencia depurada de prejuicios, dogmas e ideologías, llegó a racionalizar el orden jurídico sobre la fantasía de una irracionalidad vindicativa primitiva es prueba suficiente, no solo de la fuerza del mito, sino también de la habilidad para presentarse bajo los más diversos disfraces. Cuando en 1940, Sebastián Soler incorporó esta idea como punto de partida antropológico, se abrió en el país una nueva etapa del derecho penal. Recordemos que un año antes se había publicado el *Tratado de derecho penal* de Eusebio Gómez, basado en la idea

(29) KELSEN, H., *Sociedad y naturaleza, una investigación sociológica*, Bs. As., Depalma, 1949, p. 405.

(30) KELSEN, H., *op. cit.*, p. 71.

(31) *Ibid.*, p. 79; y KELSEN, H., "Causalidad e imputación", *¿Qué es la justicia?*, Bs. As., Ariel, 1993, p. 221.

(32) Sobre los orígenes de la ciencia racional en la sociedad primitiva ver BERNAL, J., *La ciencia en la historia*, México, UNAM, 1959, p. 59 y ss.

de la peligrosidad del delincuente a causa de su degeneración biológica.⁽³³⁾ Hasta esa época las dos obras alemanas más influyentes habían sido el *Tratado* de Franz von Liszt, de raíz positivista, y el *Derecho Penal* de Edmund Mezger, desnazificado, del que Soler adopta su modelo dogmático; ambas obras, pese a representar tradiciones diferentes, coinciden en su visión de la "sociedad natural". Liszt afirmaba que el punto de partida de la historia de la pena coincide con el punto de partida de la convivencia social de los hombres. Es decir, no hay sociedad humana sin castigo: "Hasta el más remoto período, accesible a la indagación histórica, entre las razas más duras y degeneradas, hallamos la reacción social [punitiva] (...) contra el miembro de la sociedad que ha transgredido las normas de la convivencia...".⁽³⁴⁾ Además agrega que "para no encender la guerra entre todos se necesita un orden de paz, que es al mismo tiempo un orden de lucha que doblega las resistencias de las voluntades individuales."⁽³⁵⁾

Por su parte, Mezger sostiene que "la pena proviene de la venganza irracional que luego la sociedad de estado racionaliza y humaniza"⁽³⁶⁾ y que "resulta en primer término de la demostración de que el castigo constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana. La pena es un mal que afirma el derecho".⁽³⁷⁾ Para los discípulos de Soler las cosas no son diferentes. Fontán Balestra sigue a su maestro en la consideración de la mentalidad irracional del salvaje y en su idea de que la venganza irracional se organiza con la autoridad punitiva talionar: "Cuando el Estado se hace fuerte y comprueba que la venganza de sangre y las demás formas de represión turban la paz de la sociedad y destruyen la familia, interviene la pena pública".⁽³⁸⁾ Ricardo Nuñez también considera que la pena proviene de la venganza sin límites y al talión lo señala como la primera venganza organizada.⁽³⁹⁾

El problema del hombre primitivo consiste en que actúa y no piensa. Por ello su historia es una larga crónica de crímenes y tonterías. La sociedad

(33) GÓMEZ, E., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Compañía Argentina de Editores, 1939, pp. 85, 248 y ss., 336 y ss.

(34) VON LISZT, F., *Tratado de derecho penal*, Madrid, Reus, 1937, t. I, p. 19.

(35) VON LISZT, F., *op. cit.*, t. II, p. 4.

(36) MEZGER, E., *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, *op. cit.*, p. 32.

(37) MEZGER, E., *op. cit.*, p. 379.

(38) FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 96.

(39) NUÑEZ, R., *Tratado de derecho penal*, Ed. Córdoba, Córdoba, 1988, p. 43.

primitiva es una sociedad sanguinaria porque sus miembros son irracionales. El hecho de que se describa al salvaje como cruel e inhumano se debe a que este tipo de "antropología de escritorio", como dice Max Gluckman, es más impresionable a la venganza resultante de un intercambio o compromiso frustrado que a las disputas que acabaron en distintos tipos de arreglos, además de que señala el poderoso justificativo que la inhumanidad de los salvajes significaba para la "pacificación" colonialista.⁽⁴⁰⁾

Desde la tradición que inició en nuestro país por Jiménez de Asúa, y bajo la influencia de la reformulación dogmática del delito promovida por Hans Welzel en Alemania, en el exilio español Enrique Bacigalupo escribe un *Manual* que junto al Tratado de E. Raúl Zaffaroni constituirán las obras de doctrina más influyentes en la enseñanza y orientación de la magistratura en el período posterior a la dictadura cívico-militar de 1976-1983. En los quince años que separan la primera de la segunda edición de 1999 del *Manual* no hay cambios en Bacigalupo en la idea de que sin castigo para criminales no hay estabilidad ni equilibrio social.⁽⁴¹⁾ En cambio, abierta a la especulación filosófica y a las ciencias sociales, la obra de Zaffaroni no elude el desafío por el origen de la pena, aunque, a diferencia de sus trabajos posteriores que revolucionan las concepciones del poder punitivo y el derecho penal en toda América Latina, en esta obra de 1980 en cinco volúmenes⁽⁴²⁾ concebiría al castigo igual a como lo hace Welzel.⁽⁴³⁾ La pena cumple la función posibilitadora de la coexistencia humana, al impedir la guerra civil de "todos contra todos"⁽⁴⁴⁾ aunque lejos de cualquier inferiorización del hombre primitivo.

Fue una sorpresa que en 1991 apareciera en Buenos Aires una tesis que resucita la doctrina de la irracionalidad de los salvajes con el propósito de justificar castigo sobre conductas sin resultado lesivo. En *Teoría del delito y disvalor de acción*, el profesor Marcelo Sancinetti establece que, si para el salvaje un resultado malo **debe** castigarse y un resultado bueno recompensarse, el hombre civilizado se diferencia en que puede distinguir entre intención y consecuencia, de modo de poder castigar también

(40) GLUCKMAN, M., *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Madrid, Akal, 1978, p. 142.

(41) BACIGALUPO, E., *Manual de derecho penal*, Bogotá, Bs. As., Temis, 1999, pp. 3 y 41 respectivamente.

(42) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1980.

(43) WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 10 y ss.

(44) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de derecho penal*, op. cit., t. I, p. 44.

intenciones sin resultado porque, desde el punto de la mala intención (quebrantamiento del deber), las consecuencias son indiferentes para la regla penal de sumisión.⁽⁴⁵⁾ Extraña solución, ya que en la inferiorización del salvaje irracional frente al conflicto se lo emparenta con la tradición penal liberal que conserva de épocas más gloriosas el principio **no hay pena sin lesión**.

2. Filosofía política clásica

Más de tres siglos antes, Tomás Hobbes no necesitó denigrar salvajes para justificar soberanía punitiva. Cronistas, misioneros y colonizadores vieron en ellos la anarquía vindicativa que la moderna teoría política describe como **estado natural** que precede al estado político. Más tarde, en la antropología evolutiva y racista, la anarquía no tendrá como causa las pasiones del hombre natural; se justificará en la degeneración o en la irracionalidad. Al contrario, Hobbes escribió que la igualdad en las facultades mentales es la condición natural del género humano por cuya causa: "... si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos (...) y tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro (...) con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos (...) Acaso pueda pensarse que nunca existió un tiempo o condición en que se diera una guerra semejante, y, en efecto, yo creo que nunca ocurrió generalmente así, en el mundo entero, pero existen varios lugares donde viven ahora de ese modo. Los pueblos salvajes en varias comarcas de América (...) carecen de gobierno en absoluto, y viven actualmente en ese estado bestial".⁽⁴⁶⁾

Habían pasado ochenta años del ensayo de Montaigne, *De los caníbales*, en el que se señalaba que sus contemporáneos superaban a los salvajes en toda clase de barbarie.⁽⁴⁷⁾

Esta hipótesis es una fuente argumentativa que, sorprendentemente, sigue viva en la obra del filósofo de la violencia René Girard, quien tomará la idea de violencia mimética dominante en sociedad y asociará castigo público

(45) SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Bs. As., Hammurabi, 1991, p. 115 y ss.

(46) HOBBS, T., *Leviatán*, México, FCE, 2003, pp. 101/102.

(47) MONTAIGNE, M., *Ensayos completos*, Madrid, Cátedra, 2005, p. 237.

con sacrificio humano. En Hobbes, la sociedad primitiva no está condenada ni por degeneración ni por irracionalidad del salvaje, sino por la falta de gobierno punitivo para garantizar la distinción "entre tuyo y mío" en que se basa la propiedad y el dominio.⁽⁴⁸⁾ Entre el deseo inagotable de poder y el temor a la muerte se alza la soberanía punitiva como solución que evita la anarquía vindicativa.⁽⁴⁹⁾ Pero las imágenes que tiene en la cabeza remiten menos a la sociedad primitiva que a la guerra civil que convulsiona su país.⁽⁵⁰⁾ De todos modos, nunca falta en la tradición política moderna una referencia a la anarquía salvaje para justificar la institución de la pena pública.⁽⁵¹⁾ En *El príncipe* de Maquiavelo (1532) o *Los seis libros de la república* de Bodin (1576) la soberanía punitiva todavía es asunto de familias, a diferencia del carácter más marcadamente impersonal de Leviatán en la fundamentación del Estado.

Un siglo antes y sin el clima revolucionario que haría famosa *Dei delitti e delle pene* (1764) de Cesare Beccaria, Hobbes dedica los capítulos XXVII y XXVIII a fijar un esquema de derecho penal y procesal liberal básico. Establece un régimen de castigo público con garantías individuales para el juicio, la calificación de una conducta como delito y la graduación de la pena. Define el principio de legalidad penal y la prohibición de retroactividad, el error de prohibición y otras causas de inculpabilidad; establece criterios de agravación y atenuación de las penas; fija los principios del debido proceso penal, los delitos y el sistema de penas. Contemporáneo de Baruch de Spinoza, coincidirá en la primacía en el hombre (salvaje o civilizado) de pasiones y afectos "ciegos" que inclinan a la venganza por lo "que están hechos de tal manera que no pueden vivir sin una ley común".⁽⁵²⁾ Ambos justifican, de igual modo, la soberanía punitiva en la amenaza de anarquía.⁽⁵³⁾ En Locke, también el origen del poder político radica en un derecho de la autoridad a fijar castigos, incluso la pena de muerte, para

(48) MONTAIGNE, M., *op. cit.*, p. 104.

(49) *Ibid.*, p. 137 y ss. Amplias consideraciones sobre este punto en SCHMITT, C., *El Leviathan, en la teoría del estado de Tomás Hobbes*, Argentina, Editorial Struhart & Cía. 2002 p. 29. Sobre el miedo a la muerte en el origen del Estado, especialmente, STRAUSS, L., *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*, Bs. As., FCE, 2011, p. 32.

(50) Sobre ello, RINESI, E., *Política y tragedia. Hamlet, entre Maquiavelo y Hobbes*, Bs. As., Colihue, 2011, p. 177 y ss.

(51) El uso del concepto de desprecio en la filosofía política para convertir al hombre en súbdito, en SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas*, Madrid, Pretextos, 2002, p. 29 y ss.

(52) SPINOZA, B. *Tratado político*, Bs. As. Quadrata, 2004, p. 37.

(53) SPINOZA, B., *op. cit.*, p. 53.

evitar que los hombres —como en el estado de naturaleza— sean “jueces de sus propias causas”.⁽⁵⁴⁾ Los neocontractualistas del siglo XX, como John Rawls y Robert Nozick, siguen apegados a la imagen de la sociedad natural como *bellum omnium in omnes*, pero en ellos aparece solo como formulación hipotética, un **como si** de base sobre el que se legitima la necesidad inevitable de autoridad punitiva para que exista sociedad.⁽⁵⁵⁾

El juicio negativo del hombre primitivo no comienza en la modernidad. Los filósofos griegos se distinguieron en cómo juzgaban la sociedad salvaje. Unos la desprecian, al ver en ella el reino de la pasión y la violencia interminable, y en la ley, por el contrario, ven lo que evita la anarquía. Otros, en cambio, la exaltan pues reconocen en el estado natural el reino de la libertad.⁽⁵⁶⁾ Esta es también la concepción originaria griega del mundo: caos, ley de la aniquilación (*physis*) en oposición a la ley en y por la ciudad (*nomos*). La diferencia radica en que en la cultura griega la justificación de la soberanía punitiva no proviene únicamente del fantasma a un regreso al salvajismo primitivo sino también, y principalmente, de la imagen de su propio mundo, un poco a la manera como Roger Bartra explica el imaginario del “otro” salvaje de los colonizadores por las ideas que tenían de los “inferiorizados” por ellos en el viejo mundo europeo;⁽⁵⁷⁾ o como antes lo había hecho el genial Rousseau que había señalado que el “salvajismo” era la perfecta imagen del individualismo competitivo de la sociedad burguesa.⁽⁵⁸⁾ Incluso, como dice Cornelius Castoriadis con profundidad psicoanalítica, el caos para los griegos no es simple desorden: “hay en lo más recóndito del mundo un caos como desorden innombrable”.⁽⁵⁹⁾ De todos modos, no deja de estar omnipresente entre los griegos la idea que será recurrente en la cultura occidental hasta el presente: que la fundación del Estado le debe al derecho y la soberanía punitiva “haber distinguido los hombres de los animales que se comen unos a otros”.⁽⁶⁰⁾

(54) LOCKE, J., *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Bs. As., Losada, 2002, p. 15.

(55) RAWLS J., *Teoría de la justicia*, Madrid, 1979, p. 143 y ss.; NOZICK, R., *Anarquía, estado y utopía*, México, FCE, 1988, p. 94 y ss.

(56) TERRAY E., *La política en la caverna*, Bs. As., Colihue, 2009, p. 76 y ss.

(57) BARTRA R., “El mito del salvaje”, en *Revista de cultura científica de la Facultad de Ciencias de la UNAM*, nº 60/61, (octubre 2000/marzo 2001), p. 88 y ss.

(58) ROUSSEAU J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, Bs. As., 2008, p. 291.

(59) CASTORIADIS C., *La ciudad y las leyes. Lo que hace a Grecia. 1. De Homero a Heráclito, Seminarios 1982-1983. La creación humana II*, Bs. As., FCE, 2006, p. 340.

(60) JAEGER W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, FCE, 2000, p. 274.

Cuando la antropología de la segunda mitad del siglo pasado liberó a la teoría social crítica (marxista y no marxista) de su lastre evolutivo y positivista fue un hecho cultural de significación que despejó el camino para pensar la soberanía punitiva, tal vez, como la mayor de las tragedias humanas. El origen de la civilización, también, es origen de un destino punitivo trágico que la división social hace inexorable. De un "mundo" salvaje en el que la autoridad está allí para **no** mandar y representar al primer deudor de la sociedad, se pasa a un "mundo" de soberanía punitiva que convierte en deudores de sumisión incondicional a casi la totalidad de la población. Dicho de otra manera, mientras que la sociedad actual está obligada a luchar contra la soberanía punitiva para reducirla o contenerla, si quiere seguir existiendo, al contrario, entre los salvajes se luchaba para impedir que algo así surgiera del interior mismo de la sociedad. Anular de manera casi automática el efecto que los factores históricos podrían tener sobre el equilibrio y continuidad de su sociedad es una intención permanente que guía la vida de los salvajes. De allí la distinción que hace Lévi-Strauss de sociedades "calientes", que interiorizan resueltamente el devenir histórico para hacer de él el motor de su desarrollo, y sociedades "frías", conservadoras por naturaleza.⁽⁶¹⁾ El **mal encuentro o accidente trágico** de la sociedad con la soberanía punitiva, en este sentido de cambio radical, no es menos relevante para la historia humana que la revolución neolítica para el dominio del hombre sobre la naturaleza. La producción de excedentes alimentarios no solo crea la oportunidad para el despegue civilizatorio, también para la soberanía punitiva que se abre paso con la división social. Esta tensión entre progreso y tragedia social se hará conocida más como **dialéctica de la modernidad** que como **dialéctica civilizatoria**. En el *Manifiesto Comunista* de 1848, Karl Marx expresa por primera vez la contradicción en imágenes y sentimientos con los que se organizan las primeras asociaciones de oprimidos y explotados. Casi un siglo después, se ocupará de este fenómeno la teoría crítica de Adorno y Horkheimer en *Dialéctica del iluminismo*,⁽⁶²⁾ expresiva de una cultura de izquierda identi-

(61) LÉVI-STRAUSS C., *Antropología estructural*, México, FCE, 2008, p. 32.

(62) HORKHEIMER M. y ADORNO T., *Dialéctica del iluminismo*, Bs. As., Sudamericana, 1987, p. 266 y ss. En el mismo sentido, HORKHEIMER M., *Teoría tradicional y teoría crítica*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 89 y ss.; y *Critica de la razón instrumental*, Bs. As., Sur, 1973, p. 185. Una perspectiva más amplia de las contradicciones de la modernidad en BERMAN M., *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, México, FCE, 2008, p. 94 y ss.

ficada con la rebeldía anticapitalista que se extiende a todos los ámbitos de la cultura, incluso en una criminología crítica.

No se trata tampoco de reeditar el mito opuesto del **buen salvaje**. La desgracia de la sociedad primitiva es de otro orden; no proviene de la amenaza de enemigos internos ni de la autoridad punitiva que no conocen; tampoco de la falta de Estado o de su economía de subsistencia, porque la sociedad primitiva es sociedad **contra** el Estado y **contra** el excedente en tanto políticas para impedir la división social y con ello la emergencia de una autoridad punitiva. Sin embargo, el precio que han de pagar por conservar autonomía, igualdad social y libertad es inmensamente alto: la tragedia de la guerra, el de ser **sociedades para la guerra**. No es la única fatalidad salvaje, hay más: el sacrificio, institución primitiva por la que alguien es señalado (en circunstancias extraordinarias) como objeto de padecimiento para que la sociedad viva.

Desde el momento en que la antropología política demuestra que entre los salvajes la pena nunca dominó para intervenir en el conflicto interno ni para detener la venganza ilimitada o la guerra de todos contra todos, la pena pública queda huérfana de fundamentación como progreso civilizatorio que hace posible la sociedad humana. Pero la caída del mito no detiene el reinado del trato punitivo, porque su naturaleza y persistencia no le debe nada a una falsa imagen. Sin embargo, la revolución interna que produce en el saber de los penalistas señalar al castigo como fenómeno irracional de la política⁽⁶³⁾ tiene la impronta de una idea de sociedad dominada por la tensión entre pulsión genocida con origen en el "estado de policía" y la fuerza contraria proveniente del "estado de derecho", representado por el derecho penal, que —en tanto técnica de interpretación de ley—debe ocuparse de reducir la amenaza punitiva.⁽⁶⁴⁾ Por otra parte, poco se sabe sobre el significado de la pulsión genocida irracional en el estado de policía. Más recientemente, Zaffaroni califica la **masacre estatal** como hecho eminentemente punitivo y sacrificial,⁽⁶⁵⁾ con lo que abren perspectivas para extender esta conjetura a la penalidad en general.

(63) ZAFFARONI E., *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1998, p. 73 y ss.

(64) ZAFFARONI E., ALAGIA A. y SLOKAR A., *op. cit.*, p. 3 y ss.

(65) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Crímenes de masa*, Bs. As., Madres de Plaza de Mayo, 2010, p. 63 y ss.; *La palabra de los muertos*, Bs. As., Ediar, 2011, p. 479 y ss.

3. ¿Por qué la antropología política?

Los avances de la investigación etnológica nos convencen cada vez más de que las sociedades que son consideradas atrasadas y primitivas, dejadas de lado por la evolución, relegadas en regiones marginales y destinadas a la extinción, constituyen formas de vida social originales perfectamente viables siempre y cuando no se sean amenazadas desde el exterior. Sería un error, dice Lévi-Strauss, infravalorarlas por haberlas conocido en un estado miserable. "Lo que les confiere un valor inestimable, aún empobrecidas, es que esas miles de sociedades que existieron y de las cuales todavía existen cientos en la superficie de la tierra constituyen *experiencias ya listas*".⁽⁶⁶⁾ Una civilización no puede pensarse a sí misma si no dispone para su comparación del punto de vista de otra; ninguna fracción de la humanidad puede aspirar a comprenderse sino por referencia a otras: "Los antropólogos están para dar testimonio de que el modo en que vivimos, los valores en los que creemos no son los únicos posibles; que otros tipos de vida, otros sistemas de valores han permitido y permiten aún a algunas comunidades humanas alcanzar la felicidad (...) Hoy en día, sabemos que algunos pueblos designados como primitivos, que ignoran la agricultura y la ganadería, o que tan solo practican una agricultura rudimentaria, a veces sin conocimientos de alfarería ni tejido, y que principalmente viven de la caza y de la pesca y la recolección de productos silvestres no están amenazados por el miedo a morir de hambre y la angustia de no poder sobrevivir en un medio hostil (...) Como quedó demostrado con una serie de estudios minuciosos realizados en Australia, América del Sur, Melanesia y África, de dos a cuatro horas de trabajo cotidiano bastan sobradamente a sus miembros activos para asegurar la subsistencia de todas las familias".⁽⁶⁷⁾

Al contrario de la opinión de la filosofía clásica, la cohesión social y el buen entendimiento en el seno del grupo resultan preferibles a cualquier innovación. De tal forma "la cuestión litigiosa se posterga tantas veces como sea necesario para alcanzar una decisión unánime".⁽⁶⁸⁾ Las sociedades primitivas tienen historia como todas, pero a diferencia de lo que sucede entre nosotros, donde la civilización está hecha para cambiar, los salvajes se niegan a la historia y se esfuerzan por esterilizar en su interior todo

(66) LÉVI-STRAUSS C., *La antropología frente a los problemas del mundo moderno*, Bs. As., Libros del Zorzal, 2011, p. 39.

(67) LÉVI-STRAUSS C. op. cit., pp. 66/67.

(68) *Ibid.*, p. 109.

aquellos que pudiera constituir el esbozo de un devenir histórico. La sociedad, como la ve Lévi-Strauss, funcionaría sobre la base de una **diferencia de potencial**, como una máquina de vapor, donde los antagonismos entre fuentes de calor y frío que hacen mover los mecanismos son comparables a las diferencias jerárquicas que a lo largo de la historia han adoptado el nombre de esclavitud, servidumbre, división de clases. Tales sociedades crean y sostienen en su seno desequilibrios que utilizan para producir más orden, pero a su vez mucha más entropía —desorden— en lo que hace a las relaciones entre las personas. En cambio, las sociedades que estudian los antropólogos —en oposición a esa imagen de violencia interminable que se hizo de ellas el derecho penal— pueden ser consideradas sistemas de baja entropía y “funcionan cerca del cero absoluto de temperatura histórica”, básicamente, por ser sociedades igualitarias regidas por las reglas de intercambio y de la unanimidad. Este punto de vista, que se opone al etnocentrismo antropológico y jurídico, es explorado para indagar la prehistoria del castigo, en la esperanza de encontrar respuestas que de otro modo seguirían enterradas en el dogma clásico que solo ve entre los salvajes el recuerdo de una anarquía homicida que impide toda sociedad y en la pena pública la respuesta civilizatoria sin la cual el mundo como hoy se lo conoce desaparecería.⁽⁶⁹⁾



BIBLIOGRAFÍA

- ABÉLÉS, M., *Antropología de la globalización*, Bs. As., 2008.
- BACIGALUPO, E., *Manual de derecho penal*, Bogotá-Bs. As., Temis, 1999.
- BARTRA R., “El mito del salvaje”, en *Revista de cultura científica de la Facultad de Ciencias de la UNAM*, n° 60/61, (octubre 2000 - marzo 2001).
- BERMAN M., *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, México, FCE, 2008.
- BERNAL, J., *La ciencia en la historia*, México, UNAM, 1959.
- BOAS, F., *Cuestiones fundamentales de la antropología cultural*, Bs. As., Solar, 1964.
- CASTORIADIS C., *La ciudad y las leyes. Lo que hace a Grecia. I. De Homero a Heráclito*, Seminarios 1982-1983. *La creación humana II*, Bs. As., FCE, 2006.
- DE AZARA, F., *Viajes por América Meridional*, Madrid, Calpe, 1923, t. I.

(69) Sobre la desacralización del estado por la antropología política ver, ABÉLÉS, M., *Antropología de la globalización*, Bs. As., 2008, p. 156.

- FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.
- FRAZER, J., *La rama dorada: Magia y religión*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- GLUCKMAN, M., *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Madrid, Akal, 1978.
- GÓMEZ, E., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Compañía Argentina de Editores, 1939.
- HENDLER, E., *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1995.
- HOBBS, T., *Leviatán*, México, FCE, 2003.
- HORKHEIMER M. y ADORNO T., *Dialéctica del iluminismo*, Bs. As. , Sudamericana, 1987.
- HORKHEIMER M., *Teoría tradicional y teoría crítica*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HORKHEIMER M., *Crítica de la razón instrumental*, Bs. As., Sur, 1973.
- JAEGER W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, FCE, 2000.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Psicoanálisis criminal*, Bs. As., Losada, 1947.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1950, t. I
- KELSEN, H., *Sociedad y naturaleza, una investigación sociológica*, Bs. As., Depalma, 1949.
- KELSEN, H., *Causalidad e imputación, ¿Qué es la justicia?*, Bs. As., Ariel, 1993.
- LÉVI-STRAUSS, C., *Antropología estructural*, México, 2008.
- LÉVI-STRAUSS, C., *La antropología frente a los problemas del mundo moderno*, Bs. As., Libros del Zorzal, 2011.
- LÉVI-STRAUSS, C., *El pensamiento salvaje*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006
- LOCKE, J., *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Bs. As., Losada, 2002
- MONTAIGNE, M., *Ensayos completos*, Madrid, Cátedra, 2005.
- NOZICK, R., *Anarquía, estado y utopía*, México, FCE, 1988.
- NUÑEZ, R., *Tratado de derecho penal*, Ed. Córdoba, Córdoba, 1988. Rawls J., *Teoría de la justicia*, Madrid, 1979.
- RINESI, E., *Política y tragedia. Hamlet, entre Maquiavelo y Hobbes*, Bs. As., Colihue, 2011.
- ROUSSEAU, J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, Bs. As., 2008.
- SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Bs. As., Hammurabi, 1991.
- SCHMITT, C., *El Leviathan, en la teoría del estado de Tomás Hobbes*, Argentina, Editorial Struhart & Cía., 2002.
- SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas*, Madrid, Pretexto, 2002.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., TEA, t. I, 1970.
- SPINOZA, B. *Tratado político*, Bs. As., Quadra-ta, 2004.
- STRAUSS, L., *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*, Bs. As., FCE, 2011.
- TERÁN LOMAS, R., “Las raíces del derecho penal en la sociedad primitiva”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n° 3, julio-septiembre, 1971.

TERRAY E., *La política en la caverna*, Bs. As., Colihue, 2009.

ZAFFARONI, E. RAÚL, *Crímenes de masa*, Bs. As., Madres de Plaza de Mayo, 2010.

VON LISZT, F., *Tratado de derecho penal*, Madrid, Reus, 1937.

ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1980.

WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, E. RAÚL, *La palabra de los muertos*, Bs. As., Ediar, 2011.

ZAFFARONI, E. RAÚL, *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1998.

ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal, parte general*, Bs. As., Ediar, 2001.



DANIEL FEIERSTEIN⁽¹⁾



Discusiones sobre el juzgamiento de los crímenes de Estado

1. Introducción

El objetivo del presente trabajo se vincula con la posibilidad de analizar en profundidad en qué consisten las diferencias cualitativas de la utilización del sistema procesal penal para la tramitación y sanción de lo que podríamos caracterizar como el momento paroxístico del ejercicio del poder punitivo estatal, a través del aniquilamiento sistemático de grupos de población.

Es por ello que, entre las diversas conceptualizaciones en boga para referir a estos hechos (crímenes contra la humanidad, crímenes de masa, crímenes atroces), elegiré la denominación de crímenes de Estado, en tanto es el carácter estatal en la perpetración de delito lo que otorga la especificidad al tipo de práctica y las peculiaridades y diferencias cualitativas que justifican un tratamiento específico y diferenciado. Esto es, que en este caso específico, el objetivo del proceso penal no son individuos específicos que han cometido vulneraciones al orden social sino el propio aparato del poder punitivo estatal, en el ejercicio del paroxismo de su poder, imponiendo a la población (a los grupos poblaciones y/o a los individuos que los componen) toda la fuerza del castigo (legal y/o ilegal) de la que dispone el aparato punitivo.

(1) Doctor en Ciencias Sociales (UBA). Investigador del CONICET y docente (UNTREF y UBA). Actualmente es Presidente de la International Association of Genocide Scholars (IAGS).

El objetivo, por tanto, de este trabajo será desarrollar algunas ideas acerca de las dos grandes tradiciones que surgieron a partir de mediados del siglo XX como propuestas para intentar definir, perseguir y castigar los crímenes de Estado: 1) la tradición que asume la definición y calificación como crímenes contra la humanidad o crímenes de lesa humanidad ; y 2) la tradición que desarrolla su comprensión como genocidio.

Estas dos tradiciones de análisis de los crímenes de Estado surgen en la segunda posguerra a partir de dos hechos emblemáticos: los Juicios de Nüremberg y Tokio para la primera tradición (que implican el surgimiento de la jurisprudencia sobre los crímenes contra la humanidad, figura utilizada para condenar a los perpetradores nazis), y la sanción de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito Genocidio, aprobada por las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y que entró en vigor en 1951 al contar con el número suficiente de ratificaciones.

Se trata, sin embargo, de dos tradiciones y modalidades muy distintas, que van a establecer lógicas diferentes de comprensión y justificación de los juzgamientos, aunque pocas veces fueron analizadas en sus divergencias, sino que, por lo general, se las trató conjuntamente, como parte de un universo que, sin embargo, arraiga en dos tradiciones diferentes.

Los juicios de Nüremberg —y los otros juicios asociados al mismo, que trataron las responsabilidades de los perpetradores alemanes y japoneses por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial— constituyeron uno de los primeros intentos exitosos para juzgar y castigar el ejercicio sistemático y paroxístico del poder punitivo estatal, aunque reducido a aquellos Estados que habían sido derrotados en una contienda bélica, sin contemplar en modo alguno los crímenes cometidos por las potencias vencedoras. La Convención sobre Genocidio, por otra parte, creó una nueva figura penal que buscaba dar cuenta de la especificidad de este tipo de práctica, a través del concepto de genocidio.

Los juicios de Nüremberg cuentan con una genealogía que se vincula al creciente desarrollo del derecho penal internacional, a través de la justificación del derecho de gentes y de las costumbres y tradiciones, aun cuando las mismas no se encontraran codificadas positivamente (lo que en las causas tendió a interpretarse con la figura del *jus cogens*). Asimismo, se trató de tribunales militares, integrados por miembros de las potencias bélicas triunfantes que, a la vez que buscaron juzgar los ya previamente codificados crímenes de guerra cometidos por las potencias vencidas,

incluyeron este análisis del *jus cogens* para permitir el juzgamiento de acciones estatales contra población civil cometidas antes o durante el conflicto bélico, las que fueron calificadas como crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, una figura que tenía una existencia previa en el derecho internacional aunque nunca había sido utilizada. A su vez, la figura de "lesa humanidad" cuentan con una genealogía etimológica que la conecta con la antigua figura de la "lesa majestad", posteriormente eliminada de las codificaciones legales. No sería ya la "majestad" del rey sino ahora los intereses del conjunto de la "humanidad" los que justificarian un tratamiento penal diferenciado. Intentaremos observar algunos de los problemas que se desprenden de esta justificación, por oposición a la lógica que concibe la especificidad de los delitos no en su vulneración de la "lesa humanidad" sino en su carácter de crímenes de Estado.

El concepto de genocidio tiene una tradición y genealogía muy distinta a la del concepto de crímenes de lesa humanidad y a la experiencia de los juicios de Nüremberg. Por una parte, el concepto proviene de un análisis que, si bien inicialmente realizado por un jurista (Raphael Lemkin) contenía características más históricas y sociológicas (basta para ello leer la obra clásica donde Lemkin lo introduce a la discusión universal, *Axis Rule in Occupied Europe*).⁽²⁾ A través del concepto de genocidio, por tanto, se propone un análisis socio-histórico de los crímenes de Estado, a la vez que se busca dar cuenta de una práctica que no necesariamente se desprende de la guerra o de la relación interestatal (es claro en las primeras formulaciones, tanto conceptuales como legales, que el delito de genocidio puede cometerse tanto en contextos de guerra como de paz y tanto entre Estados como al interior de un Estado).

Antes de iniciar el análisis crítico de ambas tradiciones, me resulta fundamental dejar aclarado un punto que podría formular como una "petición de principio", que atravesará todo el análisis: la importancia indeclinable de la necesidad de investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de Estado. Esto es, que a diferencia del ejercicio cotidiano y regular del sistema punitivo, en el cual la función de su propio ejercicio es puesta en cuestión por numerosas escuelas de pensamiento, en el caso de los crímenes de Estado, la posibilidad de su juzgamiento resulta fundamental para la preservación del lazo social.

(2) LEMKIN, RAPHAEL, *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, Buenos Aires, Prometeo, 2009.

Y la importancia de esta petición de principio deriva precisamente de la diferencia cualitativa fundamental y específica entre el juzgamiento y castigo de los crímenes de Estado frente a cualquier otro ejercicio del poder de juzgar y castigar, en tanto en el primer caso se está proponiendo la posibilidad de juzgar y castigar el propio ejercicio del poder punitivo estatal, algo que había resultado inviable e incluso impensable hasta mediados del siglo XX y que trastoca todos los análisis y lógicas de comprensión del funcionamiento del sistema penal.

Explicitada mi petición de principio, el objetivo del análisis crítico que se desplegará es el de observar las ventajas y desventajas, los aportes y problemas que han tenido cada una de estas dos tradiciones y cada una de las figuras jurídicas herederas de dichas tradiciones: crímenes contra la humanidad y genocidio.

2. Análisis de los aportes, problemas y límites de ambas categorías

Voy a comenzar el análisis desarrollando los problemas y límites de cada uno de los enfoques, para luego tratar de pensar en los aportes y conveniencias de cada figura. El concepto de crímenes contra la humanidad, como producto de la firme decisión en el momento de su formulación de que debía ser una figura que permitiera incluir la mayor cantidad de acciones cometidas por los perpetradores nazis, cuenta con serios problemas técnicos a la hora de analizar su tipificación y su utilización en la experiencia de juzgamiento del nazismo.

El primer problema, resaltado por innumerables análisis, es su vulneración de la irretroactividad penal, ya que su creación como figura en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg fue posterior a los hechos que se proponía juzgar. Por otra parte, tampoco delimitaba una pena específica, dejando la mensura de las mismas en las manos del propio tribunal. Pero, en la propia tipificación también existen problemas conceptuales y técnicos serios: tanto la inclusión de prácticas muy diferentes entre sí como, y esto es lo más preocupante, su configuración como posible "tipo abierto", cuya ilustración más clara puede encontrarse en el inciso "k" de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma ("otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o

la salud mental o física”), inciso que de algún modo reitera lo ya expresado en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg con la expresión “otros actos inhumanos”, que deja librada a la subjetividad del juez la calificación de conductas que no resultan en modo alguno objetivables (lo “inhumano”), a la vez que resultan contradictorias con la propia comisión de los hechos, realizada por seres sin duda humanos, más allá de nuestra calificación sobre sus acciones.

En resumen, la figura de crímenes contra la humanidad da cuenta del agrupamiento de prácticas sociales muy distintas, de un fenómeno que no fue en momento alguno de la historia analizado sociohistóricamente como tal, porque los crímenes contra la humanidad no constituyen un fenómeno histórico o sociológico sino la sumatoria —con objetivos meramente procesales— de numerosos fenómenos cualitativamente distintos (exterminio, asesinatos selectivos discriminados y/o indiscriminados, apartheid, tortura) agrupados bajo una categoría legal común, con una falta de unidad entre los incisos que la componen, cuyas prácticas solo tienen en común el hecho de tratarse de acciones organizadas de modo masivo o sistemático por parte del aparato punitivo estatal (aun cuando, lamentablemente, esta perpetración estatal no es explícita en la formulación legal, lo cual ha dado lugar a una peligrosa expansión en el uso del término para calificar acciones de organizaciones insurgentes y/o de individuos).

Otro problema de la figura de “crímenes contra la humanidad” es que, a partir de esta posible constitución en un tipo abierto con formulaciones del tipo “otros actos inhumanos”, se ha ido buscando crecientemente la homologación o analogía de prácticas que claramente no constituyen crímenes de Estado con la figura de crímenes contra la humanidad, como modo de aprovechar su estatuto especial en relación a las garantías de territorialidad, prescripción o amnistiableidad. Aunque la tipificación legal requiere la comprobación de la existencia de un ataque masivo o sistemático, al no haberse explicitado la perpetración estatal como parte del tipo penal, en las últimas dos décadas se han ido incrementando las tendencias por aprovechar los logros en la lucha contra los crímenes de Estado para utilizar dicho estatuto especial como parte de una ofensiva neopunitivista, que busca homologar la figura de crímenes contra la humanidad a prácticas como el terrorismo, el narcotráfico y otro conjunto de acciones que, más allá de su gravedad, no son prácticas cometidas por el poder punitivo estatal sino por organizaciones que buscan confrontar con el mismo o que se encuentran ajenas a dicho poder.

La articulación de esta creciente expansión de la figura de crímenes contra la humanidad con el surgimiento de una lógica preventiva en los delitos internacionales que busca sancionar a los responsables “antes de que ocurra la acción delictiva” (en las líneas del viejo “peligrosismo” de autor), ha llevado a que el discurso de los derechos humanos se haya metamorfoseado en una posible legitimación de los “ataques preventivos”, bajo el nuevo concepto de la “responsabilidad de proteger”, cuyo caso más emblemático fue el bombardeo de las ciudades libias y el asesinato de Ghadafi por parte de las fuerzas militares de la OTAN, con la autorización de las Naciones Unidas.

Otra característica de la figura de crímenes contra la humanidad se vincula con el modo de comprensión de las acciones, el cual resulta coherente, más allá de los errores de tipificación señalados, con la estructura básica con la que el derecho penal configura la acción social. El derecho penal observa la acción social desde una matriz individualista (muy propia del positivismo contractualista del siglo XVIII). Por lo tanto, dicha estructura no es capaz de pensar los procesos sociales en su complejidad, sino que piensa las acciones como acciones cometidas por un individuo, contra un individuo.

La figura de crímenes contra la humanidad (por oposición a la de genocidio) se ajusta a esa lógica dominante en la configuración de tipologías del derecho penal, en tanto remite a delitos puntuales, acciones puntuales, con una o varias víctimas; pero, por muchas que ellas sean, su consideración es una a una, delito por delito, víctima a víctima, respetando el criterio individualista de comprensión de la acción humana por parte de la lógica penal. Aun cuando conceptualmente esto supone un grave problema, en la práctica jurisprudencial constituye una gran ventaja y es una de las explicaciones fundamentales para comprender por qué en estos más de sesenta años desde el surgimiento de ambas tradiciones, se cuenta con un importante desarrollo jurisprudencial en relación al juicio y castigo por crímenes contra la humanidad frente a un casi nulo desarrollo de las causas que califiquen hechos como genocidios. Para todo juez o tribunal preocupado por los crímenes de Estado y dispuesto a investigarlos, la figura de crímenes contra la humanidad le permite mantener la coherencia con las otras figuras existentes en los códigos penales, sin introducir una categoría plenamente sociológica e ignorada históricamente por las concepciones de la acción en el derecho penal, como es la categoría de “grupo”.

En relación al concepto de genocidio, los problemas de codificación por parte de la Convención que transformó a dicho concepto en un tipo penal fueron distintos. Por una parte, sin dudas la categoría de genocidio constituye un tipo penal cerrado y, en este sentido, mucho más sólido desde su construcción típica. El concepto de genocidio contiene cinco incisos, los cuales resultan absolutamente coherentes entre sí, ya que dan cuenta de una sola práctica: el intento de destrucción de un grupo. Los cinco incisos mencionan los distintos modos en que dicha destrucción puede llevarse a cabo (matanza de los miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de sus miembros, sometimiento a condiciones que acarreen su destrucción, medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo, traslado de niños de un grupo a otro). A diferencia de la figura de crímenes contra la humanidad, ninguno de los incisos puede dar lugar a tipos abiertos o subjetivos sino que, por el contrario, dan cuenta de cinco tipos de prácticas objetivables y articuladas entre sí en la consecución del fin básico del tipo: la destrucción total o parcial del grupo.

Sin embargo, sus problemas de tipificación fundamentales (ya señalados hace años por infinidad de trabajos, en nuestro país, por ejemplo, en los de E. Raúl Zaffaroni) se vinculan con la delimitación de la práctica por su víctima (incluyendo tan solo cuatro grupos humanos en la tipificación y vulnerando de este modo el derecho de igualdad ante la ley) y la inclusión de la intencionalidad como requisito del propio tipo, al referir que el tipo no da cuenta de la mera destrucción del grupo sino que requiere probar el carácter intencional de dicha destrucción, lo cual en términos de codificación es problemático porque excluiría *a priori* la culpa o el dolo eventual.

He desarrollado estas problemáticas en numerosos trabajos, con lo que no me detendré aquí en estos dos ejes fundamentales de problemas en la tipificación del genocidio, sino que me parece relevante destacar algunas de sus posibilidades y la peculiaridad de su tradición de surgimiento, en oposición a los elementos que hemos discutido en relación a la figura de crímenes contra la humanidad. En lo inmediato, que la unidad de sus incisos y su constitución como tipo cerrado, como tipo configurado y objetivable, se articula con un amplio y sólido desarrollo criminológico, sociológico e histórico sobre las prácticas genocidas. Existe una literatura científica de estudios sobre genocidio que cuenta ya casi con medio siglo de reflexiones y aportes conceptuales, desde los más variados ángulos. Es muy sintomático que, por el contrario, no haya una literatura científica

de estudio sobre crímenes de lesa humanidad. Ni histórica ni sociológica ni politológica ni criminológica. Y no existe dicha literatura porque los crímenes contra la humanidad no constituyen un acción social en sí, una práctica específica, sino que se trata de un constructo legal que unifica prácticas muy distintas entre sí. Es así que contamos con literatura científica sobre la tortura, sobre el *apartheid*, sobre las persecuciones étnicas, sobre la represión política, sobre el genocidio. Pero no cobra sentido un campo de estudios que pudiera analizar simultáneamente (con las mismas categorías) un conjunto de prácticas sociales distintas entre sí. Podríamos afirmar que, en el caso del concepto de genocidio, este tipo coherente, unificado y cerrado tipológicamente hace mucho más difícil las analogías u homologaciones que buscan extender la caída de garantías a hechos que no sean parte del funcionamiento del aparato punitivo estatal, en esta estrategia neopunitiva.

3. El desarrollo jurisprudencial

Analizadas las características en términos típicos de las figuras herederas de ambas tradiciones, resulta ahora relevante pasar al análisis jurisprudencial y doctrinario, en relación a cómo se fueron desarrollando las dos tradiciones a lo largo del tiempo. Es importante observar esta diferencia entre la codificación y la utilización. La primera figura utilizada es la de crímenes contra la humanidad, a partir de su uso en los Tribunales Militares de Nüremberg. Sin embargo, su codificación será muy posterior a esa fecha y, de hecho, aún no existe una Convención Internacional que los defina, incluso cuando su tipificación fue establecida con aceptación internacional a partir del Estatuto de Roma, en el año 1998 (la Convención sobre imprescriptibilidad los había declarado así ya en 1968, pero sin terminar de tipificarlos). Por el contrario, la figura de genocidio es codificada muy tempranamente (a partir de la Convención sobre Genocidio, de 1948, que ha sido ratificada por una enorme mayoría de Estados, por lo general mucho antes de la tipificación jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad). Pese a ello, la figura de genocidio casi no fue utilizada por tribunales nacionales o internacionales, lo cual contrasta con la fuerte utilización de la figura de crímenes contra la humanidad.

En resumen, y pese a su temprana y mejor codificación, lo que puede observarse en el análisis jurisprudencial internacional es un creciente abandono y descuido de la noción de genocidio. Me animaría a hipotetizar que, entre

otros motivos, ello se debió precisamente al problema de que el concepto de grupo (muy de avanzada para comprender la acción social desde una perspectiva que busque superar el individualismo contractualista) resultó especialmente problemática para el derecho penal. Ese derecho comprende a la acción en un sentido individual: delitos cometidos por individuos contra individuos. Por el contrario, la inclusión de la categoría de grupo, si bien mucho más enriquecedora en términos de dar cuenta de un proceso histórico y más coherente con un análisis histórico y sociológico, resulta especialmente problemática para el derecho penal. ¿Cómo define el grupo y los límites del grupo el derecho penal? Aquí comenzarán las discusiones, que continúan hasta el presente, sobre los criterios objetivo o subjetivo, positivo o negativo, desde la víctima o desde el perpetrador, entre otros.

Por lo tanto, al observar las consecuencias de los avances jurisprudenciales del último medio siglo, se observa que se centró fundamentalmente en la posibilidad (claro que limitada, siempre limitada, porque se debe enfrentar a los poderes hegemónicos) de juzgar y castigar algunos crímenes de Estado bajo su calificación como crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, simultáneamente (y esto es lo que busco señalar como problemático) a comienzos del siglo XXI el mismo desarrollo doctrinario y jurisprudencial fue crecientemente utilizado para hacer análogos a los crímenes de Estado con otro tipo de prácticas o delitos, legitimando una criminología preventiva internacional. Uno de los hechos más preocupantes en esta línea es que la decisión del Consejo de Seguridad para autorizar el bombardeo de Libia se basa en una orden de arresto del Presidente libio, librada por el fiscal de la Corte Penal Internacional, orden de arresto que no responde a un proceso desarrollado sino al inicio de una acción sobre la que había, hasta el momento, solo denuncias.

Califico esto como especialmente preocupante porque se vincula al intento de construcción de un monopolio internacional de la violencia que podría derivar en consecuencias tremendas y difíciles de imaginar. Sabemos que el monopolio de la violencia legítima estatal ha resultado sumamente problemático, ha generado desastres a todo nivel y ha sido el presupuesto del poder punitivo, tanto de su ejercicio como de su paroxismo en el caso de los crímenes de Estado. Sin embargo, podríamos decir que dicho monopolio estatal de la violencia es preexistente a todos nosotros. Ha sido una construcción bastante antigua e incluso previa al derecho positivo moderno, que lo toma apenas como un presupuesto. Por el contrario, el

monopolio legítimo de la violencia internacional es algo inexistente desde los tratados de Westfalia: el principio de soberanía que desde allí se aceptó como norma del funcionamiento internacional no permite ese ejercicio de una violencia internacional (cuanto menos, no de modo legítimo). La posibilidad de que una criminología preventiva internacional (que además opera fundamentalmente con un tipo abierto como el de crímenes contra la humanidad) busque legitimar un monopolio internacional de la violencia es un riesgo al que tenemos que atender, si miramos con cuidado estas últimas dos décadas y las tendencias que parecen cobrar más y más fuerza en el desarrollo del derecho penal internacional.

Creo que, en ese sentido, la experiencia jurisprudencial argentina ha sido bastante interesante o sugerente para pensar alternativas en cuanto a posibilidades o proyectos, no solo para entender cómo se han juzgado los crímenes de Estado, sino también cómo se podría o se puede juzgarlos.

Destacaría dos cuestiones al respecto. La primera es que el juzgamiento se realiza por los propios tribunales nacionales, a partir de la reapertura de los juicios respetando el principio del juez natural. Más allá de que esta situación fue de algún modo producto y consecuencia de la presión de la jurisdicción universal, ha generado esta posibilidad de un juzgamiento dentro de la propia normativa penal, y del propio funcionamiento judicial nacional. Y la segunda cuestión ha sido la apertura de la discusión en Argentina sobre los modos de calificación de los crímenes de Estado. Pese a una tendencia jurisprudencial que tiende a instalar que nunca los casos califican como genocidio y siempre califican como crímenes contra la humanidad, las sentencias argentinas poco a poco han ido abriendo la posibilidad de cuestionar este lugar común de la jurisprudencia internacional, además en un caso cuya politicidad es evidente, y sin buscar negarla.

Primero desde las querellas (muy especialmente vale destacar el trabajo pionero de Eduardo Barcesat y, a partir de la reapertura, las acciones del colectivo "Justicia Ya"), luego a partir de comentarios dentro de las propias sentencias (al modo de lo que se podría calificar como *orbiter dicta*), asumido cada vez más por muchas fiscalías y hasta llegar a la propia calificación de las acciones en la sentencia. Paso a paso, la jurisprudencia argentina se animó a la posibilidad de ampliar la discusión de la calificación haciendo un aporte que creo que es crucial para solucionar uno de los problemas de la codificación de genocidio, que era la violación del derecho de igualdad ante la ley que incluía solo cuatro grupos en el tipo penal.

Apelando al desarrollo a fondo y sistemático de una interpretación que surge en España en las actuaciones del juez Baltasar Garzón, cada vez más numerosas querellas, fiscalías y tribunales argentinos comienzan a aprovechar la ventana de oportunidad que dejó abierta la Convención sobre Genocidio para su interpretación (y que puede permitir resolver el error de tipificación, al hacer viable la inclusión de cualquier otro grupo), que es el análisis del significado conceptual de un “grupo nacional”. El grupo nacional, partiendo de la mayoría de las definiciones, tanto histórico-sociológicas, filosóficas o jurídicas, da cuenta del conjunto de los miembros que conforman la comunidad. Incluso la propia Corte Interamericana definió de dicho modo al grupo nacional. La intención de destruir esa comunidad nacional, que es siempre la intención del genocidio, tal como lo definía el creador del término, Raphael Lemkin, da cuenta tanto de los grupos incluidos en la Convención (religiosos o étnicos, no incluyó a los raciales porque nadie habla hoy en ninguna disciplina de la existencia de grupos raciales) pero también de cualquier otro grupo excluido de la Convención, en tanto aunque no esté nombrado explícitamente en la Convención, constituye una parte inescindible y sustancial del grupo nacional, el cual resulta destruido en parte si se le amputa dicha porción, sea esta de orden político, social, cultural, de género, sexual u otra.

Y la Convención incluye explícitamente en su codificación la destrucción parcial del grupo nacional. En este sentido, creo que se ha generado un aporte que es estudiado y trabajado en algunas otras experiencias históricas, que ha comenzado a avanzar en la posibilidad de juzgamiento en Bangladesh, que ha tenido su influencia en la posible continuidad y transformación de los procesos de juzgamiento en Camboya. Pero, que permite a su vez producir un efecto adicional, que es un efecto que jamás tomó en cuenta el derecho penal, desde por lo menos el conocimiento muy tibio que puede tener alguien que no es parte del campo del derecho, que es hacerse cargo de los efectos de memoria que produce el proceso de juzgamiento.

Las sociedades modernas han constituido a la justicia en el ámbito de construcción de la verdad colectiva. Y, más allá de que todos sepamos en el derecho o en las ciencias sociales, o en la filosofía, que esto constituye una ficción, y que no es posible que un juez construya una verdad “colectiva”, por otro lado, su incidencia en la construcción de las memorias colectivas es crucial, porque cuando los hechos ficcionales son asumidos

colectivamente cobran materialidad y se transforman en objetivos. Que sepamos que el rol del derecho en la construcción de una verdad colectiva es una construcción ficcional no impide que, si nuestras sociedades creen que la verdad se sanciona en el proceso de juzgamiento, dicho proceso otorga a la sociedad una verdad legitimada colectivamente sobre el pasado. Así como en la Edad Media era la religión la encargada de construir la verdad colectiva (y dicha ficción no implicaba que sus efectos no fueran verificables y produjeran consenso), hoy es el derecho el que carga con esta responsabilidad que, por ficcional que fuere, no desaparece en sus efectos mientras una sociedad le siga otorgando valor.

Y es en esta discusión (vinculada a dar cuenta de los efectos de destrucción del conjunto de la comunidad, eliminando a una parte de dicha comunidad) en la que ciertas sentencias constituyen un modo específico y enriquecedor de comprender los hechos, de recordar los hechos, de crear memoria sobre esos hechos, muy diferente al planteo que los concibe (desde la lógica individualista) como delitos específicos, por graves que fueren, cometidos contra individuos específicos. Aunque la condena pueda ser la misma, la comprensión y construcción legitimada y legitimante del pasado resulta radicalmente diferente. En un nivel, lo que se ve son violaciones específicas de derechos individuales; en otra perspectiva, lo que se ve es el ejercicio de un poder punitivo estatal que no solo afecta individuos, sino que transforma al conjunto del grupo nacional, eliminando una parte de él, sea como sea que haya construido a esa parte como ajena o alienada al propio grupo nacional.

4. A modo de conclusión

Quisiera cerrar este trabajo con dos sugerencias sobre las posibilidades que han abierto estos diversos desarrollos jurisprudenciales, herederos de dos tradiciones distintas. Sugerencias que buscan destacar no solo las posibilidades sino también los riesgos que ha generado la creación de estas dos nuevas figuras dentro del campo del derecho penal. Entiendo que existen dos salidas políticas posibles, que buscan compensar estas posibilidades y riesgos, balancearlos, tratando de que no sea peor la acción que cometemos que la acción que buscamos confrontar.

La primera propuesta es la que catalogo como una visión más conservadora, y la segunda resulta más radicalizada; cabe aclarar que siempre prefiero inclinarme por esta vía, aunque no necesariamente todas las veces es la más eficaz.

La propuesta más conservadora sería, por lo menos, poder intentar un fuerte trabajo de delimitación de la figura de crímenes contra la humanidad, incluyendo explícitamente su carácter estatal en el tipo, y cerrando aquellos incisos que permiten constituirla como tipo abierto, sin dudas el más que discutible inciso "k". Esto es, haciéndose cargo de las enormes dificultades que genera tener un tipo abierto que, además, con la codificación actual no da cuenta explícitamente que el eje que explica la transformación del sistema procesal, la caída de ciertas garantías penales, la no aceptación de amnistías e indultos, es que se trata de una práctica cometida sistemáticamente por el poder punitivo estatal. Por lo tanto, la propuesta sería una acción política firme nacional e internacional para explicitar en el tipo la perpetración estatal y cerrar las figuras o los incisos más abiertos.

La propuesta radicalizada, donde la experiencia argentina nos demuestra que lo imposible apenas puede tardar un poco más, sería revertir este abandono de la figura de genocidio (mucho mejor construida y más sistemática, además de constituir un tipo cerrado) y recuperar el concepto de genocidio como categoría central para la comprensión de los crímenes de Estado. Poder comenzar, a través de la interpretación de la destrucción parcial de un grupo nacional, a recuperar el concepto de genocidio y permitir de ese modo redireccionar el juzgamiento de los crímenes de Estado y, de algún modo, poder poner límites y frenos a la posibilidad de la utilización de los derechos humanos como caballito de batalla de un neopunitivismo internacional.

De un modo conservador o de un modo radicalizado, la lucha por sancionar los crímenes de Estado no puede volverse ajena de las tendencias de las últimas décadas y de su articulación con estrategias neopunitivas. El valor enorme de una lucha muy larga para poder, por primera vez, juzgar y condenar los únicos delitos verdaderamente destructores del lazo social (los crímenes de Estado) no debe ser banalizado y utilizado para destruir el aparato de protección que otra serie de luchas han construido ante el avance del poder punitivo nacional e internacional. En nuestra lucidez para enfrentar esta contradicción, debieran radicar nuestras esperanzas.



CÉSAR L. FRANCO⁽¹⁾



Quisiera referirme concretamente a uno de los casos más emblemáticos y actuales de nuestro continente que ha tenido lugar en mi país. Este retrata la figura correspondiente al tipo penal del genocidio.

Como se sabrá, durante los años 60 al 86 en Latinoamérica se libró una lucha armada, producto de conflictos ideológicos, cuyo rumbo en Guatemala fue determinado por una serie de injerencias externas.

Esto originó, entre otras cosas, que en Guatemala se "vietnaminizara" el desarrollo del conflicto y se instituyeran prácticas tendientes a eliminar y sacrificar poblados enteros a partir de la creación de diferentes planes por parte del ejército que tenían como último fin desaparecer algunas de las poblaciones consideradas poblaciones "germen" o poblaciones en las que la guerrilla fundamentalmente basaba su punto de apoyo.

Uno de los planes era el denominado "Operación Sofía", cuyo objetivo era matar combatientes enemigos y destruir los poblados donde se agruparan, además de las bases de apoyo sustentadas en población civil, a pesar de que no tenían ninguna participación dentro del conflicto.

El plan "Victoria 82" tenía la política denominada "tierra arrasada"; es decir, la de destruir poblados enteros y desaparecerlos de la geografía guatemalteca.

El tercer plan se llamó "Firmeza 83". Estaba destinado a identificar ciertos sectores de la población indígena —que es mayoritaria en mi país— como

(1) Presidente de la Asociación Guatemalteca de Derecho del Trabajo "Mario López Larrave". Abogado y Notario (Universidad de San Carlos de Guatemala). Doctor en Sociología (Universidad Pontificia de Salamanca). Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos (Universidad de San Carlos de Guatemala). Docente en diversas universidades de Guatemala y el exterior. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

grupos humanos peligrosos, que respaldaban la existencia de los grupos armados. Según este plan, el grupo de la etnia *ixil* era un grupo peligroso.

Ahora bien, estos planes contra insurgentes no sitúan una sola práctica de genocidio por parte del estado guatemalteco hacia un sector en particular de la etnia o de las etnias indígenas de mi país. De hecho, el conflicto armado se desarrolló teniendo como base el objetivo de ubicar a muchos grupos. Inicia en una región del país de población mestiza, en donde normalmente no germina. Posteriormente se traslada al área indígena, en donde los niveles de exclusión y de marginalidad permitieron que el conflicto pudiera subsistir y que la guerrilla pudiera nutrirse ideológicamente. Esto, fue ubicado inmediatamente por el ejército, que halló a los grupos de población indígena como potencialmente peligrosos, abastecedores y, sobre todo, responsables de albergar la guerrilla.

Así, entonces, se armaba el primer plan, “fusiles y frijoles”, diseñado por Efraín Ríos Montt —ese militar al que recientemente se ha condenado, pero cuya sentencia se ha dejado sin efecto—; que permite el nacimiento de los grupos paralelos armados denominados “patrullas de autodefensa civil” con el fin de utilizar a los mismos indígenas como base para la guerra.

Las patrullas de autodefensa civil tenían una conformación cien por ciento indígena, esa era la base de su sustentación. Es decir, armar a la misma población indígena, ideologizarla para prepararla para luchar contra la misma base de sustento indígena que hacía descansar la base de la guerrilla en el sector occidental de Guatemala.

La identificación de ciertos grupos indígenas como peligrosos y la aplicación de los planes Sofía, Victoria, y Firmeza 83 tuvieron las siguientes consecuencias:

A destacar en primer lugar, se instituyen la violación y la violencia sexual contra las mujeres.

Normalmente, las mujeres no eran solo el producto del botín de guerra, también eran el objetivo fundamental del ataque a los diferentes grupos de indígenas. El de los *ixil*, mencionado anteriormente, es un ejemplo de uno de estos grupos vulnerados.

Con motivo del juicio contra Ríos Montt, se han recogido testimonios que refieren a casos donde los militares guatemaltecos humillaban a las mujeres; buscaban a las que estaban en estado de gravidez, abrían

sus estómagos con las bayonetas de las armas y, luego, las ridiculizaban con los fetos.

Las mujeres eran, también, esclavizadas sexualmente. Las trasladaban a los comandos militares en donde por meses, o años, eran usadas como prostitutas para la tropa.

Evidentemente, se buscaba erradicar la posibilidad de que estos grupos indígenas pudieran seguir reproduciéndose.

En segundo lugar, otro de los grupos vulnerados u objetivos militares dentro del grupo *ixil* fueron los niños. Se ejecutaba fundamentalmente a los niños. El testimonio de los testigos del proceso da fe de que normalmente quienes sobrevivieron fueron ancianos, en algunos casos, pero en muy pocos casos los niños.

En tercer lugar, hubo también destrucción de cultivos. Esta era una estrategia muy especial que tenía como propósito suprimir cualquier posibilidad de que los indígenas pudieran continuar cultivando para el autoconsumo, para que pudieran subsistir; y no solo para que no pudieran dar aprovisionamiento a la guerrilla.

En cuarto lugar, el desplazamiento forzoso y la reubicación de la población sobreviviente a zonas militarizadas, denominadas "Aldeas modelo". A los pocos sobrevivientes de las tierra arrasadas se los ubicaba en zonas militarizadas que eran llamadas "Aldeas modelo", en donde no permitía la reconstrucción del tejido social.

Había una evidente, paulatina y progresiva eliminación cultural indígena; *ixil*, en mi ejemplo. Con los sobrevivientes se intentaba evitar, incluso, que se mezclaran con integrantes de otros grupos étnicos para impedir su regeneración.

Durante todos esos años entonces, el grupo *ixil* fue cosificado y subestimado; deshumanizado y estigmatizado. Un objetivo de guerra a destruir. El racismo contra grupos como el *ixil* se convirtió en una ideología política de estado que, indudablemente, preceptuaba que indio visto, indio muerto.

Todos estos casos fueron llevados a juicio y juzgados por jueces guatemaltecos en un momento donde nosotros mismos éramos escépticos a creer que fuéramos capaz de encauzar históricamente a algún militar.

La cultura de la impunidad, y sobre todo la desarrollada a favor de los sectores militares, era de tal nivel que jamás pudimos pensar en la posibilidad de poderlos encauzar. Pero, dada la gravedad de todas estas acciones, se posibilitó el juicio primero a militares de alto rango que habían participado como jefes de las instituciones policiales civiles; y, posteriormente, al general Efraín Ríos Montt.

En este proceso —donde se escucharon a más de trescientos testigos y expertos en el tema— hay que destacar los errores judiciales cometidos en el juicio contra Ríos Montt porque contribuyen, quizá, a la percepción que se tiene en América latina en cuanto a que la duración de la sentencia ha sido generada porque no había suficiente causa para juzgarlo.

Una de las afirmaciones más reiterada, especialmente por los sectores poderosos guatemaltecos, es que en Guatemala nunca ocurrió genocidio. Esto es falso, todos los elementos que he citado encajan literalmente en el tipo penal regulado en nuestro código como genocidio; que es básicamente lo que recoge el Estatuto de Roma.

Pero además, la negativa de los sectores poderosos a aceptar que en Guatemala hubo genocidio obedece a una política de encubrimiento de unos con otros; y, sobre todo, a una política tendiente a ocultar la participación de los sectores económicamente poderosos que fueron quienes respaldaron toda la práctica de los militares a lo largo de la historia.

Hubiera valido la pena vivir en Guatemala durante los seis meses previos al juicio; en donde casi todos los días en los medios de comunicación masiva del país —televisivos, radiales y escritos—, el sector poderoso publicaba campos pagados millonarios para hacer ver que el juicio contra Ríos Montt se estaba desarrollando en un ambiente de falsedad, porque jamás había existido genocidio en Guatemala.

Se decía incluso, o se invitaba a los guatemaltecos a reflexionar sobre las implicaciones internacionales que para Guatemala podría tener el que estuviéramos juzgando a alguien por genocidio, y el que, eventualmente, una sentencia en nuestros tribunales pudiera reconocer que habíamos tenido genocidio en nuestro país nos iba a degradar a la condición de estados como Ruanda o Luanda, donde se había juzgado y donde sí había habido genocidio, pero que no tenía nada que ver con nuestro país. Este fue un intento del empresariado por ocultar su participación, pues se sabe que los militares habían hecho llegar un claro mensaje no solo al gobierno

de turno, sino al sector empresarial, relacionado con que debían de tener cuidado porque posteriormente a los militares posiblemente se iba a descubrir también su participación, e iba a quedar al descubierto que los militares habían sido simplemente emisarios del poder económico.

De esta forma el juicio se desarrolló en un ambiente completamente negativo. Se incurrió en errores evitables que tuvieron como resultado la anulación de la sentencia y la repetición del proceso.

La Corte Constitucional ha dictado una nueva sentencia a la que me quería referir especialmente. Ésta tiene como propósito obligar a los tribunales de la jurisdicción ordinaria guatemaltecos a que se vuelvan a pronunciar sobre algo que ya se pronunciaron, relacionado con el decreto ley de Amnistía.

En 1986, los militares, antes de entregar el poder a los civiles, se autofavorecieron al decretarse la Ley de Amnistía, invocada en repetidas oportunidades por sus defensores, pero especialmente por los defensores de Ríos Montt; a pesar del pronunciamiento de algunos tribunales ordinarios en contra de esa ley.

La Corte ha decidido un amparo hace dos años y medio y ahora, en medio de este caos que ha generado la duración del juicio, dicta una nueva sentencia del amparo relacionada con la invocación que hace la defensa de Ríos Montt en cuanto a que se ha violado su derecho porque debió haber sido amnistiado desde un principio, nunca debió haber sido juzgado. Entonces la Corte ahora se pronuncia otorgando el amparo y obligando a los tribunales de la jurisdicción ordinaria a que vuelvan a emitir un segundo pronunciamiento sobre la ley de amnistía.

Los considerandos del fallo dejan entrever que la amnistía debe otorgarse porque es un decreto vigente; nunca fue derogado por los gobiernos civiles constitucionales desde el 85 hasta hoy.

Pero lo que la Corte omite deliberadamente, es que existe una ley de reconciliación nacional producto de la firma de los acuerdos de paz —posterior a este decreto ley de amnistía— suscritos el 29 de diciembre de 1996, en donde se deja prevista la posibilidad de una amnistía, como parte de las negociaciones de paz entre los grupos guerrilleros y el gobierno guatemalteco, pero con exclusiones muy claras: no se admite la posibilidad de amnistiar por delito de genocidio, el delito de tortura y desaparición forzada, delitos imprescriptibles o que no admiten extinción de responsabilidad

penal, conforme derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

Este decreto, promulgado en 1996 a raíz de la firma de los acuerdos de paz, está vigente. Por consiguiente, hace imposible la posibilidad de que se pueda aplicar la ley de amnistía, creada por los militares para autoamnistarse.

Sin embargo, viene ahora el segundo pulso, y es lo que habrá que comprobar en figuras como la del ejemplo, como la que traemos esta tarde para exponerla acá en este foro, habrá que comprobar el valor de los tribunales guatemaltecos para ver si son capaces de sostener ahora el pronunciamiento que en todo caso se emitió. Es decir, tenemos una sentencia, que aunque anulada, ha permitido probar la responsabilidad de Ríos Montt en la comisión del delito de genocidio. Ha permitido probar la existencia del delito de genocidio como tal, pero por sobre todas las cosas ha permitido probar que éramos capaces de poder juzgar en estos casos con nuestros propios jueces.

Los tribunales guatemaltecos no se asustaron por lo hecho por el tribunal constitucional: anular primero la sentencia y posteriormente obligar a un nuevo pronunciamiento sobre la amnistía. Es como empezar de cero en esta lucha donde los únicos condenados hasta hoy son algunos civiles y algunos militares que estuvieron en puestos medios, y que participaron de alguna manera en ejecuciones extrajudiciales durante el conflicto armado.

Pero Ríos Montt es una de las figuras fundamentales, no cabe la menor duda. Y por supuesto, otros militares de alto rango que ni siquiera han sido mencionados como susceptibles ser juzgados.

Es importante entonces recoger lo que se ha dicho en este foro, y especialmente sobre las recomendaciones que hablaba el profesor Feierstein, relacionadas con la verdadera interpretación que se tiene que hacer sobre la figura del genocidio. Eso para permitir que en pueblos como el nuestro, los tribunales y los guatemaltecos, en general, puedan tener el valor de consagrarse sus instituciones juzgando a quienes, efectivamente, incurrieron en delitos como este.

Muchas gracias.



JOHN A. E. VERVAELE⁽¹⁾



**Delitos internacionales:
¿Del *ius (non) puniendi* del Estado-nación
a un deber *puniendi imparativo* de *ius cogens*?⁽²⁾**

1. Soberanía y potestad penal revisited

Nuestro sistema y derecho penal modernos están conceptualizados, desde el Siglo de las Luces, como parte integral y exclusiva de la potestad soberana del Estado-nación. La *trias política* nacional (legislativo, ejecutivo, judicatura ¿no es judicial?)⁽³⁾ define los tipos, ejerce la potestad investigativa, promueve la acción penal y juzga los delitos según criterios de jurisdicción nacional. La definición de los bienes jurídicos que merecen tipificación penal (criminalización primaria) y los mecanismos del sistema penal que son decisivos para saber cuándo y cómo se investigan, se juzgan y se sancionan las violaciones de estos bienes jurídicos (criminalización secundaria) son parte de la política criminal del Estado-nación.

La globalización y la digitalización de nuestras sociedades han obligado a los Estados-nación a elaborar enfoques comunes en relación con la tipificación penal o en relación con las herramientas de investigación judicial. El ejercicio del *ius puniendi* en sus aspectos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales debe además ser conforme con el acervo (convenios y jurisprudencia) del derecho internacional de derechos humanos (DH),

(1) Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Utrecht, Holanda, y profesor de Derecho Penal Europeo, Colegio de Europa, Bruselas, Bélgica.

(2) Este trabajo fue publicado en VELÁSQUEZ; POSADA; CADAVÍ y OBERTO SOTOMAYOR (coords.), *Derecho Penal y Crítica al Poder Punitivo del Estado. Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Universidad de los Andes, 2013, t. 2, p. 1233 y ss.

(3) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1758.

derecho internacional humanitario (DIH), derecho penal internacional (DPI) y, eventualmente, el derecho regional de integración (derecho de la Unión Europea, derecho del Mercosur). Sin embargo, hay en las últimas décadas claras tendencias de que el Estado-nación tiene que compartir su potestad punitiva penal y, por consecuencia, prerrogativas de su soberanía penal. En primer lugar, algunos modelos de integración, como la europea en particular (desde la Comunidad a la Unión Europea), van mucho más allá del modelo convencional y redefinen la soberanía penal como parte de una política común para un espacio nuevo común.⁽⁴⁾ La potestad punitiva, incluyendo la potestad penal de los Estados Miembros se redefine en el contexto de políticas de integración y espacios comunes, y forma parte de una soberanía compartida entre Estados Miembros y Unión Europea. En segundo lugar, en ciertas áreas, órganos de la comunidad internacional definen en gran medida el contenido y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado-nación. En materia de lavado de activos las recomendaciones del GAIFI de Grupo G2,⁽⁵⁾ y su monitoreo basado en evaluaciones mutuas,⁽⁶⁾ resultan en acciones específicas recomendadas para cada país. Estos ejemplos de poder punitivo penal compartido entre el Estado-nación y órganos internacionales (siendo órganos supranacionales de integración u órganos de derecho internacional público) tienen como consecuencia que aspectos importantes de la política criminal del Estado-nación se definen en órganos internacionales o supranacionales. Encontramos, tanto en el derecho internacional público como en el derecho de integración, obligaciones de derecho penal, incluyendo tipificaciones penales, que son vinculantes para los estados sin que haya necesidad de ratificación o incorporación. Con esta constatación no se ha dicho todavía que no necesiten incorporación para ser aplicables, es decir, para crear obligaciones penales a personas físicas y jurídicas, teniendo en cuenta el adagium: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. De hecho, vinculantes para los Estados no es sinónimo de fuente de obligaciones penales para personas físicas o jurídicas.

(4) VERVAELE, J. A. E., *El derecho penal europeo*, Bs. As., Del Puerto, 2001.

(5) VERVAELE, J. A. E., "Delincuencia económica y lavado de activo: ¿un nuevo paradigma del sistema penal?", en *Cuadernos de derecho penal económico*, nº 5 "Lavado de activos y delitos afines", Universidad de Ibagué, 2011, pp. 27/52.

(6) Ver monitoreo de GAFISUD en América Latina, [en línea] <http://www.gafisud.info/actividades.asp>

Sin embargo, los órganos y mecanismos mencionados no son los únicos que afectan la potestad punitiva penal del Estado-nación. En las últimas décadas vemos que la judicatura internacional en materia de derechos humanos impone cada vez más a los Estados Parte un deber positivo de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones contra estos derechos, que son en gran medida también conductas relevantes de delitos internacionales que pertenecen al *core delicta iuris gentium*⁽⁷⁾ y hoy en día en gran medida cristalizados en convenios internacionales y regionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sobre todo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha elaborado una rica jurisprudencia en la materia de deber positivo para contrastar la cultura de impunidad. La Corte IDH entiende como impunidad: "La falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares".⁽⁸⁾

La jurisprudencia de la Corte IDH sirvió en algunos países latinoamericanos como base para desarrollar en la jurisprudencia nacional de tribunales penales y altas cortes nacionales (cortes supremas y cortes constitucionales) un *deber puniendi* del Estado en materia de graves violaciones de derechos humanos con fuente en el derecho internacional público, refiriéndose a normas de derechos humanos, derecho internacional humanitario o derecho penal internacional y atribuyendo a estas normas fuerza de *ius cogens*,⁽⁹⁾ es decir derecho imperativo *erga omnes*, alcanzando obligaciones para los estados en su conjunto.

(7) La expresión fue utilizada en el juicio israelí en el caso Adolph Eichmann.

(8) CORTE IDH, "Caso Bulacio vs. Argentina", 18 de septiembre de 2003.

(9) La idea de un cuerpo de derecho *ius natural* esencial para los valores y la conciencia humana de la comunidad internacional como tal fue mencionada en la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados de 1969, y reconfirmada en 1986 en la nueva Convención de Viena sobre la Ley de Tratados. Además, la Corte Internacional de Justicia declaró en el caso Barcelona Traction (ICJ Reports, 1970, art. 32, párr. 33) el *ius cogens* o *peremptory rules* como fuente autónoma de derecho, más allá del derecho convencional, elaborando así un conjunto de normas internacionales de vital importancia para la comunidad internacional en general, derivadas de valores universales para todos los Estados, y teniendo valor *erga omnes*.

No todos los Estados habían o han tipificado penalmente estas graves violaciones de derechos humanos. Tampoco existía en aquel momento en el derecho internacional público un cuerpo cristalizado de tipificaciones de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura, desaparición forzada, etcétera, considerado un núcleo duro de delitos internacionales, un *core delicta iuris gentium*, un conjunto de graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones. Poco a poco fueron elaborados en convenios internacionales y pues parcialmente codificados en el Estatuto de Roma, como base de jurisdicción para la Corte Penal Internacional. Sin embargo, esta elaboración de derecho positivo a nivel internacional no ha resuelto completamente el problema de *lex praevia*, *lex certa* a nivel nacional. Estos convenios internacionales y el Estatuto de Roma no han anulado completamente el vacío legislativo a nivel nacional. No todos los Estados son partes de las convenciones y del Estatuto de Roma. En caso de ratificación e incorporación, el legislador no siempre ha cumplido en la totalidad con el núcleo duro de delitos internacionales, recogidos en las convenciones y el estatuto. Además, los convenios y el estatuto no abarcan la totalidad de estos delitos internacionales y el contenido mismo del *core delicta iuris gentium* es objeto de discusión permanente y evolución histórica. También es de subrayar que los tribunales y cortes nacionales interpretan estas normas de manera muy diferente, por ejemplo, en materia de prescripción. Muchos motivos por los cuales tanto las cortes internacionales de derechos humanos como jurisdicciones nacionales (penales, supremas y constitucionales) se ven confrontadas con graves situaciones de impunidad en relación con estos delitos, debido a la pasividad del legislador nacional o debido a una incorporación selectiva y tal vez tardía, o debido a obstáculos jurídicos internos (leyes de amnistía, prescripción, *ne bis in ídem*, etcétera) que impiden la investigación judicial, la acción penal o la punición.

En muchos países latinoamericanos hay un conflicto jurídico-institucional al respecto entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y altas instituciones nacionales. Países como Uruguay, Brasil o Guatemala tienen un abierto conflicto entre órganos nacionales (parlamentos, altas cortes) y la Corte IDH, no otorgando primacía al derecho internacional de derechos humanos. En otros países latinoamericanos como Argentina, Perú, Chile y Colombia, altas cortes nacionales han recopilado y ejecutado la doctrina del *ius cogens* para dar amplio contenido al deber *puniendi*,

introduciendo con retroactividad tipificaciones por vía judicial y otorgándoles carácter imprescriptible. El primer enfoque pone en duda la validez de normas internacionales de carácter imperativo con impunidad como resultado. El segundo enfoque no solo se enfrenta con principios generales del derecho penal nacional, sino que tiene el riesgo de convertir la judicatura nacional en legislador y de imponer la *lex gravior*, violando la reserva (constitucional) de la ley formal.

Mi contribución en este artículo no trata de la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento con los imperativos, incluyendo de *ius cogens*, del derecho internacional público, pero sí del contenido de esta responsabilidad, a través de deberes positivos de investigar, juzgar y sancionar estos delitos en la justicia penal interna y su vínculo con la responsabilidad y punibilidad penal por violaciones de crímenes internacionales. La pregunta clave se podría formular de esta manera: ¿cuál sería el *deber puniendi* de los Estados-naciones en relación con graves violaciones de derechos humanos-crímenes internacionales derivado del derecho internacional público y cómo se articularía este deber con el *ius puniendi* del Estado-nación y con los principios generales de derecho penal, especialmente el principio de legalidad? ¿Obliga el *deber puniendo* a convertir el adagium: *nullum crimen, nulla poena sine lege en nullum crimen, nulla poena sine iure* (derecho internacional consuetudinario-*ius cogens*)?

2. Impunidad y el deber positivo de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales por la vía del *ius cogens*

2.1. Derechos humanos y tutela penal obligatoria

La función de los derechos humanos consiste, en esencia, en la protección del ciudadano en contra del poder del Estado, obligando al Estado a actuar dentro el marco del estado de derecho democrático y otorgando al ciudadano el uso de sus derechos humanos y protegiendo su dignidad humana. En materia penal, los derechos humanos tienen en primer lugar la función de protección del sospechoso, acusado, condenado en contra de la potestad punitiva del Estado, otorgándole el conocimiento previo de la conducta penalmente tipificada, ejecutando investigaciones judiciales que respeten al máximo sus libertades (libertad individual, protección de la vida privada, etcétera) y garantizando un juzgamiento por un tribunal independiente e imparcial siguiendo reglas de debido y equitativo proceso.

La impunidad⁽¹⁰⁾ de graves violaciones de derechos humanos y los derechos de las víctimas a verdad y a justicia han convertido a los derechos humanos, en las últimas décadas, en un "arma" de doble filo. El primer filo tiene como clásica función la de la kantiana contingencia del poder punitivo del Estado, una función negativa dirigida a un uso del *ius puniendi* en conformidad con los derechos humanos. El segundo filo consiste en la nueva función de activación del poder punitivo del Estado, un *deber puniendi* en conformidad con un deber positivo derivado de los derechos humanos.

Este nuevo deber positivo consiste en obligaciones para el Estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos haciendo, *inter alia*, uso obligatorio de su sistema penal. Se podría decir que el respeto de los derechos humanos se convierte en un nuevo bien jurídico, que no solo merece tutela penal, sino que obliga a la misma, tanto por criminalización primaria como secundaria. El Estado tiene un deber de garantía de cumplimiento con los derechos humanos, que vinculado a la figura de los remedios efectivos, ha servido para construir esta obligación positiva.

En América Latina el contexto de graves violaciones de derechos humanos es mucho más agudo, aunque en Europa hay países con realidades similares, como por ejemplo Turquía y Rusia. Muchos países en América Latina han conocido en la segunda parte del siglo XX atroces dictaduras militares o siguen conociendo largos conflictos armados internos. En ambos ha habido o hay severas violaciones de derechos humanos de parte de órganos estatales o de parte de paramilitares vinculados y de parte de guerrilleros. Muchos países padecen de una cultura de impunidad estructural, especialmente, pero no solo, cuando se trata de violaciones graves cometidas por agentes estatales o semi estatales o paramilitares en estrecha conexión con el Estado.⁽¹¹⁾ En las últimas décadas la gran mayoría de los países que pasaron por las dictaduras han vuelto a la democracia. Tanto los gobiernos de transición como los gobiernos democráticos han tenido que afrontar las graves violaciones de derechos humanos cometidos durante las dictaduras o durante conflictos internos en camino. Las respuestas han sido multivariadas, de formas de justicia (penal) transicio-

(10) POPKIN, MARGARET, *Latin America: The Court and the Culture of Impunity, Crimes of War Project*, diciembre 2003, [en línea] http://www.crimesofwar.org/icc_magazine/icc-popkin.html.

(11) Ver, por ejemplo, CORTE IDH, "Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia", 19 de septiembre de 2005; y "Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", 31 de enero 2006.

nal⁽¹²⁾ impuestas por los militares, negociados por los militares con gobiernos de transición, hasta formas de justicia (penal) transicional pactadas dentro un acuerdo de paz o aprobadas en el parlamento y/o por referendo popular. La justicia penal transicional siempre tambalea entre la búsqueda de la verdad y la búsqueda de la justicia pero con parámetros de reconciliación. La justicia transicional enfrenta en América Latina, además de la comisión de crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado en contra de una parte de la población (grupos excluidos, personas sospechosas de subversión, oposición política, etcétera): el fenómeno de terrorismo de Estado.

Muchas formas de justicia penal transicional son de tipo posconflicto tratando con la transición de dictadura a democracia, aplicando tipologías diferentes de amnistía: de autoamnistía por parte de los militares (como fue el caso en Argentina) a amnistía bilateral (a agentes del Estado y a guerrilleros) otorgada por democracia directa y/o indirecta (como es el caso en Brasil). En algunos países formalmente democráticos, como por ejemplo Colombia, esta justicia penal transicional ha sido introducida durante el conflicto interno armado, otorgando a los paramilitares un tratamiento penal muy favorable a condición de reconocer su culpabilidad y de poner fin a sus actividades paramilitares.⁽¹³⁾ La justicia penal transnacional es una justicia penal de excepción que no tiene como función principal la retribución pero sí la restauración de la comunidad (*restorative justice*). En la justicia transicional están en juego sobre todo los intereses de las víctimas. Su derecho a justicia y verdad incluye su interés en la persecución y castigo de los presuntos autores. Aunque hay otras formas de impartir justicia (indemnizaciones, comisiones de verdad, etcétera), ellas solo podrían complementar y no sustituir la justicia penal cuando se haya tratado de graves violaciones de derechos humanos, delitos internacionales y delincuencia de Estado. La jurisprudencia de la Corte IDH deja también muy claro que las formas de la justicia transicional, de fuente democrática o no, deben cumplir con la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley. Son valores que no pueden ser sacrificados.

(12) BASSIOUNI, CHERIF M., *Post-Conflict Justice Penal International y Comparado de la serie Law*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2002.

(13) Ley Justicia y Paz (ley 975 de 2005), ver APONTE CARDONA, A., *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, 2011, [en línea] http://www.toledopax.org/uploads/EL%20PROCESO%20PENAL%20ESPECIAL%20DE%20JUSTICIA%20Y%20PAZ_CITpax_Observatorio.pdf

cados, tampoco por la mayoría parlamentaria. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo el derecho internacional de los derechos humanos. La judicatura nacional y supranacional tiene una obligación de control de convencionalidad para que los derechos humanos, incluyendo el deber positivo de investigar, juzgar y sancionar, se cumplan también en esta fase de transición.⁽¹⁴⁾

La cultura de impunidad y la *non-actuación* del Estado por *non-uso* o uso no debido del *ius puniendi* está fundamentado en los tres poderes de las *trías políticas*. La responsabilidad internacional por violación de normas de derechos humanos vinculada a un patrón de impunidad puede ser derivada de cualquier poder del Estado. El Poder Legislativo no tipifica o no tipifica de manera adecuada graves violaciones de derechos humanos, prevé plazos (cortos) de prescripción o concede formas de amnistía en blanco. El Poder Ejecutivo no realiza o no realiza de manera adecuada las investigaciones de las graves violaciones de derechos humanos, sin la necesaria profesional obtención de pruebas, o no protege o no protege de manera eficaz los testigos. El poder jurisdiccional se muestra muy poco eficaz para activar la acción penal, aplica sobreseimiento o la acción penal acaba en absolución o sentencias condenatorias de mero simbolismo (simulacro de justicia).

No es de extrañar que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU haya elaborado en 2005 un conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. El art. 19 de estos principios estipula claramente: "Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente..."⁽¹⁵⁾

Es a la luz de esta realidad estructural de impunidad que la Corte IDH ha desarrollado desde el inicio de su jurisprudencia el deber positivo de los Estados Parte de proteger derechos humanos.

(14) CORTE IDH, "Caso Gelman vs. Uruguay", 24 de febrero de 2011, párr. 239.

(15) Ver [en línea] <http://www.derechos.org/nizkor/impu/imppupos.html>

2.2. Enfoque de la Corte IDH

Desde la sentencia "Velásquez Rodríguez vs. Honduras"⁽¹⁶⁾ sobre prácticas de desaparición sistemática, la Corte ha enfocado sobre el deber positivo. La Corte IDH declara probada: "1) la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas entre los años 1981 y 1984; 2) la desaparición de Velásquez por obra o con la tolerancia de esas autoridades dentro del marco de esa práctica; y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica".⁽¹⁷⁾

En aquel momento, no había ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Parte en la Convención, que empleaba la calificación de desaparición forzada, pero subraya la Corte, "la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad".⁽¹⁸⁾ En el caso es importante subrayar que la Corte declara probada la práctica de desapariciones, incluyendo aquel de Manfredo Velásquez, por obra o con la tolerancia de las autoridades hondureñas. ¿Cómo atribuir la tolerancia al Estado? La Corte IDH introduce el tema de esta manera: "La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación".⁽¹⁹⁾

La Corte IDH refiere al art. 1º CEDH (obligación de respetar los derechos) pero subraya inmediatamente: "La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".⁽²⁰⁾

(16) CORTE IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", 29 de julio de 1988.

(17) *Ibid.*, párr. 148.

(18) *Ibid.*, párr. 153.

(19) *Ibid.*, párr. 158.

(20) *Ibid.*, párr. 167.

La obligación a cargo de los Estados es, así, mucho más inmediata que la que resulta del art. 2º sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno: "El Estado está en **el deber jurídico de prevenir**, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de **investigar** seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de **imponerles las sanciones** pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación".⁽²¹⁾

La Corte IDH impone también condiciones al deber de investigar. La investigación debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.⁽²²⁾ Finalmente, la Corte construye a través del deber positivo una obligación de remediar la impunidad: "Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención".⁽²³⁾

Se puede concluir que, como parte de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos humanos, los Estados deben asegurar a las víctimas una investigación seria de los crímenes cometidos. Consiste en una obligación con el fin explícito de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación. La Corte IDH elabora este deber positivo de manera constante en su jurisprudencia. En el "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala",⁽²⁴⁾ la Corte IDH ha tenido por demostrado que existía al inicio de los años noventa en Guatemala una práctica por parte del Ejército por la cual se capturaba a

(21) *Ibid.*, párr. 174. El resaltado me pertenece

(22) *Ibid.*, párr. 177.

(23) *Ibid.*, párr. 176.

(24) CORTE IDH, "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala", 25 de noviembre de 2000.

los guerrilleros, se los torturaba y se les causaba la muerte.⁽²⁵⁾ La Corte IDH subraya de nuevo que: "... 'el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención' (...) En razón de lo cual, al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar desapariciones forzadas o involuntarias, al no investigarlas de manera adecuada y al no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio (...), tanto de la víctima como de sus familiares, para conocer el paradero de aquélla..."⁽²⁶⁾

En los casos "Barrios Altos vs. Perú"⁽²⁷⁾ y "Myrna Mack vs. Guatemala",⁽²⁸⁾ la Corte IDH define el deber positivo-*obligaciones positivas* como inherente al derecho a la verdad, siendo tanto un derecho de los individuos interesados directamente en el conocimiento de lo sucedido con sus allegados (verdad del caso) —proporcionando así un recurso efectivo para las víctimas— como un derecho de toda la sociedad a saber todo lo ocurrido (verdad global).

Es sumamente interesante al respecto el "Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia", dado que se trata del primer caso en el cual la Corte IDH tiene que pronunciarse sobre la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. En los párrafos 192 a 198 de la sentencia, la Corte IDH hace un resumen de los parámetros de su jurisprudencia en materia de deber positivo de protección de derechos humanos, en este caso aplicándolo al marco jurídico de desmovilización de los paramilitares y un derecho penal beneficioso para los sospechosos de graves violaciones de derechos humanos. En primer lugar, la Corte subraya que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia, el derecho de conocimiento y acceso a la verdad, hay un deber general de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos y reparar los daños causados. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones.⁽²⁹⁾ Los Estados tienen el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación y con debida diligencia estas investigaciones.

(25) *Ibid.*, párr. 132.

(26) *Ibid.*, párr. 129.

(27) CORTE IDH, "Caso Barrios Altos vs. Perú", 14 de marzo de 2001, párr. 43.

(28) CORTE IDH, "Caso Myrna Mack vs. Guatemala", 25 de noviembre de 2001, párrs. 209/211.

(29) Ver, por ejemplo, CORTE IDH, "Caso 19 Comerciantes vs. Colombia", 5 de julio de 2004.

Por el otro lado, el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, etcétera. En cuanto a la pena, debe ser el resultado de una sentencia emitida por una autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones, se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En relación con la proporcionalidad de la pena, la Corte estima que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor. Finalmente, el principio de la cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia solo cuando se llega a esta respetándose el debido proceso de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, y cuando aparecen nuevos hechos o pruebas pueden ser reabiertas sentencias absolutorias en calidad de cosa juzgada.

No hay dudas de que estos parámetros del deber positivo tienen un impacto muy penetrante en todos los aspectos de la formulación y de la práctica del sistema penal, del trabajo legislativo de tipificación hasta la ejecución de la pena. Además, la Corte es de la opinión de que estos parámetros de las obligaciones positivas han alcanzado carácter de *ius cogens* desde hace mucho tiempo. En un reciente caso, “Gelman vs. Uruguay”, la Corte IDH no deja duda al respecto: “Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos (...) y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*...”⁽³⁰⁾

Estos parámetros incluyen también que son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones. Las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no frente obstáculos legales o prácticas que lo hagan ilusorio.

(30) CORTE IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, parr. 183, que se refiere a los casos: “Goiburú y otros vs. Paraguay”, 22 de septiembre de 2006; “Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, 24 de noviembre de 2010; y el “Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, 01 de septiembre de 2010..

Además, el Estado debe asegurar que las reclamaciones de reparación formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos.

¿Cuáles podrían ser los obstáculos a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos a nivel nacional?

3. (In)cumplimiento del deber positivo por parte de la tríada política en materia penal, con especial enfoque a Colombia

Cuando la Comisión de Derechos Humanos de la ONU elaboró en el 2005 un conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, incluyó en el texto también un capítulo especial sobre medidas restrictivas.⁽³¹⁾ En el art. 20 fue formulado así: “Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre ‘arrepentidos’, la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella”.

En materia de amnistía, hay una muy clara posición específica en el art. 24: “Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional, internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata...”

La soberanía en materia de prescripción penal va limitada en el art. 23: “La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se

(31) Ver [en línea] <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>

aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles...”.

Está claro que los obstáculos pueden tener relación con el ejercicio del poder respectivo de cada uno de los poderes del *tríadas política*: el legislativo, el ejecutivo, el jurisdiccional.

El Poder Legislativo puede crear obstáculos de toda índole. Un obstáculo clásico son las leyes de amnistía y figuras análogas que pueden resultar en la impunidad. En la transición de las dictaduras a la democracia fueron adoptados en América Latina diferentes conceptos de amnistía. Algunas eran absolutas en referencia a los autores de crímenes, el tipo de crímenes y su responsabilidad penal, las llamadas amnistías en blanco. Otras eran selectivas al respecto o se limitaban a hacer imposible la acción penal. Unos eran autoamnistía, otros eran amnistía por decisión democrática (en algunos casos por el parlamento y por referéndum). La terminología de leyes de punto final a leyes de caducidad ya refleja la variedad. También en países con un conflicto interno existente, como Colombia, han sido introducidas formas de justicia transicional, como la Ley de Justicia y Paz,⁽³²⁾ que incluye una forma análoga a la amnistía o amnistía de facto a los desmovilizados paramilitares, visto las penas muy limitadas, de máxima 8 años, para las violaciones más serias de derechos humanos, incluyendo conductas que podrían relevar de la competencia de la Corte Penal Internacional, como crímenes contra la humanidad y violaciones al derecho internacional humanitario.

La Corte IDH tiene una vasta jurisprudencia sobre la compatibilidad de leyes de amnistía y figuras análogas con la Convención IDH. En el reciente caso “Gelman vs. Uruguay”⁽³³⁾ resume su posición al respecto: “Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos

(32) ARVELO, JOSÉ E., “International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process”, en *Georgetown Journal of International Law*, 2006. [en línea] <https://articleworks.cadmus.com/geolaw/zsx00206.html>

(33) CORTE IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, cit., párr. 193.

consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay (...). El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional (...). La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo al derecho internacional de los derechos humanos, (...). La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías".⁽³⁴⁾

También el Poder Ejecutivo puede crear cantidad de obstáculos, sobre todo cuando trata de la criminalización secundaria. La capacidad y la voluntad del Estado de investigar y juzgar de manera eficaz los delitos internacionales dependen en gran medida de la organización y del profesionalismo de los cuerpos de aplicación de la ley (superintendencias, policía, policía judicial, fiscales, etcétera) y la estructura de servicios forenses. Hay también decisiones puntuales del ejecutivo que pueden afectar de manera sustancial el ejercicio de la acción penal. Un ejemplo ilustrador nos aporta la realidad colombiana. En el marco de la justicia penal transicional de Justicia y Paz, se desmovilizaron importantes grupos paramilitares. Sus dirigentes confesaron muy graves y masivas violaciones de derechos humanos y delitos internacionales, dentro el marco preferencial de Justicia y Paz, teniendo la seguridad de que la pena máxima era de 8 años. La Corte Constitucional colombiana,⁽³⁵⁾ limpiando el texto de algunas normas inconstitucionales, declaró el diseño conforme a la Constitución, teniendo en cuenta las normas imperativas de derechos humanos, que en Colombia hacen parte del bloque constitucional. Si este marco punitivo favorable, que podría ser cualificado como un derecho penal "de amigo", es verdaderamente compatible con la Convención Interamericana de Derechos

(34) *Ibid.*, párrs. 232, 238 y 239.

(35) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-370/06.

Humanos es obviamente competencia de la Corte IDH. Por ahora es un punto de reflexión al cual la Corte IDH ha respondido en 2007 en estos términos: "Dado que existe incertidumbre sobre el contenido y alcance preciso de la Ley 975, que se encuentran en desarrollo los primeros actos del procedimiento penal especial que podría permitir la concesión de beneficios penales para personas que han sido señaladas de tener alguna vinculación con los hechos de la masacre de La Rochela, que aún no existen decisiones judiciales al respecto, y dadas las solicitudes de las partes (...), la Corte estima oportuno indicar a continuación, con base en su jurisprudencia, algunos aspectos sobre principios, garantías y deberes que debe observar la aplicación del referido marco jurídico de desmovilización".⁽³⁶⁾

Y la Corte IDH sigue indicando que el régimen de justicia transicional debe cumplir con los requerimientos del deber positivo de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.⁽³⁷⁾ La Corte IDH subraya todos los requerimientos, pero en abstracto, y sin aplicarlos al caso colombiano en específico. Por ejemplo, en relación con la pena, la Corte IDH declara: "En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos (...). En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal".⁽³⁸⁾

Si Justicia y Paz corresponde con los criterios de una justicia eficaz y equitativa a la luz del test de admisibilidad y complementariedad que prevé el art. 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional depende de la evaluación discrecional del Fiscal del CPI,⁽³⁹⁾ que por ahora tiene a Colombia bajo investigación preliminar y no ha presentado ninguna iniciativa para abrir una investigación formal sobre una situación colombiana. Fuera de estas dudas sobre el marco legislativo como tal, es de particular interés

(36) CORTE IDH, "Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia", 11 de mayo de 2007, párr. 192.

(37) *Ibid.*, párrs. 193/198.

(38) *Ibid.*, párr. 196.

(39) Otras posibilidades, autorreferencia por Colombia o referencia por parte del Consejo de Seguridad con decisión unánime, no parecen vias realistas en el caso colombiano.

que el gobierno de Uribe decidió extraditar a los más importantes jefes de los grupos militares a Estados Unidos por delitos de narcotráfico. Jurídicamente, estas extradiciones no impiden su posterior responsabilidad por delitos internacionales. Sin embargo, en la práctica, la extradición ha detenido en gran medida la investigación en contra de ellos y ha creado un obstáculo importante en el ejercicio de la acción penal en contra de los mismos. En su informe especial de 2007, la Comisión IDH subraya los esfuerzos del gobierno colombiano, pero expresa también una serie de preocupaciones: "Los circuitos jurídicos previstos para el proceso de desmovilización de los miembros de las AUC reflejaron una falta de sistematización de los mecanismos destinados a identificar y determinar la responsabilidad penal por la comisión de crímenes. Los vacíos e inexactitudes generados en esa primera etapa tienen repercusión negativa en los procesos investigativos adelantados en aplicación de la Ley de Justicia y Paz y pueden llevar a la impunidad de los numerosos crímenes no confesos por los cuales no se adelantan investigaciones judiciales (...). Es incierto el panorama sobre el desmonte efectivo de las estructuras armadas del paramilitarismo y la genuina participación de los cuadros armados de las AUC en el proceso de desmovilización. Si bien el número de desmovilizados que han recibido beneficios procesales y económicos supera con creces la cifra estimada de miembros de las AUC, el fenómeno de las estructuras armadas ilegales permanece presente en las mismas áreas del país".⁽⁴⁰⁾

En 2011, la Comisión IDH sometió el "Caso Marino López y otros (operación Génesis) vs. Colombia" a la Corte IDH. Se trata de una operación militar de contrainsurgencia llevada a cabo conjuntamente con paramilitares. La Comisión concluyó que los hechos constituyen un crimen de lesa humanidad en contra de la comunidad afrodescendiente. Una parte de los autores están imputados en el marco de la Ley Justicia y Paz. Sin embargo: "La comisión concluyó que las investigaciones no se llevaron a cabo de manera rápida y eficaz ni se examinó la multiplicidad de violaciones ocurridas durante la "Operación Génesis", las incursiones paramilitares, las violaciones ocurridas como producto de estas y el desplazamiento forzado que ocasionaron. Asimismo, la Comisión concluyó que los tribunales de justicia actuaron con falta de diligencia para impulsar el procedimiento

(40) Comisión IDH, "Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales", 2007, párr. 109, [en línea] <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia2007sp/Col07indice.sp.htm>

penal tendiente a esclarecer los hechos de violencia y sancionar a sus responsables, por lo que los hechos permanecen en la impunidad”.⁽⁴¹⁾

En su sentencia de 2010 en el “Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, la Corte IDH dedica un apartado especial a alegados obstáculos en la investigación por la desmovilización de paramilitares, visto que los demandantes argumentan que uno de los autores del homicidio beneficiario de la Ley de Justicia y Paz, el líder del comando paramilitar (Carlos Castaño Gil) no fue interrogado sobre la muerte de Manuel Cepeda Vargas y que las extradiciones de jefes paramilitares podrían obstaculizar la obtención de pruebas. Sobre el último argumento el Estado colombiano informa a la Corte que ha adoptado medidas para que las extradiciones no tengan un impacto negativo en la continuidad de los procesos que se tramitan. De modo tal que se realicen diligencias y procedimientos judiciales a través de audiencias virtuales y videoconferencias. Sin valorar este argumento de Colombia, la Corte IDH emite una clara advertencia: “Al respecto, es preciso recordar la reiterada jurisprudencia de este Tribunal que establece que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. Un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. De tal manera, la aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad. Por ello, en las decisiones sobre la aplicación de estas figuras procesales a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos.”⁽⁴²⁾

En los casos de demanda de extradición de parte de Estados Unidos a Colombia durante los años 2008-2009⁽⁴³⁾ la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, emitió un concepto favorable a las solicitudes de extradición de casi 20 jefes paramilitares, pero condicionados a que los paramilitares solicitados en extradición respondieran por las graves violaciones a

(41) COMISIÓN IDH, “Informe anual 2011”, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>

(42) CORTE IDH, “Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, 26 de mayo de 2010, párr. 12.

(43) Para un análisis profundo ver COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, “La metáfora del desmantelamiento de los grupos militares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005”, Bogotá, 2010, [en línea] http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e-informes/la_metafora.pdf

los derechos humanos perpetrados, porque las víctimas tienen derecho a verdad, justicia y reparación, como está previsto en el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, el ejecutivo no cumplió con las condiciones y extraditó a los paramilitares. En 2009, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,⁽⁴⁴⁾ emitió por primera vez un concepto negativo respecto de la solicitud de extradición de un jefe paramilitar postulado a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz con base en los siguientes argumentos: 1) se vulnera el espíritu de la Ley de Justicia y Paz; 2) se desconocen los derechos de la víctimas; 3) se traumatiza el funcionamiento de la administración de justicia colombiana y 4) la gravedad de los delitos cometidos por el ciudadano pedido en extradición es menor respecto de los delitos que se le imputan en Colombia: "No cabe duda que la gravedad del narcotráfico palidece frente a los delitos de genocidio, homicidio en persona protegida, desaparición y desplazamiento forzados, tortura y otros, cometidos durante las últimas décadas por los miembros de los grupos paramilitares desmovilizados (...). Tal imperativo tiene una connotación superior cuando se trata de delitos de lesa humanidad, situación en la que se encuentran los desmovilizados que han sido postulados para los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, en tanto que su obligación consiste en rendir versiones libres en las que deben confesar de manera veraz y completa los delitos cometidos (...). Teniendo en cuenta que los relatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etcétera, y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado *concierto para delinquir* agravado en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos".⁽⁴⁵⁾

A la luz de estas constataciones por parte de la Sala de Casación de la Corte Suprema, es ilustrativo que el regreso de los jefes paramilitares extraditados sea en el marco de cooperación en materia penal, para responder por las sospechas de delitos internacionales en Colombia no fue negociado con Estados Unidos por parte del gobierno colombiano. También se ha podido constatar que las extradiciones han interrumpido la cadena de las diligencias judiciales colombianas respecto a los delitos internacionales,

(44) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, 19 de agosto de 2009, proceso 30451.

(45) *Ibid.*, p. 40.

dado que las autoridades judiciales no tienen los medios para dar continuidad al proceso, privando así a las víctimas de justicia, verdad y reparación. Recientemente, se ha conocido también que en caso de condena de paramilitares en Colombia no se ha asegurado que Estados Unidos los transfiera a Colombia, debido a que algunos son también testigos protegidos del Departamento de Justicia.⁽⁴⁶⁾ En el 2012, la Sala de Casación de la Corte Suprema emitió de nuevo un concepto favorable de extradición de un jefe paramilitar, con la sorprendente motivación de que había necesidad de replantear su jurisprudencia, porque los procesados en el marco de Justicia y Paz no habían cumplido, después de 7 años, con la condición de esclarecer la verdad o reparar a las víctimas.⁽⁴⁷⁾

El tercer poder de la *tríada política* a cumplir con el deber positivo es el poder jurisdiccional.

Quisiera enfocar mi análisis respecto a las consecuencias para el poder jurisdiccional penal confrontado con un Poder Legislativo nacional que, por negligencia o por deliberada acción política, ha preferido no cumplir con el derecho internacional público imperativo en materia de masivas violaciones de derechos humanos y delitos internacionales. Este no cumplimiento puede consistir en no tipificación de ciertos delitos, en su tipificación limitada (elementos sustantivos, elementos morales, autores, etcétera) o limitando la acción penal por términos de prescripción, etcétera. La posición del poder jurisdiccional es muy diferente de aquella de la ley de amnistía declarada de nulidad por parte de la Corte IDH o por parte de cortes constitucionales o supremas nacionales. Una vez puesta de lado la amnistía, revive el *ius puniendo* del Estado *vis-à-vis* de los presuntos responsables y revive el ejercicio de la acción penal, aplicando la ley penal en vigor. De hecho, el resultado de una criminalización primaria inexistente o limitada es obviamente que la criminalización secundaria (la actividad del sistema penal) y la criminalización terciaria (la ejecución de las sanciones penales) en relación con delitos internacionales se ve seriamente afectado en su eficacia y por consecuencia en su aporte a la lucha contra la impunidad. Sin embargo, el Estado, incluyendo el poder jurisdiccional penal, tiene la obligación de cumplir con el deber positivo de investigar, perseguir, juzgar y castigar graves violaciones de derechos humanos/delitos internacionales.

(46) Ver “‘Don Berna’ no pagaría cárcel en Colombia”, en *El Tiempo*, Bogotá, 04/09/2012.

(47) Extradición 35630, Carmen Gelves Albarracín, 14 de agosto de 2012.

En el caso de que no haya (aún) derecho internacional público convencional al respecto y/o que no haya tipificación de este *delicta iuris gentium* al nivel nacional, la fuente jurídica de la obligación para la persona física o jurídica sería fundamentada en el derecho consuetudinario con carácter de *ius cogens erga omnes* de estos crímenes internacionales. En otras palabras, el *ius cogens erga omnes* tendría como consecuencia que haya aplicación directa de *delicta iuris gentium* en el ordenamiento jurídico interno, creando así la base jurídica para responsabilidad penal de sujetos, independientemente de provisiones constitucionales o provisiones del sistema penal. Esta materia es mucho más delicada que la responsabilidad del Estado por violación del derecho internacional público (de derechos humanos) a la luz de *core delicta iuris gentium* o de los derechos que pueden derivar sujetos activos de derecho internacional público (de derechos humanos) en relación con el *core delicta iuris gentium*, como por ejemplo el derecho a la verdad y el derecho a una justicia penal eficaz en relación con serias violaciones de derechos humanos que afectan la comunidad internacional y su conciencia en su conjunto. La responsabilidad penal de un *communis hostis omnium*⁽⁴⁸⁾ o de un *hostis humani generis*⁽⁴⁹⁾ sin clara definición de la conducta en su aspecto material (*actus reus*) y en su aspecto moral (*mens rea*) y sin clara definición de la pena aplicable en derecho internacional público convencional pone obviamente en peligro uno de los principios básicos del estado de derecho y del derecho penal liberal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimen*. También mina toda la clásica teoría del delito que exige la aplicación de *lex certa* y *lex praevia* para la tipicidad y criterios pre establecidos para determinar la culpabilidad. La previsibilidad de parte del ciudadano no se limita al conocimiento de la inmoralidad de la conducta, pero implica la previsibilidad del ilícito penal y de la pena aplicable. En el caso de *delicta iuris gentium* falta no solo taxatividad de la costumbre en el momento de los hechos sino también completa indeterminación de la pena. Hay solo previsibilidad del bien jurídico afectado, pero no hay de la tipicidad penal de la conducta en su aspecto material y moral, ni de la pena, ni de los criterios de imputación de culpabilidad, ni de las reglas de prescripción o de cooperación internacional en materia penal, etcétera. ¿Es el derecho de costumbre de carácter *ius cogens*, incluyendo crímenes de lesa humanidad no codifica-

(48) "...pirata non est perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium". En CICERÓN, *De officiis*, lib. 3, cap. 29.

(49) GROTIUS (1583-1645), *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, vol. 2, cap. 20, § 40.

dos, solamente *self-executing* para los Estados-nación o también para sus sujetos pasivos, es decir, fuente de obligaciones penales para personas físicas y/o jurídicas y no solo fuente de derechos y remedios para los sujetos activos?

El desarrollo de derecho internacional público de derechos humanos hacia el carácter de *ius cogens* del deber positivo de investigar, perseguir y castigar las graves violaciones de derechos humanos no resuelve el problema, puesto que se trata de responsabilidad estatal y no penal. Obviamente, como hemos visto en la primera parte, la responsabilidad estatal puede ser generada por obstáculos derivados del sistema penal, en la legislación y en la práctica, es decir, con relación al Poder Legislativo, Ejecutivo y jurisdiccional. También está claro, desde la jurisprudencia de la Corte IDH, que no crea por sí fundamento legal de responsabilidad penal. Las normas de derechos humanos establecen principios y derechos que garantizan la dimensión sustancial de la justicia; sin embargo, con esto todavía no tenemos tipificaciones de derecho penal, solo obligaciones y principios que afectan el sistema penal, vía la obligación del Estado.⁽⁵⁰⁾

El problema es particularmente agudo cuando Estados-naciones que tienen en su territorio una práctica estructural de graves violaciones de derechos humanos y de comisión de crímenes internacionales, incluyendo violaciones masivas y estructurales por parte de agentes del Estado o fuerzas particulares bajo su control (como fuerzas paramilitares o fuerzas de autodefensa) —también indicado como macro criminalidad de Estado o terrorismo de Estado—⁽⁵¹⁾ excluyen conscientemente de su legislación penal ciertas tipificaciones de los crímenes internacionales y/o de las convenciones y/o del Estatuto de Roma en particular con el objetivo de eludir responsabilidad penal de sus agentes y sus aliados, atribuyendo así impunidad a presuntos autores de muy graves violaciones de derechos humanos.

Poco a poco, los *delicta iuris gentium* fueron elaborados, después de la Segunda Guerra Mundial, en múltiples convenios internacionales, suscritos por la mayoría de los Estados. Son convenios que establecen el puente entre el derecho internacional público de derechos humanos y

(50) GARCÍA-SAYÁN, DIEGO, "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, p. 330.

(51) CORTE IDH, "Caso Gelman vs. Uruguay", cit..

el derecho internacional penal. La "Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio" entró en vigor en 1951. En su art. 5°, los Estados firmantes se comprometen a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio. En 1970, entró en vigor la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". En 1987, entró en vigor la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes". En 1994, se adoptó la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", que también contiene obligaciones penales para los Estados Parte. Este proceso de elaboración de derecho positivo internacional en la materia se culminó con la cristalización en el Estatuto de Roma, como base de jurisdicción para la Corte Penal Internacional. Sin embargo, esta elaboración de derecho positivo a nivel internacional no ha resuelto completamente el problema de *lex praevia, lex certa* a nivel nacional. En primer lugar, la positivización de estos *delicta iuris gentium* no es completa; los convenios y el estatuto no abarcan la totalidad de estos crímenes internacionales y el contenido mismo del concepto *delicta iuris gentium* es objeto de discusión permanente y evolución histórica. En segundo lugar, estos convenios internacionales y el "Estatuto de Roma" no han anulado completamente el vacío legislativo a nivel nacional. No todos los Estados son partes de las convenciones y del "Estatuto de Roma". En caso de ratificación e incorporación, el legislador no siempre ha cumplido en la totalidad con el núcleo duro de crímenes internacionales, recogidos en las convenciones y el Estatuto. Esta constatación es sorprendente, visto que hay desde hace tiempo la obligación del *deber puniendi* en base de la jurisprudencia de la Corte IDH y que hay, desde la entrada en vigor del Estatuto de la CPI, una obligación explícita en el preámbulo (párrs. 4/6) de luchar contra la impunidad y de investigar y juzgar los crímenes internacionales de competencia de la CPI.

La Corte Constitucional colombiana tiene el mérito de haber elaborado una importante doctrina sobre el bloque de constitucionalidad, que incluye el derecho internacional humanitario y el derecho imperativo de derechos humanos⁽⁵²⁾ por su carácter de *ius cogens*. La Corte se ha pronunciado también sobre el estatus de los delitos internacionales, especialmente su núcleo duro de competencia de la Corte Penal Internacional. Aunque

(52) Ver, por ejemplo, Sentencias C-574/92 y C-225/95.

esta posición afecta al *adagium: principis legibus solutis est* y, por ende, la soberanía nacional, no afecta directamente la génesis de tipificaciones. ¿Cuándo, según la Corte Constitucional, los derechos constitucionales son el fundamento y límite del poder punitivo?⁽⁵³⁾ ¿Sería esto compatible con delitos internacionales de carácter *ius cogens*, que tendrían validez *per se in* el orden jurídico interno, sin que haya voluntad explícita del legislador de tipificación y, por tanto, fuente de obligaciones penales para el ciudadano?

La Corte Constitucional colombiana ha tenido que pronunciarse sobre diferentes aspectos de delitos internacionales, en especial sobre la constitucionalidad de las tipificaciones del genocidio y la desaparición forzada, que fueron tipificados solamente en la ley 589 de 2000. Es decir, se puede constatar que el legislador cumplió de una manera tardía con sus obligaciones internacionales respecto a graves violaciones de derechos humanos/delitos internacionales. No solo no lo hizo tarde, sino que lo hizo también con elementos sustantivos particulares. De hecho, el art. 322 limitó la protección contra el genocidio a grupos (nacional, racial, religioso o político) "que actúen dentro del margen de la ley". La Corte declaró esta limitación inexistente por ser demasiado restrictiva a la luz del derecho público internacional de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los convenios de delitos internacionales. Además, la Corte considera que la garantía de la dignidad humana y de los derechos a la vida y a la integridad personal no admite diferenciaciones de trato en función a la legalidad de la actividad desplegada por los sujetos destinatarios de la protección.⁽⁵⁴⁾ El mismo problema se planteó con la definición de desaparición forzada, limitándola a: "El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de la libertad. La Corte Constitucional declara inexistente la limitación e impone que la desaparición forzada pueda ser cometida por cualquier particular sin ninguna calificación" (art. 165).⁽⁵⁵⁾

La Corte Constitucional no solo garantizó una tipificación con elementos materiales conforme con el deber positivo, pero decidió en ciertas ocasiones también flexibilizar el principio de legalidad penal nacional. En el asunto

(53) Ver Sentencia C-038/95.

(54) Ver Sentencia C-177/01.

(55) Ver Sentencia C-317/02.

C-127/93, declaró exequible un decreto de emergencia terrorista con tipos penales abiertos, refiriéndose a los delitos internacionales con carácter de *ius cogens*, y refiriéndose al principio de legalidad del art. 15 (1 y 2) del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", que establece un principio de legalidad penal nacional o internacional y que deja abierta una condena basada en un comportamiento delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Por fin, en su Sentencia C-580/02, la Corte Constitucional confirma que el derecho internacional público de carácter *ius cogens* obliga a los Estados a considerar la desaparición forzada como de ejecución permanente o continuidad, por lo cual no se trata de retroactividad de la norma penal en caso de tipificación posterior a los hechos y no se viola tampoco la prescindibilidad constitucional de todos los delitos. Sin embargo, la misma Corte también reconoce que el deber positivo de carácter *ius cogens* no resulta directamente aplicable en los ordenamientos internos cuando se trata de tipificaciones o instrumentos de cooperación judicial en materia penal. Son los propios Estados que tienen que desarrollar las herramientas para dar contenido al deber positivo del derecho internacional público de derechos humanos.⁽⁵⁶⁾

Este problema se plantea en particular con el crimen de lesa humanidad como categoría autónoma, fuera del contexto de conflicto armado interno o internacional. Colombia firmó el "Estatuto de la CPI" en 1997 y lo aprobó mediante la ley 742 de 2002. Sin embargo, Colombia no ha cumplido con la tipificación del crimen de lesa humanidad en conformidad con el Estatuto de Roma.⁽⁵⁷⁾

Todos estos problemas se presentaron obviamente en casos penales, sea de la justicia penal ordinaria, o sea dentro el marco de Justicia y Paz. En la sentencia "Plazas Vega", el Juzgado Tercero Penal de Bogotá⁽⁵⁸⁾ tuvo que pronunciarse sobre la aplicación de la tipificación de desaparición forzada

(56) En el mismo sentido, ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal, Proceso N° 32.022, 21 de septiembre de 2009.

(57) FERNÁNDEZ MEJÍA, DIANA, "El crimen de lesa humanidad y la ausencia de consagración en la ley penal colombiana", [en línea] <http://investigaciones.usbcali.edu.co/pcd/images/stories/crimen.pdf>

(58) [En línea] http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Caso-Palacio-de-justicia-DP4.pdf

agravada⁽⁵⁹⁾ y secuestro agravado, tipificados en 1980 en relación con los hechos en el Palacio de Justicia en 1985, cuando solo existían secuestro simple y desaparición simple, ambos prescritos en el caso. A pesar de que Colombia no ratificó la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad", la Corte condenó al imputado por los delitos nuevos, basándose en la ejecución permanente como elaborado por la Corte IDH⁽⁶⁰⁾ y, por ende, la imprescriptibilidad de la acción penal, basándose en el derecho internacional público de los derechos humanos, parte integrante del bloque constitucional colombiano.⁽⁶¹⁾ En el 2012, el Tribunal Superior, Sala Penal de Bogotá confirmó la condena,⁽⁶²⁾ basándose en la misma argumentación. Las sentencias fueron duramente criticadas por la doctrina penal nacional,⁽⁶³⁾ basándose en la reserva de la ley nacional y en el principio de legalidad penal nacional.

En el caso "J. Armando Arias Cabrales", el Juzgado Penal de Bogotá,⁽⁶⁴⁾ también en relación con las desapariciones forzadas en el Palacio de Justicia, opta claramente por la aplicación directa de delitos internacionales, desvinculado del derecho interno: "Realizando un análisis integral de la previsión precedente, se llega a la conclusión de que si una acción humana encuentra reproche punitivo en el ámbito de las naciones, pero no en el orden interno, ello no obsta para que se juzgue al infractor, en tanto que no existe en ese evento específico vulneración a la legalidad ni a la irretroactividad de la ley penal, pues al hallarse contemplada la transgresión en preceptos supranacionales se preservan esas garantías de carácter *ius fundamental*, encontrándose legitimada la persecución punitiva, la que además resulta obligatoria para la Administración".⁽⁶⁵⁾

(59) AMBOS, KAI, *La desaparición forzada de personas. Análisis comparado internacional*, Bogotá, Temis, 2009.

(60) CORTE IDH, "Caso Tojin vs. Guatemala", 26 de noviembre de 2008.

(61) En línea con Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de diciembre de 2009, radicación 32672 ("Caso Salvador Arana Sus") y Corte Constitucional, Sentencia C-370/06.

(62) Ver [en línea] http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/Radicado_11_001_07_04_003_2008_00025_09_Sentencia_segunda_instancia.pdf

(63) Ver WOLFFHÜGEL GUTIERREZ, C., "La prohibición de retroactividad", y POSADA MAYA, R., "Los delitos de lese humanidad", en *Anuario de Ciencias Penales*, nº 4, 2010; [en línea] http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal4.htm

(64) Causa N° 2009-0203, Juzgado 51 Penal, Circuito Bogotá, 28 de abril de 2011.

(65) Ver también a ANDREU-GUZMÁN, FEDERICO, "Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema", en AAVV., *Retos de la*

El mismo problema se planteó de manera mucho más aguda en el marco de Justicia y Paz, donde correspondió a la Corte Suprema, Sala de Casación Penal,⁽⁶⁶⁾ determinar en la Sentencia sobre la masacre de Segovia si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la ley 589 de 2000, puede ser catalogada como punible bajo la descripción de delito de genocidio, aun cuando este tipo penal no se había consagrado en la legislación penal interna, pero la misma encuadraba ya dentro de las exigencias de tratados internacionales. La Sala concluye claramente: "Que los homicidios múltiples perpetrados (...) en la población de Segovia presuntamente pueden ser constitutivos de **crimen de macrovulneración** (como los delitos de lesa humanidad, tales como persecución política, el genocidio y/o concierto para delinquir), en los términos ya definidos en esta providencia, y como tal, no opera a favor de los autores o partícipes que no han sido juzgados y decidida en forma definitiva su responsabilidad, el fenómeno de la prescripción, por tratarse de un delito de lesa humanidad imprescriptible".

En la sentencia "Masacre de Salado", proceso N° 33.039, La Corte Suprema, Sala de Casación Penal,⁽⁶⁷⁾ se adhiere completamente al criterio de la legalidad del derecho internacional público, evocando que la flexibilidad a la legalidad penal nacional se explica en que con frecuencia se trata de manifestación delincuencial auspiciada —o sistemáticamente cometida— por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos, y la Corte añade: "En este entendido, no puede ser aceptable que por la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad, así como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto de ejercicio de la acción penal, civil o administrativa".

judicialización. En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005.

(66) Ver [en línea] <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Comunicorte/Decisiones/CESAR%20P%C3%89REZ%20GARC%C3%8DA-%20AUTO%20QUE%20AVOCA%20CONOCIMIENTO%20MAYO%2013-010.pdf>

(67) Ver [en línea] http://www.observatoriode.dirunal.edu.co/ambitojuridico/catalogo_juridico-jyp/33039_16-12-10.pdf

Esta decisión fue vigorosamente criticada por F. Velázquez Velásquez⁽⁶⁸⁾ que constata que para determinar el contenido de la tipificación penal, el principio clásico de legalidad se flexibilizó a tal manera que estamos completamente en manos de los jueces.

4. Conclusión

Después de nuestro análisis exhaustivo del deber positivo, es tiempo de volver a nuestra cuestión principal. ¿Obliga el deber puniendo a convertir el adagium: *nullum crimen, nulla poena sine lege en nullum crimen, nulla poena sine iure* (derecho internacional consuetudinario-*ius cogens*)? Desde el punto de vista del derecho internacional de derechos humanos no hay duda sobre la respuesta afirmativa. Sin embargo, como esto se articula en el derecho penal interior, depende en gran medida del cumplimiento por cada parte del tríadas política. Cada poder del tríadas política tiene que asumir su responsabilidad. El hecho de que haya tanta discusión sobre el alcance del deber positivo de investigar, perseguir, juzgar y castigar y sobre la interacción entre derecho internacional de derechos humanos y derecho penal nacional, se debe fundamentalmente a que la legalidad internacional tiene carácter imperativo sobre la legalidad nacional y, en materia penal, esta legalidad internacional carece en algunos casos de taxatividad respecto de la relación con los elementos sustantivos y subjetivos del delito y/o de la pena.

¿En qué medida los delitos internacionales, consagrados en el derecho internacional público podrían tener validez automática en el derecho interno, sin que haya tipificación nacional al respecto es obviamente el núcleo duro de la cuestión? La Corte Constitucional colombiana no ha defendido esta tesis,⁽⁶⁹⁾ pero tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema han utilizado el derecho internacional de derechos humanos para interpretar y aplicar la norma vigente nacional. Que el carácter permanente y continuo de la desaparición forzada pueda resultar en la aplicación de nuevos tipos me parece una aplicación aceptable, visto que los posibles autores pueden poner fin a la desaparición forzada. En este caso, no habría de

(68) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., "La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad", en *Cuadernos de Derecho Penal*, nº 7. [en línea] http://www.usuarioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf

(69) Ver Sentencia C-588/02.

lex graviór con retroactividad. Otro asunto es obviamente la aplicación de tipos de penas internacionales, sin ningún tipo de partido en el derecho nacional, como por ejemplo, el genocidio.

El hecho de que la jurisprudencia se haya visto aplastada entre dos conjuntos de normas, los derivados de los derecho internacional de derechos humanos (deber positivo, *ius cogens*, delitos internacionales) y los derivados del derecho penal (principio de legalidad penal, reserva de ley), no es la culpa del bloque constitucional colombiano o de la jurisprudencia constitucional al respecto. El problema se debe en gran medida a la *non-actuación* o actuación tardía o incompleta de parte del legislador nacional, que por su ausencia o su deliberada opción, ha preferido negar cumplir con la parte legislativa del deber positivo, fomentando la impunidad respecto a graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales.

El resultado es que la jurisdicción de la justicia penal nacional ha tenido que aplicar una legalidad internacional de derechos humanos para salvar la justicia: "... La comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor. (...) Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad..."⁽⁷⁰⁾

Para evitar que los jueces se conviertan en legisladores, o peor, en profetas (de la ley), es necesario que los delitos internacionales se tipifiquen con taxatividad en el derecho internacional público y que se elaboren mecanismos de monitoreo político dentro de la ONU y OEA, vinculados al trabajo de la Comisión IDH, para presionar y obligar al Poder Legislativo soberano a cumplir con las obligaciones imperativas del *ius cogens*. En caso contrario, la estricta aplicación de la legalidad penal se convierte en derecho formal justo, que no cumple con el concepto de una justicia penal justa, por contribuir a la impunidad de graves violaciones de derechos humanos.



(70) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, auto del 16 de diciembre de 2010, radicación 33039.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI, *La desaparición forzada de personas. Análisis comparado internacional*, Bogotá, Temis, 2009.
- ANDREU-GUZMÁN, FEDERICO, “Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema”, en AAVV., *Retos de la judicialización. En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005.
- APONTE CARDONA, A., *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, 2011, [en línea] http://www.toledopax.org/uploads/EL%20PROCESO%20PENAL%20ESPECIAL%20DE%20JUSTICIA%20Y%20PAZ_CITpax_Observatorio.pdf
- ARVELO, JOSÉ E., “*International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process*”, en *Georgetown Journal of International Law*, 2006. [en línea] <https://article-works.cadmus.com/geolaw/zsx00206.html>
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Colombia: “La metáfora del desmantelamiento de los grupos militares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005”*, Bogotá, 2010, [en línea] http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/la_metafora.pdf
- GARCÍA-SAYÁN, DIEGO, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005.
- FERNÁNDEZ MEJÍA, DIANA, “El crimen de lesa humanidad y la ausencia de consagración en la ley penal colombiana”, [en línea] <http://investigaciones.usbcali.edu.co/ped/images/stories/crimen.pdf>
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1758.
- POPKIN, MARGARET, *Latin America: The Court and the Culture of Impunity*, Crimes of War Project, diciembre 2003, [en línea] http://www.crimesofwar.org/icc_magazine/icc-popkin.html.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., “La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, n° 7, [en línea] http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf - <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>
- VERVAELE, J. A. E., “Delincuencia económica y lavado de activo: ¿un nuevo paradigma del sistema penal?”, en *Cuadernos de derecho penal económico*, n° 5 “Lavado de activos y delitos afines”, Universidad de Ibagué, 2011.
- VERVAELE, J. A. E., *El derecho penal europeo*, Bs. As., Del Puerto, 2001.



Problemas futuros de la internationalización del Derecho Penal



De izquierda a derecha: Luis Arroyo ZAPATERO (Catedrático, Rector y Decano Fundador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, España), JULIO MAIER (Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, UBA) y GONZÁLO D. FERNÁNDEZ (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de la República, Uruguay), y moderador: SERGIO TORRES (Juez del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12).

PRESENTACIÓN⁽¹⁾



La internacionalización del derecho penal y de la política criminal es consecuencia de la internacionalización del delito; fenómeno que, a su vez, se produce cuando este trasciende las fronteras nacionales y ramifica sus actividades en amplios ámbitos de influencia.

En este sentido, la globalización ha ido acelerando la diversidad social, política, económica, cultural y científica. Dentro de ese marco, la política criminal —como parte de la política social general— y el derecho penal —como expresión de la política criminal y como parte del sistema jurídico— no escapan a estos procesos de transformación, pues el incremento del fenómeno de la delincuencia organizada de forma trasnacional exigió cambios en los sistemas jurídicos.

De esta manera, con el objetivo de facilitar la persecución del delito, se recurrió a la cooperación internacional en materia penal. Esto propició la creación de órganos e instrumentos internacionales que dieron, en un principio, respuesta a la problemática.

Sin embargo, al trascurrir los años, dado el agudizado tono sancionatorio que generó la influencia de las fuentes internacionales en el derecho interno, se generó la necesidad de abordar la cuestión desde una mirada más moderada.

Respecto de esto, los artículos de los profesores Luis Arroyo Zapatero, Julio Maier y Gonzalo Fernández contribuyen a la comprensión de la temática, sus dificultades y desafíos, instruyéndonos desde diversas perspectivas y a partir de sus enriquecedoras posturas.

(1) Por Sergio Torres. Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Abogado especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLZ). Juez del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12. Profesor adjunto de Derecho Penal, cátedra Alagia (UBA).

En su carácter de presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social, Arroyo Zapatero destaca el contexto histórico en el que se crearon algunos organismos e instrumentos internacionales, en el que el espacio de criminalidad generado en el escenario de la Segunda Guerra Mundial se vio influenciado por el cambio de paradigma en la concepción del derecho penal, el sentido jurídico que fueron adquiriendo los derechos humanos y su protección a nivel constitucional.

Por otra parte, destaca la influencia de los medios de comunicación en el plano del derecho penal y, frente a la inminencia del fenómeno de la globalización y la transnacionalización del delito, propone que sean los derechos humanos los que se globalicen.

A su turno, entre los diversos fenómenos de realización del derecho penal internacional, Maier elige desarrollar aspectos que hacen a la competencia y funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

Concretamente, destaca la frágil fundamentación del poder de juzgamiento penal de tribunales con competencia universal y, a través de ejemplos, revela cierta imposibilidad genérica de alcanzar todas las garantías propias de la persecución penal estatal. Luego esgrime algunas propuestas y consejos para su mejor funcionamiento.

Finalmente, en la misma línea y tras destacar la tensión natural existente entre el Derecho Penal Internacional y la soberanía estatal, Fernández hace una breve crítica de la creación de la Corte Penal Internacional y el proceso que se viene desarrollando. Además considera que el verdadero problema del derecho penal internacional está en la consecuente expansión de los derechos penales internos y, en definitiva, del poder punitivo, como correlato de que los Estados signatarios incluyan a nivel interno las tipificaciones contenidas en la norma internacional.

Sin duda, la lectura de los artículos de los profesores Arroyo Zapatero, Maier y Fernández permitirá comprender, o más bien conocer, la complejidad y principales interrogantes que giran en torno a esta temática. Pero, fundamentalmente, facilitará la investigación y la búsqueda de caminos alternativos para paliar los problemas futuros de la internacionalización del derecho penal.

En el marco de esa búsqueda y a la luz de las actuales concepciones penales liberales y garantistas, habrá de eludirse el peligro siempre latente de caer en la euforia punitiva en desmedro de las garantías y los principios que deben orientar el debido proceso.

JULIO MAIER⁽¹⁾



Justicia penal internacional

1.

El rubro **Justicia penal internacional** —así lo tituló quien me invitó y el desarrollo responde a ese título— contiene diversos fenómenos: el más visible se refiere, históricamente, a tribunales *ad hoc* creados por los vencedores en una conflagración militar para juzgar los crímenes de los vencidos —por ejemplo, después de la primera y la segunda guerras mundiales, Nüremberg y Tokio, los más próximos a nosotros— o también creados por un organismo internacional como el Consejo de Seguridad de la ONU —para la ex Yugoslavia y para Ruanda—. Hoy en día se refiere también a un tribunal permanente, pues estudia la competencia y el funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI) creada por el llamado Estatuto de Roma en 1998; el segundo contenido en importancia, a mi juicio, se refiere a la llamada **competencia universal** de los tribunales nacionales en el juzgamiento de crímenes internacionales; el tercero, y más ajeno a nosotros, está representado por los **tribunales híbridos** resultantes de la combinación de una persecución penal estatal con elementos de un tribunal penal internacional.

Por una razón de tiempo, pero también de importancia, me referiré preferencialmente al único tribunal creado permanentemente: la Corte Penal Internacional con sede en La Haya, Holanda, procedente del llamado

(1) Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Posgrado en Derecho Penal y Filosofía Jurídica (Universidad de Munich, Alemania). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Doctor *honoris causa* de la Universidad Antenor Orrego, Trujillo (Perú). Investigador en las universidades de Bonn, Münster y Munich (Alemania). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho (UBA). Ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Estatuto de Roma, convención pluriestatal de 1998. Ello no invalida que alguna de mis proposiciones atañe a los otros fenómenos de realización del derecho penal internacional.

2.

Intentaré ser esquemático y a la vez sintético en la exposición de mi opinión sobre la realización del derecho penal internacional, por imposición del papel asumido en esta mesa y la consiguiente restricción temporal en favor de mis compañeros, seguramente más eruditos que yo.

3.

Estimo que habrá coincidencia acerca de que un derecho penal internacional implica una restricción o limitación de la soberanía estatal y, precisamente por ello, allí se sitúa el principal punto de tensión entre el derecho penal, llamémoslo común, conocido y nombrado hasta la aparición de este fenómeno universal y esta suerte de derecho penal global. No es para asombrarse. En verdad, el derecho penal que nosotros conocemos representa un fenómeno que, históricamente, coincide con la aparición de otro fenómeno político, el Estado-nación, allá por el siglo XIII de nuestra era. Y la Nación, producto de la imposición de un rey o príncipe sobre los súbditos locales, solo es concebida —hoy todavía— a partir de un territorio que expresa el poder de dominación soberano del rey, del Estado, sobre una cultura asentada en ese distrito. Parece natural, entonces, que el derecho penal conocido antes del fenómeno universal tenga al **principio territorial** como regla de su actuación, de su vigencia, con unas pocas excepciones no siempre realizables.

Si ello es así, con el derecho penal material calculen ustedes hasta qué punto llegará la tensión cuando nos ocupamos de la realización de ese derecho penal no estatal, no territorial, de la competencia de órganos judiciales estatales o no estatales. Dejando de lado toda crítica al derecho penal internacional material actual, convengamos en que es posible imaginar y hasta sostener la existencia de bienes jurídicos a proteger penalmente en la comunidad internacional —la actividad de los piratas, históricamente, los cables de comunicación submarinos, derecho humanitario de guerra, crímenes contra la paz y seguridad internacional, ataques contra derechos humanos de cierta extensión, clase o de su supresión, como ejemplos más notorios—. Por tanto, es posible también la creación de tipos universales

de injustos amenazados con penas graves. Piensen ustedes en el **genocidio** como ataque extendido, a gran escala y sistemático, a la vida de un grupo o clase de personas por parte del gobierno de un Estado, por su encargo o por parte de otro grupo social, algo más que un homicidio o un asesinato. Pero imaginar una limitación tal a la soberanía estatal que represente la intromisión de un Estado o de una institución universal en el territorio de otro Estado o contra un natural de otro Estado domiciliado fuera del juzgador resulta algo más que difícil. Y, sin embargo, esto es aquello que representa la **justicia penal internacional**; de allí, precisamente, una primera debilidad de su base, pues resulta verdaderamente difícil, cuando no imposible, pensar **por analogía** en un derecho y una consecuencia jurídica como lo es la pena estatal, cuyo origen se halla en la dominación sobre un territorio, en la soberanía sobre él, base de la creación del Estado. De allí que el primer crimen conocido fuera el *crimen lesae majestatis*.

4.

Si a ello le agregamos la revolución jurídica que significa que una institución internacional u otro Estado diriman responsabilidades individuales —en verdad, una tautología si se trata de un sistema cuya consecuencia jurídica es la pena—, el problema de la fragilidad de fundamentación se acentúa. Efectivamente, la CPI no juzga la conducta de los estados miembros para imponerles ciertas conductas, obligaciones o mandatos, sino que juzga a individuos por su responsabilidad penal, impone condenas a penas —por cierto severas— a súbditos de estados, penas tildadas de estatales —según su ejecución y el empleo de la fuerza pública—, o absuelve a personas físicas. La llamada **competencia universal** también se refiere al mismo fenómeno, con la particularidad de que un Estado juzga a súbditos de otro Estado soberano por hechos que no son —diríamos— **propios** —esto es, ocurridos en el Estado juzgador o cuyos resultados lo alcanzan—, sino que suceden en el territorio de otro Estado o afectan relevantemente a ese otro Estado.

5.

A esta **fragilidad** de fundamentación del poder de juzgar penalmente de tribunales con competencia universal hay que agregar, cuando menos, cierta imposibilidad genérica de desarrollar todas las garantías propias de la persecución penal estatal, cuya custodia es una de las tareas o funciones previstas para los órganos del Estatuto que, a la vez, lo justifican. Por

razones temporales tampoco voy a examinar cada una de las garantías del sistema penal democrático. Voy a proceder por la vía de unos pocos ejemplos prácticos.

Comenzaré por un ejemplo empírico de una dificultad común a todo tribunal extraterritorial, lo que se traduce en una verdadera excepción en el sistema penal estatal: juzgar a un individuo que procede de otra cultura y que, por ende, maneja básicamente una lengua distinta a la del tribunal y sus audiencias y se expresa con ella, excepción que —es cierto— supone la existencia de una garantía como la traducción simultánea de la audiencia del juicio y de la palabra del imputado cuando resuelve hablar durante su transcurso. El hecho de la extraterritorialidad trasforma la excepción en regla, diría que casi sin excepciones, a estar a otros déficits que serán observados posteriormente. Diría que aparece casi clarísimo, por el transcurso de una audiencia y los lenguajes que en ella se hablan, que una cultura, quizás la de los jueces y funcionarios de la Corte, juzga a otra.

Piénsense cada uno de ustedes como imputados juzgados en Holanda, un país para muchos desconocido, lejano seguramente al de la familia del acusado, que siempre constituye su punto de apoyo emocional y hasta económico, debiendo entender la audiencia y expresarse en ella en un idioma que no es el de nacimiento y escolaridad y, en ocasiones, tampoco el de los funcionarios o los jueces, en la necesidad de comunicarse con el defensor en ese idioma extraño o, cuando menos, extraño para alguno de ellos, lengua y cultura tan necesarias para entender la vida cotidiana. La defensa propia o por intermedio de alguien ajeno se dificulta sobremanera, casi hasta el límite de hacer desaparecer las garantías relativas a ella. Como dije, esto también puede suceder en los juzgamientos nacionales, pero ello solo como excepción, y una excepción que, al menos parcialmente, ha sido provocada por el propio imputado mediante el desarrollo de acciones u omisiones que suceden en el territorio soberano del Estado juzgador o extienden su resultado dañino a él.

6.

Otro ejemplo práctico, aunque con pretensión de jurídico, nos pone en contacto con la regla que regula el principio de la prohibición de la persecución penal múltiple por un mismo hecho —*ne bis in idem*—, procedimiento que, en el Estatuto, representa un nuevo riesgo de condena a penas gravísimas, al menos más graves que aquellas ya impuestas por un tribunal nacional.

En efecto, a pesar de la redacción **garantista** que, en principio, domina los primeros párrafos del art. 20 del Estatuto, cabe reconocer que los casos expuestos como pretendida excepción confieren a la CPI el poder de anular un juzgamiento nacional, para poder tomar el caso ella y los funcionarios extraterritoriales competentes, pese al juzgamiento previo. No pretendo criticar los fundamentos expuestos para proceder de esa manera —repárese: de oficio o por pedido de otros Estados, de la Fiscalía o del Consejo de Seguridad de la ONU— pues, lamentablemente, conocemos casos de auto amnistía de gobernantes antes de perder su poder, incluso para delitos en los que ella no procede, pero pretendemos alertar contra el hecho de que, cualquiera que sea el fundamento designado en la ocasión, él aparece como exclusivo poder del tribunal, irreversible e incontestable, incluso avalado por un texto abierto o en cierta contradicción con el principio de **complementariedad** que domina la interpretación del Estatuto. Hasta esta norma, el principio *ne bis idem* prohibía un juzgamiento posterior, aun cuando el primero pudiera ser catalogado como erróneo. Lo raro, a mi juicio, es que la CPI no posea el mismo poder para anular decisiones estatales de condena penal injustas que recaen sobre enemigos políticos de regímenes tiránicos, el caso más común y trágico que conocemos.

7.

Ni qué decir sobre el **juicio por jurados**, que para nuestra tradición constitucional representa una garantía jurídica, un derecho de quien es perseguido penalmente (art. 24 CN), a la par de un modelo judicial en materia procesal penal que debe impregnar nuestra legislación, cualquiera que haya sido su suerte práctica. Tal garantía resulta inalcanzable para una justicia penal internacional.

8.

Nunca se ha regulado legalmente un principio de **oportunidad** más extenso que el concedido por el Estatuto. A la total discrecionalidad de la fiscalía para dejar de lado ciertas persecuciones penales (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional —ECPI—, art. 53, inc. 1º, ap. c), sobre la base de una fórmula más que abierta (“no redundar en interés de la justicia”, fórmula que permite cualquier interpretación) se agrega, para colmo de males, en cabeza de un órgano político de la ONU —el Consejo de Seguridad que no funciona democráticamente en el seno de las Naciones Unidas— y con un texto que pretende encubrir su verdadero significado

(ver el art. 16). Prefiero no decir nada más en homenaje a la moral y a las buenas costumbres, en este caso internacionales. Las palabras sobran, sobre todo las del texto de ambas normas.

9.

Lo dicho solo como ejemplos más a mano y con exclusión del Derecho Penal (DP) material, que reclama aún más protestas. La verdad, sin embargo, no es esa fragilidad de fundamentación que, si la traducimos en una ojeada práctica de lo sucedido hasta ahora, se manifiesta como incredibilidad hacia las declamaciones y fines propuestos en el preámbulo de la obra legislativa y, yo diría, como ejemplo de hipocresía de sus creadores.

Ni la CPI nos ha conducido a la paz entre las naciones, ni ha evitado acciones devastadoras para los seres humanos, ni es verdad que "los pueblos —agrego: del mundo— están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común", ni existe la "comunidad internacional", en el sentido que se predica, de naciones iguales con organización democrática. Por el contrario, parece ser que se trata de un tribunal creado —increíblemente— por naciones en su mayoría pobres y subdesarrolladas, para afirmar y extender la hegemonía de aquello que concebimos como cultura democrática occidental y reaccionar con una pena grave frente al extravío de algunas de las naciones, cuando ellas se apartan de aquella cultura. La realidad muestra que la principal nación hegemónica, bien acompañada por otras naciones poderosas, no adhieren al tratado ni lo ratifican —así, escapan de su competencia—, y que al Tribunal y sus *ad-lateres* solo le interesan hoy los desmanes de los pueblos africanos, base de su escasa labor. En cambio, ni los asesinatos programados, ni las intervenciones armadas de las naciones poderosas en países marginados, a pesar de sus **efectos colaterales** —sobre la población extraña al supuesto conflicto—, son perseguibles y aparecen de antemano como eximidos de la competencia práctica del Tribunal. He aquí una analogía con lo que sucede en el DP estatal.

La **igualdad** no es un valor superior a la **libertad** y a la **fraternidad**, ideales revolucionarios del siglo XVIII todavía vigentes; al contrario, es presupuesto de ellos, pues no parece posible la fraternidad y la libertad sin una aproximación, cualquiera que fuere su medida, a la igualdad de oportunidades. Precisamente por ello no existe un Estado global, universal o planetario, porque reina una desigualdad universal cada vez mayor (un sexto

de la humanidad consumía el 85% de los bienes y la brecha entre países ricos y pobres se amplía geométricamente en nuestros días).

Y, por tanto, no existe justificación ética o social para su DP, pues se prefiere responder con sacrificios (penas graves) antes que con aquello que es propio de un Estado responsable previo a amenazar castigo como mecanismo preventivo: ayudar a aproximarse a quienes no pueden hacerlo por sí mismos al ideal de la igualdad, al goce de garantías positivas como la alimentación necesaria, la salud y la vida humana digna. Precisamente, los pueblos que son hoy los preferidos de la persecución penal universal son también los que sufren hambrunas y epidemias mortales. El DP funciona así como *sola ratio* de la política social, a semejanza de lo que sucedía con la Inquisición histórica en lugar de aparecer, únicamente, como *ultima ratio* de ella. Esta última es la razón por la cual los fines del Estatuto son expresados por el verbo **castigar**, escondido tras la mención de **luchar contra la impunidad** que, en principio, anuncia solo condenas y, por lo contrario, rehúsa verdaderos juzgamientos.

Según alguien lo ha expresado, la labor del CPI se asemeja más a una **represalia** que a un juicio: se investigan hechos conocidos de antemano por aberrantes, que no conducirán por regla a la absolución de los sospechados como autores. Por lo demás, esas condenas son, en la práctica, generacionales, esto es, distanciadas en el tiempo, condenas de vencidos por vencedores.

Si, además de carecer de un Estado responsable, advertimos que la organización primitiva de esa supuesta **comunidad internacional** no tiene estructura democrática, sino, incluso, abiertamente antidemocrática en su principal conexión con el Estatuto penal, el Consejo de Seguridad, donde los Estados hegemónicos poseen el derecho de vetar cualquier decisión (derecho que explica que nunca serán juzgados sus nacionales por hechos de estas características), caeremos en cuenta de que el DP global se parece más a la opresión de la minoría poderosa y rica, que así se protege contra la criminalidad de subsistencia. También es de advertir la ausencia de control sobre la tarea de la CPI.

10.

Pretendo dejar en claro que las masacres y delitos extraterritoriales del Estatuto me commueven —como también me conmovieron los hechos juzgados de Nüremberg y Tokio, pese a las irregularidades jurídico-penales reconocidas para sus juicios— y hasta creo que merecen una reacción,

incluso, de calidad superior a la respuesta penal. No confío en el DP como generador de paz social, como creación que evita la violencia y el fraude, como mecanismo idóneo contra la reincidencia. Me basta el ejemplo de los resultados de la aplicación de los derechos penales nacionales, experiencia que no desearía repetir, pero a la que me reenvían continuamente los propósitos del Estatuto de Roma y los esfuerzos por sostener su creación. Por esa razón, como no concibo culturalmente la abolición de la sanción penal grave para ciertos comportamientos aberrantes, no desearía terminar sin una pobre y sintética propuesta de aquello que es preferible hacer en la actualidad, pues estimo que la transparencia de las reglas jurídicas respecto de su finalidad, es decir, la carencia de intención de engaño debe ser el punto de partida de toda regulación y no su destino final.

Creo que, frente al desquicio que representa la CPI resulta preferible, con la actual estructura de la ONU, ejercer en todo caso el principio de **oportunidad** previamente; ello significa que el poder del Consejo de Seguridad —organismo extremadamente antidemocrático de la ONU— de evitar ciertas persecuciones o limitarlas se ejerza desde un comienzo y ello supone que la fiscalía creada para perseguir esos delitos debe estar bajo su control y responder a su poder. Todavía más, me agradaría que esta decisión correspondiera a la Asamblea. Ello evitará dos sensibles males actuales: el desperdicio de dinero y labor judicial, y el número ilusorio de casos que nunca serán juzgados ni investigados seriamente; y colocará la responsabilidad de la decisión en el lugar que corresponde de modo transparente. El derecho internacional no parece capaz, por el momento, de convocar a una justicia penal que no sea la de los vencedores.

En segundo lugar, no objeto la creación de una CPI de competencia abstracta permanente, pero estimo que su integración con jueces para el caso ya planteado debe desatar un mecanismo de selección de jueces no permanentes (por tanto honorarios), de los países miembros del tratado —estados que pagarán sus expensas—, quizás conforme a algún tipo de elección previa por parte de los países involucrados. Ello no solo representará una auténtica solidaridad con los países no desarrollados que contribuyen a sostener el inmenso presupuesto actual de la CPI, sino que, además, permitirá el paso siguiente.

La CPI solo debería ser única como concepto, pero permitir la existencia de varias posibilidades de integración del Tribunal según regiones determinadas en el Estatuto. Los jueces que la integran en un caso concreto deberían

ser elegidos dentro de los límites territoriales de la región y eximidos de su tarea en la competencia nacional. Ello permitiría expandir los idiomas en los que la CPI sesiona y, antes bien, acercar a imputados y órganos probatorios a la cultura de origen y, al caso a sus límites territoriales, problemas principales a superar, según se ha visto.

Por lo demás, sería aconsejable que la sede administrativa estuviera ubicada en un país que no represente a la minoría rica del planeta, con lo cual ese país recibiría una ayuda estimable en divisas. Ello no permitirá ocultar que la base de los delitos extraterritoriales y su realización judicial representan a la cultura occidental; al contrario, transparentará este extremo, que ha sido aceptado por todas las convenciones de derechos humanos, regionales o universales, y por tratados igualmente calificables. Pero dejará que, al menos, su interpretación quede en manos de jueces que regularmente juzgan a sus nacionales según el contexto cultural que les es propio. Por lo demás, posiblemente evite la tragedia de toda una literatura jurídica acrítica y de apoyo al Estatuto por parte de los juristas que lo crearon, o son hoy sus funcionarios o esperan serlo conforme, precisamente, a sus declaraciones públicas. Tal solución contribuirá, además, a evitar el enorme dispendio de dinero que se esconde tras la CPI.

11.

Me gustaría decir, por fin, que nuevamente vuelven a sentarme incorrectamente en un panel conforme a su tema. Existen libros críticos insuperables en nuestro idioma, cuyos autores están al alcance de la organización y, más aún, en nuestro mismo país un libro fundamental que, gracias a Dios, fue objeto de una investigación seria encarada por un discípulo mío, el Dr. Daniel Pastor, profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la UBA, a quien debo agradecerle, incluso, la cita repetida e injustificada de un ensayo mío publicado en el extranjero, sin demasiadas pretensiones.



LUIS ARROYO ZAPATERO⁽¹⁾



Por un Derecho Penal humanista

Me complace compartir algunos de los sueños de E. Raúl Zaffaroni. Dos de esos sueños tienen realidad en estos días: su pasión, para desde todas partes apoyar su América, lo que él llama ahora el “sur”, conociendo todo lo que se produce en el norte; y, en segundo lugar, sacar al “campo”, a la provincia, la actividad académica. Y estas universidades nuevas como la de La Matanza son el factor más importante de transformación y de democratización de la sociedad argentina. Se dice de esta lo que de la mía, la mayoría de los estudiantes comienzan su linaje académico con ellos mismos, porque en su familia nunca hubo académicos. Y esto, sin ser falta de respeto para las universidades clásicas, es lo que motiva el afán de los profesores amantes del progreso, y de los rectores de estas universidades “de provincias” con las que yo me siento tan identificado. Espero que esa juventud que accede masivamente a la universidad devuelva a la sociedad nada en términos políticos, pero al menos sí el compromiso con el esfuerzo que la sociedad hace hoy por ellos, comprometiéndose a ser unos profesionales decentes. Este es el segundo sueño de E. Raúl Zaffaroni.

Por otra parte, quiero manifestar mi alegría por ver a tantos compañeros y amigos que voy a resumir en uno, que en un lugar inmemorialmente pequeño, con grandes dificultades intenta que el sistema penal en Latino-

(1) Catedrático de Derecho Penal, director del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional y Rector emérito (Universidad de Castilla-La Mancha). Decano fundador y actual Rector de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, España. Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Vicepresidente del Consejo científico asesor del Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo de Brisgovia. Presidente del Comité Académico del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales..

américa vaya avanzando poco a poco, y no retroceda en demasía, y que se llama Elías Carranza. En la persona de Elías creo que se puede dar un abrazo a todos los penalistas amantes de ir avanzando en los derechos humanos y en el sistema penal.

Y también, naturalmente, es una gran satisfacción tener como compañeros de mesa a Gonzalo Fernández y a Julio Maier. A Gonzalo le tengo menos respeto porque es de mi edad, aunque parece muy serio en sus tareas y además de la cátedra ha tenido el gobierno, que es algo que produce siempre un vértigo. Pero me impresiona mucho más Julio Maier. Era yo un joven con los estudios recién concluidos, que había escapado a duras penas y por casualidad de las prisiones de Franco y topé en la ciudad de Colonia con un grupo de argentinos a los que había dispersado la danza de la dictadura, entre los que se encontraba como personaje principal don Julio Maier. En primer lugar, me impresionó de él la enseñanza de que el derecho procesal puede ser también una materia susceptible de elaboración científica; y, en segundo lugar, me impresionó casi tanto cómo bailaba el tango de apretado. Aquellas dos circunstancias que se completaron más tarde —porque también bailaba el tango de un modo todavía más apretado y salvaje don David Baigún—, pertenecen al tiempo de mi formación como jurista.

Hoy les dirijo la palabra en una posición de amigo de ALPEC, por haber entendido, como he dicho antes, la significación de que se creara una Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, además de que se refuercen las organizaciones internacionales en el seno del espacio de América Latina, con la presencia latinoamericana en las sociedades científicas de la criminología, del derecho penal, o de la defensa social. Y esa es la responsabilidad desde la cual hablo, como Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social, una sociedad que se creó en la Europa asolada por la guerra, cuando como diría Robert Badinter, “todavía estaban tibias las cenizas de los crematorios” y cuando no había medios de comunicación que nos dijeran lo que pasaba en el continente en tiempo real y menos con imágenes. Un tiempo en el que los periódicos tardaban en viajar.

La Sociedad se crea casi en los mismos días en los que se refunda la Asociación Internacional de Derecho Penal, cuando aquel vicepresidente de la AIDP, Donnedieu de Vabres, magistrado de la Corte Penal Militar Internacional en Nüremberg, convoca a los miembros del Consejo de Dirección supérstites de aquella terrible guerra, e incluye en la convocatoria a los rusos y a los norteamericanos, y aprovecha lo que en ese momento se convierte en un tesoro, porque hasta ese momento para la vida internacio-

nal bastaba con y se exigía hablar francés. Pero ni aquellos rusos tremendos que habían sacado de las trincheras al ejército alemán hablaban francés, ni los norteamericanos habían querido aprenderlo. Por fortuna, para juzgar a los nazis la gran empresa de las tecnologías digitales que se llama IBM, había inventado la máquina para la traducción simultánea. Y pegados a las máquinas de la traducción simultánea es como se refundó la AIDP.

Y, a la vez, en Génova se pensaba que había que crear un derecho penal nuevo. Esto no era una manía de profesores. Es que el espacio y escenario de la guerra que fue Europa, a la altura de 1946, cuando se juzga a los responsables nazis, hay un espacio de criminalidad desbocado. En los países que habían estado alejados del frente y de los aspectos más crueles de la guerra, se había multiplicado por dos y por tres la delincuencia, la delincuencia juvenil, la delincuencia sexual, la delincuencia de sangre, como, por ejemplo, en Inglaterra. Y en aquellos países en los que el terror y la prohibición del matar se habían violentado de modo tan descomunal, allí no había fronteras, no había códigos penales reales, solo el sobrevivir. Doscientos mil jóvenes, doscientos mil niños, más que jóvenes, vivían sin padre ni madre, ni perro que les ladre, merodeando y viviendo del robo y del asalto en Berlín y sus alrededores. Y otros tantos corrían los campos que median entre Milán y Roma. Y aquellos penalistas se preguntaban qué sentido tenía ir con un derecho penal de la retribución a poner orden en esta juventud, y apareció la gran renovación de las ideas penales, que amparando a la vez derechos humanos y un derecho penal de la prevención y de la ayuda a la reinserción, se hicieron presentes en el escenario, por breve tiempo, pero se hicieron presentes en él. De ahí, de esa reflexión es de donde venimos, y esa es una reflexión que sirve para muchos otros escenarios del mundo.

Me gustaría en los veinte minutos que me han concedido decirles algunas cosas más. Pues es bueno saber de dónde venimos, porque sino todo nos parece suficiente razón para la depresión. Lo fundamental es que desde después de esa guerra mundial última, la bandera de los derechos humanos se ha consolidado en un sentido propiamente jurídico. De los derechos humanos como idea política de la Revolución Francesa hemos podido pasar a lo que se puede llamar un "derecho penal constitucional", garantizado por las normas constitucionales en sentido tradicional, y constitucionales en el sentido de las constituciones que han de ser interpretadas todas de acuerdo con las convenciones internacionales de derechos humanos, como muy bien se sabe en Argentina. Se ha consolidado la idea de que el proceso penal no puede ser cualquier cosa, y podremos discu-

tir sobre fórmulas, pero tiene que ser un "debido proceso", idea que es la gran creación de la democracia norteamericana de valor universal. De otras cosas no hemos de cantar admiración, pero sí de esa idea del proceso justo. Y así, una serie de elementos que creo que son de interés para nuestra reflexión. Les recomiendo un libro que deberíamos ser capaces de editar aquí, porque es el esfuerzo modernizador de la aproximación a los problemas de la internacionalización mejor que conozco, que es el proyecto dirigido por M. Delmas-Marty y Ulrich Sieber, en el que tuve el honor de participar, y que se llama *Los caminos de la armonización penal*. Es una nueva forma de abordar las tareas del derecho comparado para sacar conclusiones para la generación de las normas nuevas internacionales e internas derivadas de la internacional.

Les he dicho que venimos de la Ilustración, venimos de Roma, que es lo común a todos, los transoceánicos. Roma es nuestra cuna, no solo es Castilla, la cuna de Castilla también es Roma. Y el espíritu es el de la Ilustración. Los penalistas venimos de Beccaria, y aprovecho para incitarles a todos ustedes, los que tienen iniciativas, pues el año que viene se cumplirán los 250 años de la publicación del librito que representa la bandera del Derecho Penal Humanista. Todos venimos de ahí. A Beccaria lo llevaron a los tronos la Revolución Francesa, que milagrosamente produce una obra —parece mentira lo bien escrita que está con el barullo en el que se aprobó— que es la *Declaración de los derechos del hombre*. Aquello era un programa político, que no tenía cobertura jurídica. Para conseguirlo hubo una tentativa en el tiempo tras la Primera Guerra Mundial con la creación de la Sociedad de Naciones, que fracasó en los aires terribles de la Segunda Guerra Mundial. Y tras ésta, lo que es la *Declaración de derechos del hombre*, de la Revolución Francesa, pasa a convertirse en un instrumento de derecho internacional.

Por vez primera, una comisión relevante en la vida internacional es presidida por una mujer, y además, no se puede decir que la presidiera por ser la mujer del presidente de los Estados Unidos porque ya se había muerto. Eleanor Roosevelt era la primera mujer que pisaba con tacos en la vida internacional y consiguiendo poner a los países en común alrededor de una carta universal de derechos humanos. Eso luego se ha convertido en un instrumento obligado de recurso para la interpretación de los derechos y de las normas constitucionales de los países en particular. Y, así como les decía antes, podemos decir que todas las cuestiones penales básicas no se pueden ya desperdigar entre cuestiones de dogmáticos y cuestio-

nes de criminólogos, hoy toda la materia penal está sometida a una serie de principios que todos conocemos y que tienen rango superior al de la constitución de cada país, y mucho más a las leyes ordinarias de cada país. Y son esos principios del derecho penal constitucional los que se inspiran en las declaraciones de derechos y en la interpretación que de ellos han hecho las cortes de justicia europeas, la de Estrasburgo y la de Costa Rica en el espacio latinoamericano.

El proceso con derechos quiere decir muy claramente que no podemos hacer un sistema inquisitorial, genialmente representado por Francisco de Goya en este escenario. Un proceso que, además, incorporaba la tortura, como bien es conocido y nos recordaba Alejandro Alagia en su ponencia. Esta tortura del agua que parecía que se había perdido en la historia, tiene una capacidad, como la Inquisición, de volver a la vida, que parece increíble. El primer fiscal de origen hispano que nombraron en Estados Unidos dejó una obra imborrable, recuperó después del 11 de septiembre la práctica de la tortura, mediante el instrumento del agua, que es una tortura que deja poca huella, y nos hizo una vez más universales en el capítulo XXII del Quijote en el que se explica el condenado que va como galeote, y don Quijote le pregunta: "¿y usted por qué va en la cadena?", y él responde: "por el agua"; "porque cantó en el agua", añadió el guardia, y dice don Quijote: "¿cómo porque cantó?, si hay tanta gente que canta, incluso mal". Pero sí, el galeote cantó en el tormento del agua y por eso había sido condenado a servir en galeras.

Es cierto que hay en la vida moderna un incremento de la criminalidad muy notable. Tienen razón los conservadores. En España se decía en los primeros años de la democracia que el incremento de los crímenes era obra de la democracia. Como entonces teníamos poca información y no había internet, no podíamos saber que el incremento de la criminalidad se producía en todos los países del mundo, y se producía del mismo modo y en el mismo ritmo en el que se incrementaba el producto interior bruto. Pasamos en España de 20.000 presos a 50.000 en todo lo que es el proceso democrático. Y el mismo incremento se producía en Francia y se producía en Alemania. Una comparación con la experiencia latinoamericana nos daría, con toda seguridad, el mismo resultado.

Ha aparecido un nuevo fenómeno en la escena penal y los penalistas tenemos que tenerlo en cuenta, que son los medios de comunicación. Los medios de comunicación son un elemento que ha revolucionado el esce-

nario penal porque han dado pie a la gran manipulación de la información, a la utilización del delito y la información sobre el delito para crear e inventar el miedo al delito y para generar políticas represivas ciegas, que siempre amparan a los que llaman a conservar el orden. La población penitenciaria ha tendido a incrementarse como consecuencia de desmesurados incrementos de las penas; en el caso de España es manifiesto y creo que en Argentina también. Lo curioso es que, en el caso español, quien ha incrementado la alarma social y las penas ha sido el gobierno directamente. No tengo tiempo aquí para explicárselos, pero lo pueden leer en otro momento.

Las políticas criminales de telediario, las que convierten en banderas y en héroes a las víctimas de los delitos y a sus representantes, como decía Zaffaroni ayer, se utilizan por algunos gobiernos para decir a la sociedad "no tengáis miedo de nosotros, tened miedo de los demás", "incrementemos las penas y resolveremos así los problemas sociales". Eso ha llevado a España, en tan solo diez años más tarde de la contrarreforma del 2002, a tener más presos por 100.000 habitantes que países extraordinariamente duros, como Polonia, que no en vano tiene además una población de católicos a "marcha martillo comunistas", o como en Inglaterra. Aunque todavía nos supera el descomunal fenómeno prisional de los Estados Unidos.

Esta criminalidad de hoy es una criminalidad nueva y vieja. Vieja porque es criminalidad contra la propiedad y criminalidad de sangre. Pero, lo cierto es que en los países centrales la criminalidad en su conjunto se reduce. Siempre recordaré al profesor Albrecht en el homenaje a Jescheck con motivo de su fallecimiento, clamar contra la demagogia ante todos los profesores alemanes que se habían congregado en Friburgo al decir: "el problema que tenemos en Alemania es que nuestras cárceles se están quedando vacías" y era verdad. Es cierto también que se incrementa el volumen y la tasa de delitos violentos, normalmente asociados a fenómenos como el crimen organizado. Pero, en general, las sociedades estabilizadas presentan las características de lo que se puede llamar una sociedad de "pacificación de la existencia" y, por lo tanto, de reducción de la materia penal. No es lo mismo aquí que en otros lados, por eso son tan importantes las reflexiones desde las diferentes regiones del mundo, porque aquí hay un problema singular que se advierte muy bien, y es que los panópticos se han convertido en centros comerciales, como maravilla, por ejemplo, el de Recife, y no se han construido prisiones en correspondencia con el volumen de la criminalidad,

y no resulta fácil crear recursos para construir eso, y es algo que esté profundamente desajustado como señala Carranza. Pero lo que no es menos cierto es que las prisiones latinoamericanas son pre-becarianas, y las condiciones de los presos preventivos y definitivos son propias del infierno de Dante. Y esa no es la pena de prisión. La pena de prisión no es tortura, no es humillación, no es exterminio de las poblaciones inclinadas por la balanza de la justicia a ingresar en prisión. Ese es un genocidio de grupo, que dicho así tiene que completarse con otras reflexiones. Pero no hay nada parecido en occidente, y este es un gran reto a abordar en la lucha contra los nuevos fenómenos de la criminalidad. Lo ha dicho mejor y más clara y alarmantemente que nadie, el Ministro de Justicia de Brasil: "prefiere morir a entrar en cualquiera de sus propias cárceles".

Hay que reflexionar sobre la cuestión de las drogas, no es sencillo. Yo, cuando está Zaffaroni nunca pongo su foto, por eso pongo hoy la de mi amigo, el antiguo Rector de la UNAM, Juan Ramón la Fuente. Es demasiado sencillo pensar que con la legalización de las drogas se resuelve el problema del crimen organizado. La noticia mexicana de hoy por la mañana es la noticia relativa al asesinato de los inmigrantes con los que se trafica. No son drogas, no tienen más que la droga, la "búsqueda del paraíso" en el Norte. La superación de los bloques ha producido algo que antes no existía, y es que hay aviones fuera de control. Venezuela ha derribado 30, según reconocía el presidente Maduro, y es de esperar que todos sean solo de narcotraficantes, como ha dicho. Pero antes no había aviones que pudieran ir incluso a estrellarse contra las Torres Gemelas, antes no se movía nada sin que fuera objeto de control. Y ahora se mueve todo, las masas de inmigrantes también y, lo que es peor, hay Estados enteros fracasados o fallidos que se convierten en gestores de la criminalidad.

La situación en el África occidental es de absoluta tragedia para todos los países, y se han convertido en centros de gestión directa del crimen organizado y del tráfico de drogas y de todos los tráficos ilícitos, inclusive los de la sangre. Y, a su vez, la ruptura de las fronteras ha llevado a que las masas de emigrantes quieran encontrar el progreso donde la televisión y el cine les dicen que existe. Y ahí tenemos ese Mediterráneo ensangrentado. La trata de personas no se ha inventado hoy, pero sin duda alguna es hoy un tiempo en el que tanto para la explotación laboral como para la explotación sexual tiene dimensiones epidémicas. El crimen organizado no es un invento del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, lo que es

un despropósito es aplicar las agravaciones del delito que decía nuestra colega peruana a los tres pibes que se ponen de acuerdo para limpiarle la caja a un heladero. Pero que existe, lo escriben muy bien algunos como Roberto Saviano, que los ha conocido de cerca. Y donde se ha podido comprobar que no solo son las drogas la materia del crimen organizado, sino también los residuos urbanos.

En ese derecho penal que en la práctica se presenta hoy, aparece la transnacionalización del delito. Y, a su vez, camino de la globalización aparecen posibilidades para globalizar cosas que a los penalistas amantes del progreso nos interesan. Yo pienso que la globalización es inevitable, pero que lo que tenemos que procurar los que queremos y creemos en los derechos humanos es que se globalicen también los derechos humanos. Y eso es una gran oportunidad que requiere ideas, procedimientos y oportunidades. Y demanda que los que tenemos esas ideas estemos mejor organizados, a nivel regional y a nivel global, para luchar contra los delitos económicos y contra la corrupción, contra el lavado de dinero, contra los responsables de la crisis financiera internacional, contra las redes terroristas, contra los que machacan el medioambiente, de países propios o ajenos y, en definitiva, contra aquellos que cometen delitos internacionales. Delitos internacionales y delitos viejos que aparecen como si fueran nuevos. La violencia contra las mujeres siempre existió, existe más cuando las mujeres pretenden pisar con su propio pie, y esto es seguramente lo característico de la violencia actual contra las mujeres. Y hay delitos viejos que aparecen como nuevos, así tenemos este simpático pirata, producto también de la superación de los bloques militares. Más elementos hay de todo esto. Nos quedaría hablar, y lo van a hacer los siguientes compañeros de instituciones que se han creado y que tienen elementos positivos y elementos negativos en su presentación, como son las instituciones internacionales, como los tribunales penales internacionales.

Si tuviera que elegir ahora un título que sintetizara las ideas expuesta pondría el siguiente: Por un Derecho Penal humanista.





El paradigma neopunitivista en el derecho internacional

1. Introducción

Como todos sabemos, al promediar el siglo pasado la doctrina internacionalista dominante reivindicaba con energía al *jus cogens* como fuente de derecho internacional público, fundada en argumentos provenientes del derecho natural y abiertamente contrarios, por ende, a la visión rígida y acotada que planteaba por la misma época el positivismo jurídico.⁽²⁾

El reverdecimiento del derecho natural, su —así llamado— “eterno retorno”, que indujo a proclamarlo incluso como “*philosophia perennis*”, sobre todo en la época de la segunda postguerra, fue la reacción previsible frente al auténtico “*jus barbarum*” impuesto por el régimen nacionalsocialista alemán⁽³⁾ y, por cierto, logró adquirir definida prevalencia dentro de la filosofía jurídica de su tiempo.⁽⁴⁾

(1) Catedrático de Derecho Penal. Universidad de la República, Uruguay.

(2) VERDROSS, ALFRED, *Die Quellen des universellen Völkerrechts. Eine Einführung*, Freiburg, Rombach, 1973, p. 26; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 171; PUCEIRO RIPOL, ROBERTO, “Las normas de *jus cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo”, en Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, tomo I, p 292.

(3) Nuevamente, VERDROSS, ALFRED, “Was ist Recht? Die Krise des Rechtspositivismus und das Naturrecht”, en Maihofer (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus? Was ist Recht?*, pp. 309/321.

(4) RADBRUCH, GUSAV, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 114 y ss.; ENGISCH, KARL, Zur “Natur der Sache im Strafrecht”, en Kaufmann (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, pp. 204/243; ELLSCHED, GÜNTER, “El problema del derecho natural. Una orientación sistemática”, en Kaufmann-Hassemer (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, pp. 147/148; SANTOS, JOSÉ ANTONIO, *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, Granada, Comares, 2008, p. 103 y ss.

Por ende, respaldándose en esa vigencia ineluctable del *jus cogens*, en el derecho de gentes de origen consuetudinario, buena parte de los internacionalistas aplaudieron la solución consagrada por el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados acordada en 1969, que declaró nulo a todo tratado que estuviera en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.⁽⁵⁾

Es de hacer notar que, en términos similares, el mismo principio aparece recogido en el art. 38, apart. 1º, inc. c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, donde se dispone que el aludido órgano jurisdiccional aplicará, como parte del ordenamiento jurídico, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.⁽⁶⁾

En el fondo, esta solución iusprivatista abonada por la doctrina del derecho internacional no hacía sino replicar, a ese nivel jurídico, el planteo formulado, entre otros, por Radbruch dentro del ámbito del derecho interno, denunciando la nulidad de aquellas “**leyes que no son derecho**”, carentes por completo de validez jurídica.⁽⁷⁾ Es que el recurso al *jus naturalis* no solo resulta una reacción comprensible para la época, sino incluso hasta impuesta por razones ético-políticas y derivadas del más rotundo sentido de justicia, repugnado por la experiencia reciente que acababa de tener un Estado terrorista, que fue capaz de consumar el Holocausto.

Empero, la segunda mitad del siglo XX y este incipiente siglo XXI han sido épocas harto prolíficas en la sanción de normas internacionales positivizadas —por lo común, aprobadas mediante convenciones multilaterales—, que se han convertido en fuentes formales de derecho y, en concreto, han ido configurando un derecho penal internacional emergente que ya no precisa apelar al *jus cogens* de antaño, como recurso *in extremis*.

2. Del crimen de guerra al derecho penal internacional

Ahora bien, por los años 70 del siglo pasado, la doctrina del derecho internacional público aludía aún al **derecho internacional penal** propiamente dicho, también denominado **derecho penal supranacional**, que entendía

(5) DE LA GUARDA, ERNESTO y DELPECH, MARCELO, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Bs. As., La Ley, 1970, pp. 84/85; REMIRO BROTÓNS, ANTONIO, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 71.

(6) SWINARSKI, CHRISTOPHE, *The International Court of Justice*, Handbook, The Hague, 2004, p. 92.

(7) RADBRUCH, GUSTAV, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en Radbruch; Scmidt y Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, p. 16.

comprehensivo de aquellas infracciones cometidas en tiempo de guerra o estrechamente vinculadas con el desarrollo de operaciones militares. Al **derecho internacional penal** se le asignaba, como función principal, la tutela de la paz y de la seguridad internacional, inscriptas como objetos explícitos de protección en el Preámbulo y luego refrendadas como tales por el art. 1º de la Carta de la Organización de Naciones Unidas.⁽⁸⁾ Vale decir, el incipiente derecho internacional penal se volcaba a concebir como ilícitos internacionales —atribuibles *prima facie* a los Estados miembros de la ONU y, eventualmente, a sujetos individuales—, la violación de la paz y de la seguridad, vulneradas a través de un todavía impreciso crimen de guerra,⁽⁹⁾ que era el hecho punible respectivo.

No es aventurado sostener, por lo tanto, que más allá de alguna convención internacional aislada acordada a comienzos del siglo XX (a modo de ejemplo, el Convenio sobre Trata de Blancas firmado en París en 1904, o la Convención Internacional del Opio, suscrita en La Haya en 1912), o bien de algunas convenciones homólogas aprobadas ya durante el período de entreguerras (en este caso, la Convención sobre la Esclavitud de Ginebra de 1926, o la Convención Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda y Protocolo, estipulada en Ginebra en 1924), la materia propia y el contenido sustancial de ese emergente derecho penal concebido por los internacionalistas se nutrió, inicialmente, de las infracciones al derecho de guerra (el *jus in bellum*), que es el ámbito donde este nuevo sector del derecho, conocido como derecho internacional humanitario, va a asentar su piedra fundacional.⁽¹⁰⁾

En puridad, ello cobra impulso luego de culminada la contienda bélica y a la vista de sus terribles resultados, con los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a través de los cuales se renovaron y ampliaron las viejas normas sobre el derecho de guerra que habían sido elaboradas originaria-

(8) VIEIRA, MANUEL A., *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969, p. 281.

(9) RUEDA FERNÁNDEZ, CASILDA, *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 38.

(10) SWINARSKI, CHRISTOPHE, *Introducción al derecho internacional humanitario*, San José de Costa Rica, Comité Internacional de la Cruz Roja/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 9; ARBUET VIGNALI, HEBER, "El derecho internacional humanitario (*ius in bellum*)", en Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 333; PLAZA VENTURA, PATRICIA, *Los crímenes de guerra. Recepción del derecho internacional humanitario en derecho penal español*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2000, p. 37.

mente a mitad del siglo XIX, promoviendo lo que actualmente se identifica como el “Derecho de Ginebra” y el “Derecho de La Haya”.⁽¹¹⁾

Por consiguiente, la guerra centraliza al principio todo el foco de atención y delimita la propia autocomprensión inicial del derecho internacional penal (según el antiguo “*nomen iuris*” que le había adjudicado el derecho internacional tradicional), la cual se hallaba enraizada en aquella exigua visión del delito internacional como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad; ergo, como *delicti iuris gentium*.⁽¹²⁾ Mediante la escrupulosa regulación del *ius in bellum*, la comunidad internacional procuró afianzar definitivamente la idea de que también la guerra tiene sus propias leyes y de que existen límites infranqueables al uso de la fuerza, fundamentalmente en relación a la población civil y a los prisioneros de guerra.

Pero en 1945 ya no se trataba solo de la sangre y el barro de las trincheras pobladas de cadáveres, como en la primera conflagración bélica de 1914-1918. Antes bien, al cabo de la Segunda Guerra Mundial, la atroz monstrosidad del nazismo confirmó para siempre hasta qué cotas de barbarie puede llegar el *homo lupus homini* en materia de exterminio genocida. El horror de las ejecuciones masivas de personas en los campos de concentración fue el inaudito descubrimiento de la *atrocitas fascinorum* del pasado siglo.

No en balde Günter Grass expresó que “Auschwitz ha seguido siendo inconcebible, precisamente porque no es comparable, porque no puede justificarse históricamente con nada, porque no es asequible a ninguna confesión de culpa y se ha convertido así en un punto de ruptura, de forma que resulta lógico fechar la historia de la humanidad y nuestro concepto de la existencia humana con acontecimientos ocurridos antes y después de Auschwitz”.⁽¹³⁾

(11) SWINARSKI, CHRISTOPHE, *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 29; MORENO, ROBERTO, A., “Los crímenes de guerra. Receptación en el ordenamiento jurídico argentino”, en *Lecciones y Ensayos. Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, nº 78, Bs. As., Lexis-Nexis-CICR, 2003, p. 449 y ss.

(12) RUEDA FERNÁNDEZ, CASILDA, *op. cit.*, p. 33.

(13) GRASS, GÜNTER, *Escribir después de Auschwitz*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 13.

Y, por su lado, Giorgio Agamben sostuvo que “no nos avergonzamos de mantener fija la mirada en lo inenarrable”.⁽¹⁴⁾

De tal suerte, los antecedentes de mayor relieve para explicar el surgimiento del derecho penal internacional contemporáneo deben ir a buscarse a la posguerra, al “Derecho de Nüremberg” concretado en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, establecido y acordado por las potencias aliadas en 1945 para juzgar a los criminales de guerra nazis, cuyo art. 6 define como ilícitos internacionales a los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.⁽¹⁵⁾

Y, concomitantemente, debe consultarse como fuente suplementaria a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sesión plenaria del 9 de diciembre de 1948.⁽¹⁶⁾

En ambos documentos se hallará la simiente y la fuente más concreta del derecho penal internacional hoy en vigor. Allí arranca, en efecto, el largo proceso de elaboración de una normativa que culminará con el Estatuto de Roma y con la creación de la Corte Penal Internacional, que tiene sede en La Haya, como eventual tribunal de enjuiciamiento universal.

La creación de un órgano judicial permanente y con competencia de alcance universal obedece, por un lado, a la desconfianza que siempre inspiraron los tribunales locales del Estado de nacionalidad del autor del delito —lo cual se hizo patente en el caso de Alemania y justificó, ya entonces, la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg,⁽¹⁷⁾ el que, en definitiva, no pasó de ser una Corte *ad hoc* instituida por los vencedores de la contienda bélica.⁽¹⁸⁾

(14) AGAMBEN, GIORGIO, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, Valencia, Pre-Textos, Valencia, 2005, p. 32.

(15) D'ALESSIO, ANDRÉS, Los delitos de lesa humanidad, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010, pp. 3/4; BLANC ALTEMIR, ANTONIO, La violación de los derechos humanos, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010, p. 17; RUEDA FERNÁNDEZ, CASILDA, *op. cit.*, p. 62.

(16) Véase el detalle del proceso de elaboración de la Convención en GIL GIL, ALICIA, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 156/158; y en BLANC ALTEMIR, ANTONIO, *op. cit.*, p. 171 y ss.

(17) GLUECK, *Criminales de guerra. Su proceso y castigo*, Bs. As., Anaquel, 1946, p. 102. A su vez, LLORENS BORRÁS, JOSÉ A., *Crímenes de guerra*, Barcelona, Acervo, 1973, p. 30, cuestiona la parcialidad en la integración del tribunal.

(18) Así lo expuso Otto Freiherr von Lüdinghausen, uno de los defensores del juicio de Nüremberg, en su alegato. Ver *Der Nürnberger Prozess*, vol. 19/20, p. 243.

En simultáneo, la pobre actuación de los tribunales alemanes que luego continuaron conociendo, con intermitencia pero a lo largo de décadas, en los procesos contra delitos del nacionalsocialismo, parece corroborar esa sospecha de desconfianza que motivara la creación de un tribunal *ad-hoc*, que décadas más tarde se repitió como experiencia por la ONU para los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda. En particular, la benevolencia con la cual fueron juzgados los magistrados judiciales del Tercer Reich aportaría una prueba corroborante al respecto.⁽¹⁹⁾

Precisamente, el hecho de sustraer a los responsables de los delitos del ámbito de enjuiciamiento territorial local —a raíz del prejuicio y la desconfianza de parcialidad que los tribunales nacionales inspiran—, tanto como la decisión de no juzgar en base al derecho interno y de no aplicar el principio de nacionalidad o personalidad pasiva, sino de estatuir un nuevo derecho (previsto en el propio Estatuto del Tribunal Militar Internacional), fueron los factores que mayor resistencia levantaron a propósito del proceso de Nüremberg contra los criminales de guerra nazis. El hecho de someterlos a proceso ante una Corte integrada únicamente por representantes de las potencias aliadas, fue el motivo principal de crítica y descalificación contra el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, el cual fue visto por muchos directamente como el ejercicio de un acto de venganza triunfalista, realizado por los vencedores de la guerra.⁽²⁰⁾

Desde luego, la violación del principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia legge poenale*) fundamentó otra de las objeciones centrales lanzadas para impugnar la aplicación retroactiva del Estatuto de Nüremberg, a hechos acaecidos con anterioridad. Jiménez de Asúa, un autor que está más allá de toda sospecha, fustigó al proceso, señalando que “hasta el final ha sido este juicio modelo de lo que debe evitarse”. Y apuntó especialmente que “el definitivo obstáculo para que pueda considerarse válida en derecho la justicia hecha en Nüremberg proviene

(19) FRIEDRICH, JÖRG, *Freispruch für die Nazi-Justiz*, Berlín, Ullstein, 1998, p. 15, donde sostiene, a la vista de los resultados, que “el asesinato judicial no es punible”.

(20) Entre otros, IRVING, *Der Nürnberger Prozess. Die letzte Schlacht*, München, Wilhelm Heyne, 1979, p. 327; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MUÑOZ AUNIÓN, MARTA, *¿Vencedores o vencidos?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 18/19; KIRCHHEIMER, OTTO, *Justicia política*, México DF, UTEHA, 1968, p. 376; ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 159/160. De otra opinión, en cambio, FERNÁNDEZ GARCÍA, ANTONIO; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, JOSÉ LUIS, *El juicio de Nüremberg, cincuenta años después*, Madrid, Arco Libros, 1996., pp. 66/68.

de haberse violado el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia legge* y de haber dado indebidamente efecto retroactivo a una ley penal de gravísima trascendencia”.⁽²¹⁾ Es incuestionable, a decir verdad, que mediante este proceso fue crasamente infringido el principio de legalidad material.

De todas formas, no es del caso incursionar ahora en la revisión del asunto, pues lo real y concreto es que el precedente de Nüremberg hizo doctrina, sentó las bases primeras y, al cabo de un lento proceso, terminó por cuajar en el derecho internacional positivizado, a través del Estatuto de Roma de 1998. En él se consagran los principios de responsabilidad penal individual, se instituye un tribunal permanente e imparcial (la Corte Penal Internacional) y se tipifican los delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra,⁽²²⁾ en tanto queda abierta a la discusión futura la determinación típica del crimen de agresión.⁽²³⁾

De esta manera, para salvar toda contingencia y obviar los cuestionamientos del pasado, el Estatuto plasma un derecho objetivo y un tribunal cuya competencia temporal establece la irretroactividad como criterio determinante, así como la subsidiariedad (el Estatuto la llama “complementariedad”) de la intervención del órgano jurisdiccional, en ausencia de actuación de los tribunales nacionales.

3. La expansión del poder penal internacional como problema

Naturalmente, también el Tratado de Roma y el derecho allí codificado pueden dar lugar a múltiples opiniones, tanto de orden sustantivo como procesal, en todo cuanto concierne a la tipicidad de los ilícitos incriminados⁽²⁴⁾ y a las reglas de sustanciación del proceso.

Pero no apunta en esa dirección nuestra ponencia, que nunca podría abarcar en un espacio tan limitado tamañas dimensiones temáticas. Contentémosnos con asumir que los hechos tipificados como punibles

(21) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Bs. As., Losada, 1950, p. 1283.

(22) LIROLA DELGADO, ISABEL; MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, *La Corte Penal Internacional*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 115/132 y 151; PÉREZ OTERMIN, JORGE, *Introducción a la Corte Penal Internacional*, Montevideo, AMF, 2002, pp. 71/90.

(23) WERLE, GERHARD, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 612.

(24) WERLE, GERHARD, *op. cit.*, p. 309 y ss.; IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 165 y ss.

por el Estatuto, mal que bien, son fuera de toda duda hechos atroces y gravísimos, y que la respectiva criminalización de tales conductas tiene tras de sí una larga trayectoria histórica en el seno de la doctrina jurídica y también dentro de la “*communis opinio*”.

En todo caso, sí puede añadirse desde el punto de vista político-criminal que, aún cuando se argumenta que más de cien Estados han adherido al sistema, en su gran mayoría se trata de pequeños países, fuera de los de la Unión Europea y Canadá. En efecto, Estados Unidos, Rusia, China, Japón, India, Corea del Norte y los países árabes —esto es, aproximadamente el 80% de la humanidad—, no forman parte del Tratado de Roma y han quedado fuera del respectivo Estatuto.

Por otro lado, a la luz de los procesos hasta ahora sustanciados por la Corte Penal Internacional, que han involucrado delitos cometidos en Uganda, Congo, República Centroafricana y Sudán, se ha señalado —no sin razón— que este tribunal penal internacional, malgrado su denominación y su vocación de universalidad (la consagración del principio de justicia mundial), ha funcionado hasta ahora exclusivamente para una franja de África.⁽²⁵⁾

Sin embargo, lo que hoy nos preocupa como objeto de estas reflexiones es el vigoroso proceso expansivo que viene adquiriendo el poder penal internacional, no precisamente a través del sistema instituido por el Estatuto de Roma —que tiene un elenco cerrado de hechos punibles y cuyos magros resultados judiciales a la vista están—, sino a través de múltiples acuerdos convencionales multilaterales que, indefectiblemente, implican para los Estados signatarios mandatos de criminalización a nivel de su respectivo derecho interno, donde se les obliga a introducir y tipificar los nuevos delitos diseñados.

Esto va mucho más allá de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio y, por supuesto, sobrepasa ampliamente también el marco del Estatuto de Roma. Bien por el contrario, los problemas más acuciantes de la internacionalización del poder penal —la actual y la futura— tienen que ver con ese fenómeno que, no sin mordacidad, Ferrajoli ha denominado el “panpenalismo”.⁽²⁶⁾

(25) PASTOR, DANIEL R., *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2012, pp. 352 y 357; *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005; *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 115.

(26) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 702.

Dicho de otro modo: el verdadero núcleo problemático está, como siempre, en la expansión inusitada e irracional del derecho penal,⁽²⁷⁾ que actualmente se alimenta de nuevas nutrientes internacionales y, paradójicamente, en muchos casos, extrae la materia de la prohibición nada menos que del derecho internacional de los derechos humanos.

Creo que Pastor lo ha explicado impecablemente, caracterizando al **neopunitivismo** internacional como un nuevo derecho penal contrailustrado, de marcada deshumanización y creciente reclujoamiento sancionatorio, que parece haberse convertido —durante los tiempos que corren— en “la octava maravilla del mundo”.⁽²⁸⁾

La más elemental racionalidad de la teoría penal pone de relieve el riesgo de desborde permanente del poder punitivo y aconseja un uso reductor de la dogmática jurídica, derivado de la teoría agnóstica de la pena,⁽²⁹⁾ para contener al *jus puniendi* y acotarlo a un recurso de *extrema ratio* dentro de la praxis social, reservado solamente para intervenir en los más graves conflictos de la vida comunitaria. En esos términos, la dogmática penal bien entendida viene a ser el alfabeto y la técnica más eficaz de contención del poder punitivo.

Pero las burocracias internacionales, que viven y se retroalimentan de conferencias y convenciones de variado orden, no han cesado de elaborar programas de criminalización en materia de terrorismo, drogas, criminalidad organizada, seguridad pública, corrupción pública y delitos de funcionarios, derecho penal económico, fiscal y del medio ambiente, pornografía infantil, propiedad incorporal, trata de personas e inmigración ilegal, acoso sexual y laboral, discriminación de personas, etc., que luego reversionen —por expreso mandato de tipificación acordado convencionalmente— en el derecho interno de cada país.

Subyace a esta actitud, además, la errónea creencia que todo derecho humano amerita poseer tutela penal y, desde luego, la falsa ilusión de que

(27) Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, JÉSUS MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Bs. As., BdeF, 2011, p. 11 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La racionalidad de la leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 23 y ss.; *La política criminal en la encrucijada*, Bs. As., BdeF, 2007, p. 69 y ss.

(28) PASTOR, DANIEL, *Tendencias...*, op. cit., p. 364; *Recodificación penal...*, op. cit., p. 37.

(29) Por todos, ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002, p. 44; ZAFFARONI, EUGENIO R., *Crímenes de masa*, Bs. As., Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010, p. 32.

el instrumento punitivo es un mecanismo eficaz de protección de los derechos del hombre que consecuentemente determina, una y otra vez, la huída a lo penal. Porque la real garantía de los derechos fundamentales del hombre, reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos y por los correspondientes textos constitucionales —dentro de lo que suele denominarse corrientemente el **“bloque de constitucionalidad”**—, no pasa por la criminalización penal sino, antes que nada y sobremanera, por el hecho de contar con legislación tuitiva extra-penal y, claro está, con políticas sociales que permitan efectivizar el ejercicio de aquéllos.

Por cierto, la ley penal siempre llega tarde en su afán de protección, pues se dinamiza cuando ya ha sido lesionado un derecho —léase, un bien jurídico—, que ella ya no puede reparar. Es la paradoja de la “ilusión penalista”.

Las más de las ocasiones ese vigoroso neopunitivismo internacional duplica normas ya existentes en el derecho local de los países, cuando no las reformula y complejiza y, casi sin excepción, las nuevas figuras penales diseñadas a nivel internacional distorsionan y desarticulan por completo al derecho interno, específicamente a la Parte Especial de los códigos penales, que termina hecha trizas y arrollada por una profusa legislación especial extra-código.

Por lo demás, como el mandato de criminalización que contienen los convenios internacionales implica reproducir lo más fielmente posible la descripción estampada en los textos internacionales y éstos, nuevamente casi sin excepciones, han sido elaborados por funcionarios y juristas no penales (en general, por internacionalistas), la técnica de tipificación deviene pésima y la descripción del tipo material del delito —entiéndase bien, el tipo-garantía— se construye a partir de la aglomeración sin sentido de verbos nucleares, hertas veces ni siquiera diferenciables entre sí.

El fenómeno de referencia ha infectado a toda la cultura jurídico-penal internacional y la resistencia académica, que no es poca, tampoco ha logrado controlar ni detener esa aprobación casi inercial de nuevas leyes por los cuerpos parlamentarios, los cuales obran aparentemente “encandilados” por la jerarquía internacional de la criminalización primaria recomendada en las convenciones o tratados respectivos. Así, bien puede decirse que, aprobado el tratado, lista la pena.

Desde el punto de vista tipológico, florecen además los tipos abiertos, con referencias normativas vacías de contenido —en múltiples oportunidades,

auténticas leyes penales en blanco— y las modalidades omisivas de conducta punible. Concomitantemente, es un rasgo general y característico el adelanto de la punibilidad hacia estadios iniciales de conducta, de modo que verdaderos actos preparatorios, apenas configurativos de una actividad preliminar e impune en el derecho penal común, se ven súbitamente transformados en delitos consumados de peligro, respecto de los cuales el legislador impaciente se anticipa en el tiempo y criminaliza una mera situación de riesgo.

Lo peor, además, es que en ese vasto y nuevo elenco de ilícitos de procedencia internacional, el riesgo suele hipotizarse. Proliferan por doquier delitos de peligro abstracto o presunto, en los cuales la punibilidad se activa en mérito a una presunción *iuris et de iure* (absoluta), sin chance alguna de verificar la concreta y efectiva realización de un peligro concreto por el autor. He ahí la tarjeta de presentación del derecho penal de la sociedad de riesgos, que ha impactado profundamente en la cultura jurídica de la modernidad.

Ni qué decirlo —acotémoslo de paso—, ello se acompaña de recurrentes tentativas de establecer la *praesumptio doli* y de conjeturar la realización del tipo subjetivo, el cual —progresivamente— ha ido licuándose de contenido, hasta plantarse en la imputación de la mera cognoscibilidad del hecho.

Esta grave disfunción se traslada también al ámbito penal procesal, donde han irrumpido novedosos institutos como el agente provocador, la entrega vigilada, el agente encubierto, la interceptación telefónica, la delación premiada, las figuras del arrepentido y del colaborador, etc., que operan para distorsionar concomitantemente las garantías y las reglas seculares del enjuiciamiento penal del estado de derecho.

Por lo tanto, es manifiesto que venimos asistiendo a un nuevo paradigma cultural en materia penal, proveniente del ámbito internacional. Es el paradigma de la emergencia, el paradigma del estado de excepción permanente o, como lo preconiza Jakobs, el nuevo derecho penal del enemigo.⁽³⁰⁾ Bajo esta matriz, el derecho penal se convierte en un derecho de **lucha** contra el **hostis** y se aproxima, cada vez más, a un modelo de derecho de guerra contra la delincuencia (*ius ad bellum*), que pierde paulatinamente los moldes acuñados por el liberalismo penal, sepultando

(30) En especial JAKOBS, GÜNTER, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en Jakobs, y Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 24, 33 y 40.

irremisiblemente al viejo derecho penal liberal, que tanto esfuerzo demandó imponer en la historia de la Humanidad.

Lo más llamativo es que, detrás de los procesos de aprobación de las nuevas convenciones internacionales de derechos humanos, se percibe el fogoneo y el impulso que a estas les otorgan las organizaciones no gubernamentales y los grupos de activistas de derechos humanos.

El fenómeno pone de relieve una suerte de “perversión” de objetivos. El derecho internacional de los derechos humanos fue apreciado históricamente por la dogmática penal como una fuente jurídica de efecto moderador o morigerante sobre el poder punitivo; tan luego como un instrumentario que suministraba —al teórico y al aplicador de la ley penal— elementos reductores y un dique de contención contra el poder, por la vía de permitir nuevas interpretaciones. Más, en la actualidad, ocurre exactamente al revés y todo ese cuerpo cultural —lo reitero: una herencia *ius humanista*— se vuelve un pilar que apuntala la vertiginosa expansión punitiva, la cual aparece de pronto como la *sola ratio* de la praxis. Y un poder penal *sola ratio* es siempre e irrecusablemente inválido.⁽³¹⁾

Me hago cargo de hasta qué punto pueden llegar a demonizarse las críticas precedentes, que he expuesto en apretada síntesis. Por lo pronto, ellas ponen en jaque a la cultura iushumanista, lo cual puede llegar a entenderse como un pecado capital, máxime en nuestros países, que han sufrido violaciones masivas de derechos humanos, en grado superlativo durante las dictaduras militares.⁽³²⁾ Es obvio que, a la luz de ese pasado reciente, todo cuestionamiento siempre corre el riesgo de malinterpretarse como una afrenta insolente.

Asumo, por otra parte, que mucho se ha insistido también en el ulterior destino **simbólico** de la nueva legislación —que, en buena medida, tiende a permanecer desaplicada—, así como en su eminente función socio-pedagógica de fortalecer el sentido público de responsabilidad por la violación de derechos humanos.⁽³³⁾ Solo que ello encierra la falacia de creer que

(31) PASTOR, DANIEL, *El poder penal internacional...*, op. cit., p. 194.

(32) Aunque como lo puntualiza Zaffaroni, los homicidios masivos los cometen las agencias descontroladas del propio poder punitivo, pero actuando en función policial. ZAFFARONI, E. RAÚL, *Crímenes de masa*, op. cit., p. 33.

(33) DAMASKA, MIRJAN, “La incierta identidad de los tribunales penales internacionales”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, años XIV-XV, Bs. As., 2011, p. 49.

la pena posee eficacia disuasoria general (prevención general negativa), lo cual es una realidad empíricamente harto refutada, y el subsecuente error de pensar que se puede reeducar castigando y, en tal sentido, que la criminalización primaria es un medio eficiente de pedagogía social.

4. Colofón

La problemática que he intentado resumir nos plantea a sociólogos, criminólogos y juristas penales un tremendo desafío interdisciplinario; acaso nuestra más relevante tarea académica de hoy en día.

No debemos permitir que, de pronto, el derecho penal se metamorfosee en un *ars belli*, en un puro derecho de lucha contra enemigos, a los cuales hay que aniquilar e intimidar, para esterilizar en ellos toda actitud de resistencia, como lo pensaba el hoy glorificado —por razones que cuesta entender— pensador Carl Schmitt.⁽³⁴⁾

No debemos tolerar, en suma, que la tan mentada “**configuración normativa**” de la sociedad, su estructuración esencial a través de normas, nos la convierta inexorable y definitivamente en una sociedad punitiva.

Me parece válido recordar en el final la aguda observación de Foucault —inspirada en Nietzsche— que vertiera en uno de sus últimos escritos, datado en febrero de 1984: “En nuestras sociedades contemporáneas no se sabe exactamente qué se hace cuando se pena y aquello que puede, en el fondo, justificar en principio la punición: todo pasa como si nosotros practicáramos una punición libre de valor, sedimentando, un poco lo uno sobre lo otro, un cierto nombre de ideas heterogéneas, que relevan historias diferentes, momentos distintos, racionalidades divergentes”.⁽³⁵⁾

Dicho en forma más cruda y simplificada: en la teoría penal el debate no enfrenta un sistema de ideas, un puro repertorio conceptual o una determinada inclinación teórica. Indefectiblemente, detrás de ello se oculta el poder punitivo, que es el verdadero adversario y el permanente enemigo emboscado. A la luz de las reflexiones que preceden, el neopunitivismo internacional parece estar ganándonos la partida.

(34) DOTTI, JORGE, “Estado, representación, guerra. Algunas consideraciones sobre la concepción hobbesiano-schmittiana de lo político”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2012, pp. 437/470.

(35) FOUCAULT, MICHEL. “Qu’ appelle-t-on punir?”, [en línea] <http://1libertaire.free.fr/MFoucault255.html>.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, GIORGIO, *Lo que queda de Auschwitz*, Valencia, Pre-Textos, 2005.
- BLANC ALTEMIR, ANTONIO, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, Bosch, 1990.
- BOLLO AROCENA, MARÍA DOLORES, *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2004.
- D'ALESSIO, ANDRÉS J., *Los delitos de lesa humanidad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010.
- D'ALESSIO, ANDRÉS J., *Der Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof*, München, Delphin, 1984.
- DAMASKA, MIRJAN, "La incierta identidad de los tribunales penales internacionales", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, años XIV-XV, Bs. As., 2011.
- DE LA GUARDIA, ERNESTO y DELPECH, MARCELO, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Bs. As., La Ley, 1970.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La racionalidad de la leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, Bs. As., BdeF, 2007.
- DOTTI, JORGE, "Estado, representación, guerra. Algunas consideraciones sobre la concepción hobbesiana-schmittiana de lo político", en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Edeval, 2012.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, ANTONIO y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, JOSÉ LUIS, *El juicio de Nüremberg, cincuenta años después*, Madrid, Arco Libros, 1996.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta 1995.
- FRIEDRICH, JÖRG, *Freispruch für die Nazi-Justiz*, Berlin, Ullstein, 1998.
- FOUCAULT, MICHEL, "Qu' appelle - t-on punir?", en AA. VV, *Punir, mon beau souci. Pour une raison pénale*, Revue de l'Université de Bruxelles, 1984.
- GIL GIL, ALICIA, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GLUECK, SHELDON, *Criminales de guerra. Su proceso y castigo*, Bs. As., Anaquel, 1946.
- GRASS, GÜNTER, *Escribir después de Auschwitz*, Barcelona, Paidós, 1999.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- IRVING, DAVID, *Der Nürnberger Prozess. Die letzte Schlacht*, München, Wilhelm Heyne, 1979.
- JAKOBS, GÜNTHER y CÁNCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., Losada, 1950.
- KAUFMANN, ARTHUR (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965.
- KAUFMANN, ARTHUR y HASSEMER, WINFRIED (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992.

- KIRCHHEIMER, OTTO, *Justicia política*, México D.F., UTEHA, 1968.
- LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA M., *La Corte Penal Internacional*, Barcelona, Ariel, 2001.
- LLORENS BORRÁS, JOSÉ A., *Crímenes de guerra*, Barcelona, Acervo, 1973.
- MAIHOFER, WERNER (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1966.
- MORENO, ROBERTO A., “Los crímenes de guerra. Receptación en el ordenamiento jurídico argentino”, en *Lecciones y Ensayos. Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, nº 78, Bs. As., Lexis-Nexis-CICR, 2003.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; MUÑOZ ANIÓN, MARÍA, *¿Vencedores o vencidos?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- PASTOR, DANIEL R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.
- PASTOR, DANIEL R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006.
- PASTOR, DANIEL R., *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2012.
- PÉREZ OTERMIN, JORGE, *Introducción a la Corte Penal Internacional*, Montevideo, AMF, 2002.
- PLAZA VENTURA, PATRICIA, *Los crímenes de guerra. Recepción del derecho internacional humanitario en derecho penal español*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2000.
- RADBACH, GUSTAV, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Córdoba (R.A.), Universidad Nacional de Córdoba, 1963.
- RADBACH, GUSTAV; SCIMIDT, EBERHARD y WELZEL, HANS, *Derecho injusto y derecho nulo Madrid*, Aguilar, 1971.
- REMIRO BROTÓNS, ANTONIO, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- RUEDA FERNÁNDEZ, CASILDA, *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona, Bosch, 2001.
- SANTOS, JOSÉ ANTONIO, *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, Granada, Comares, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Bs. As., BdeF, 2011.
- SMITH, BRADLEY F., *Der Jahrhundert-Prozess. Die Motive der Richter von Nürnberg-Anatomie einer Urteilsfindung*, Frankfurt am Main, Fischer, 1977.
- SWINARSKI, CHRISTOPHE, *Introducción al derecho internacional humanitario*, San José de Costa Rica Comité Internacional de la Cruz Roja/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984.
- SWINARSKI, CHRISTOPHE, *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- SWINARSKI, CHRISTOPHE, *The International Court of Justice*, Handbook, The Hague, 2004.

- URIOSTE BRAGA, FERNANDO, *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, Bs. As., BdeF, 2002.
- VERDROSS, ALFRED, *Die Quellen des universellen Völkerrechts. Eine Einführung*, Freiburg, Rombach, 1973.
- VERDROSS, ALFRED, “Was ist Recht? Die Krise des Rechtspositivismus und das Naturrecht”, en Maihofer (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*.
- VIEIRA, MANUEL A., *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*,
- Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1969.
- WERLE, GERHARD, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *Crímenes de masa*, Bs. As., Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010.
- ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007.



Los problemas penales del sur (y el pluralismo cultural)



De izquierda a derecha: LUZIA SEBASTIÃO (Jueza del Tribunal Constitucional de la República de Angola), JULIO ALAK (Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) y E. RAÚL ZAFFARONI (Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretario Ejecutivo de ALPEC).

PRESENTACIÓN



El reconocimiento constitucional del derecho y de la justicia indígena es transcendental porque se trata de reconocer una realidad social. Estos reconocimientos permiten que las prácticas legales, jurídicas y judiciales de una parte importante de su población sean reconocidas y dejen la clandestinidad. Sin embargo, estos avances en la legislación no fueron seguidos por las prácticas institucionales, y por este motivo se ha originado en la región un debate jurídico sobre el tratamiento penal que correspondería a los hechos delictivos realizados por personas con pautas culturales diferentes.

Los Dres. Luzia Sebastião y E. Raúl Zaffaroni analizaron, entre otros temas, las causas de la resistencia de la cultura judicial formal por la instauración de una justicia comunitaria, lo que ha llevado a que se impidiera el reconocimiento efectivo de la pluriculturalidad.

Sebastião expuso sobre la resolución de conflictos en la justicia comunitaria en Angola. Manifestó que en su país existe una justicia comunitaria que funciona paralelamente a la justicia del Estado, rigiendo donde esta no existe, y que resuelve conflictos. Señaló que si bien la justicia comunitaria está vigente en gran parte del país, muchas veces sus normas y procedimientos entran en conflicto con las normas del derecho positivo.

En ese contexto, ejemplificó el funcionamiento de la justicia de su país a través del comentario del caso conocido como "Proceso Camutuculeno," del año 2002, en el que claramente se manifiesta la injerencia de los hechiceros en la cultura angoleña, donde la pena máxima es expulsar de la tribu a aquel que no confiese el delito imputado por el tribunal comunitario.

Finalizó su exposición diciendo que "para entender si es lícito o no penar una acción, es necesario entender los contextos culturales en los que se produce, porque no se puede juzgar a alguien por un delito que desconoce".

Zaffaroni, por su parte, comenzó manifestando que algunos países reconocen el "pluralismo normativo", es decir, la convivencia de la "justicia formal" y la "justicia comunitaria" y, en ese sentido, expresó que "pueden coexistir sistemas jurídicos paralelos e incluso sistemas penales paralelos y simultáneos".

Continuó explicando que las soluciones que dan los sistemas comunitarios son "restitutivas" y que "rara vez se llega a situaciones extremas, y la situación extrema es la expulsión de la comunidad"; y advirtió que "de no reconocerse la existencia de una justicia comunitaria, estaríamos incurriendo en una violación de nuestro propio derecho positivo: que es la prohibición de la doble punición por el mismo hecho".

El Ministro de la Corte reflexionó que las penas ilícitas se cumplen y deben ser tomadas en cuenta al imponer una pena lícita, aclarando que "Debemos admitir que tenemos un sistema penal violento. Y no nos podemos conformar con que no sea sistemática: la tortura existe. Todas las penas, ilícitas, prohibidas, existen".

Para finalizar, Zaffaroni declaró que "ha llegado el momento de decir la verdad: la pena no tiene fundamento racional; la pena es, en esencia, venganza". "El derecho penal —continuó— no va a dinamizar la sociedad [ni va a] impulsar ninguna democratización", pero deberá "contener las fuerzas que impiden la democratización" y, en consecuencia, la de "posibilitar y garantizar el espacio de dinamización social de nuestros pueblos".



LUZIA SEBASTIÃO⁽¹⁾



Os problemas penais do sul e o pluralismo cultural⁽²⁾

A República de Angola, situada na parte Austral de África não tem uma justiça comunitária sistematizada e escrita, como entre académicos se diria codificada, positivada. Tem uma justiça comunitária efectivamente vigente que resolve conflitos, cujas decisões não chegam, na maior parte das vezes ao conhecimento das designadas autoridades administrativas do Estado que gera a Nação.

A justiça comunitária existe e funciona paralelamente à justiça do Estado, imperando, lá onde esta não existe; mas porque é ela que está em vigor em grande parte do território nacional e muitas vezes as suas normas e procedimentos entram em conflito com as normas do designado Direito Positivo, parece importante buscar o ponto de encontro, sobretudo quando o assunto é Direito Penal.

Pretendemos partir de um caso concreto que ocorreu em 2002 mas só conheceu conclusão de seus termos no ano de 2008. O caso ficou conhecido

(1) Natural de Luanda, República de Angola. Licenciou-se em Direito (Universidade Agostinho Neto). Concluiu Cursos de Pós-Graduação em Direitos Humanos (Universidade de Lund, no Reino da Suécia). Concluiu um Curso de Pós- Graduação em Direito Penal Económico e Europeu (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Concluiu o Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Actualmente, Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Docente da Cadeira de Direito Penal I. Professora Associada, docente da Cadeira de Direito Penal I e Coordenadora do Departamento de Ensino e Investigação (DEI), de Ciências Jurídico-Criminais, (Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto). Juíza Conselheira no Tribunal Constitucional da República de Angola desde 2008.

(2) La traducción al español de la Dra. Laura Elbert puede verse [en línea] www.infojus.gob.ar

como "Processo Kamutukuleno" e nele estiveram envolvidos como Arguidos e Vítimas, autoridades administrativas dentre elas o Governador da Província, responsáveis administrativos locais, o Rei, os sobas que são responsáveis comunitários e, directa ou indirectamente a comunidade habitante naquele município.

1. O fenómeno Kamutukuleno

1.1. Os factos

Correu seus termos no Tribunal Supremo⁽³⁾ no ano de 2005 sob o nº64 o processo que ficou conhecido como **Kamutukuleno**.

Segundo documento que consta de fls. 237 a 241 proveniente do " Reino Municipal do Kuito Kuanavale", os factos⁽⁴⁾ que deram origem ao processo podem ser resumidos no seguinte:

Aqui na audiência do Rei, compareceram os dois cidadãos da Regedoria (...), uma povoação situada a 20Km da Sede Municipal do Kuito Kuanavale. No dia 5 de Março/ 2001, numa terça-feira estes (2) dois indivíduos informaram o seguinte: que no (...) surgiu um desastre, que na história do Mundo nunca se contou, nem se falou! Apareceu naquela área os defuntos falecidos já há 2, 3 anos perante 8 testemunhas (...). Os falecidos apresentaram-se a queixarem-se de fome dizendo que eles trabalham muito nas lavras dos acusados, cartam água, caçam animais selvagens e pescam. E não podem vir apresentarem-se aos seus familiares, assim os familiares dos falecidos ouvindo estas informações entraram em choque com os acusados feiticeiros, e um

(3) Em Angola o Tribunal Supremo é, a Ultima Instância da Jurisdição comum . Julga tanto a questão de facto como a de Direito. O processo a que nos estamos a referir envolveu o Governador da Província, a mais alta entidade administrativa, como Arguido e nos termos da alínea c) do artigo 20º da Lei do Sistema Unificado de Justiça, Lei nº 18/88 de 31 de Dezembro, em vigor no momento em que os factos ocorreram, o julgamento em 1ª Instância dos Governadores Provinciais é da competência da Câmara dos Crimes do Tribunal Supremo. Tratava-se de uma função cuja nomeação competia ao Presidente da República conforme o artigo da Lei Constitucional. Assim, os demais arguidos foram julgados em 1ª Instância pelo Tribunal Provincial de Menongue, Capital da Província do Kuando Kubango, pois os factos ocorreram no Município do Kuito Kuanavale um Município daquela Província. O julgamento do Governador funcionou como instância de Recurso para os arguidos julgados em Menongue .

(4) O processo pode ser consultado junto do Cartório do Tribunal Supremo, sito no 10º andar do Palácio da Justiça em Luanda, Avenida 17 de Setembro . Por razões éticas os nomes dos intervenientes serão nesta descrição omitidos.

destes aceitou que ele também conhece e viu-os. Um acusado, foi ter com o Regedor, este por sua vez mandou concentrar todas as pessoas unindo num só Bairro isto é duas Regedorias, dois Regedores e dois Sobas numa só povoação. [um dos Regedores] perguntou à povoação que vocês viram os mortos vivos? Por estas agitações surgiu o terror no seio da população em especial aqueles que viram os seus filhos a morrer e agora vivos. Resolveram trazer o caso ao Senhor Administrador Municipal, e o Senhor Administrador vendo que este caso é da competência dos chefes tradicionais, transferiu o caso para o Rei, Regedores, seus Sobas e Seculos⁽⁵⁾ para analisarem a questão. O Rei, ao receber a notícia, convocou uma audiência dos Regedores, Sobas e Seculos para analisar a questão junto com os anciãos e decidiram o seguinte: A medida tomada nesse encontro, organizou-se uma força das Milícias do Rei, foram buscar os acusados, testemunhas e outros sobas daquela Povoação, e familiares de ambos os lados. No dia 8 de Março de 2001 reuniu-se com as testemunhas e declarou-se a verdade (...) [a primeira testemunha disse que] viu-os quando ia tirar o bombo⁽⁶⁾ no rio, acompanhou-os até ao Bairro (...) e desapareceram (...) [a segunda testemunha disse que] viu também quando ia a procura de tortulho⁽⁷⁾ debaixo de uma tenda (...) [a quarta testemunha disse que] viu quando transitava com o seu irmão (...), viu o falecido (...) carregando um balde de mel (...) [a quinta testemunha disse que] também viu o falecido (...) quando regressava da lavra⁽⁸⁾ com a esposa encontrou a caminhar com (...) [um dos acusados] e a carregar um balde na cabeça (...) No dia 9 e 10 de Março de 2001, foi o primeiro julgamento [de um dos acusados].

Cumpridas as "formalidades processuais" do julgamento tradicional, em 16 de Junho de 2001 o Rei do Município do Cuito Cuanavale escrevia para o Governador da Província do Kuando Kubango em Menongue (Capital da Província), nos seguintes termos:⁽⁹⁾

(5) O Regedor, os sobas e os Seculos são autoridades tradicionais, comunitárias.

(6) Bombó é a mandioca "a cassava" depois de descascada, colocada de molho e seca.

(7) O tortulho é cogumelo.

(8) A lavra é a plantação, onde se cultiva, milho, mandioca, batata doce, etc.

(9) O Rei não sabia escrever, mas tinha assessores que sabiam ler e escrever e comunicava com as autoridades administrativas de forma escrita. Veja-se documento de fls. 150 dos Au-

Os nossos melhores cumprimentos.

De acordo o documento nº 335/GGP/ /201, segundo a análise de problema dos acusados Feiticeiros os cidadãos (...) e residentes do Bairro Samikití.

Rei (...) junto os seus regedores, sobas, séculos e o Povo em geral tomamos as seguintes medidas: o Sr. (...) está despromovido da categoria de regedor do Kuango; assim como (...) da categoria de soba Kuango, depois da despromoção terem que pagar multa aos familiares de cada defunto será pago: (6) seis bois, (6) seis cabras, (6) porcos e (20) galinhas no total de : (24) vinte e quatro bois, (24) vinte e quatro cabras, (24) vinte e quatro porcos e (80) oitenta galinhas.

Depois da multa os três feiticeiros 'seram despulsos' nesta Província do Cuando Cubango.

O Rei (...), pede a V/máxima colaboração porque ainda os defuntos continuam aparecer nas pessoas conhecidas assim como nas mulheres e nas crianças vivos.

Reino do Município do Cuito Cuanavale, em Ntiengo aos 16 de Junho de 2001.

O Rei do Município.

Cerca de um ano depois, Março de 2002, um dos acusados, sentindo-se insatisfeito e injustiçado pela sanção, que lhe foi aplicada, dirigiu-se ao Procurador da República do Cuando Kubango em Menongue, através de uma informação nº 001/2002 que consta de fls. 298, 299 dos autos dizendo, dentre outras coisas, o seguinte:

... Em Março de 2002, fui acusado pelo Senhor (...) acusando-me de vitimar Pessoas que dizem trabalhar na minha lavra, por eu ter feito ações de feitiçaria por trazer na minha (...) para seu benefício (...) enquanto me encontrava no quintal do Rei 8 (...) fui amarrado, espancado violentamente, torturado com "tchinguali" na cabeça, nas pernas, apertos com alicates no sexo e levou-me a perder os sentidos e falei coisas inocentes citando os cidadãos (...) os mesmos também foram torturados por eu os ter acusado de feiticeiros.

tos que correrão seus termos no Tribunal Supremo sob o nº 84/2004, 1º Volume. Estamos a transcrever o texto tal como ele consta dos autos.

Estive nas Cadeias de prisão preventiva do Rei, amarrado com cordas, cumprimos junto com os outros acusados 5 meses de cadeia com a Ordem do Rei daquela localidade (...)

Nós postos nas Cadeias acima referidas, o acusante (...) incendiou as nossas casas sendo assim, queimou 3 (três) casas dos acusados e outras das nossas famílias no total de 13 (treze) casas.

Após o cumprimento desta prisão o Rei disse-nos que recebeu documentos provenientes do Governo Provincial, que tinha que fuzilar os respectivos senhores. Na sua vez o Rei determinou aos acusados pagar o seguinte

1. 9 Cabeça de gado bovino
2. 9 Cabritos
3. 30 Galinhas

Salvo isso tudo não foi entregue, graças o Sr. Comandante da Polícia Nacional do K. Kuanavale, que utilizou os seus esforços e defendendo a legalidade nada quis fazer defendendo apenas o direito consuetudinário; No mesmo entregou-se o seguinte:

1. 7 Cabritos
2. 900.00 Kz⁽¹⁰⁾

Posto estes meios ao alcance do jango⁽¹¹⁾ só assim fomos postos em liberdade pelas mãos do Rei. Como resultado desta "truturação" fui na República da Namíbia com o fim de fazer o tratamento, onde permaneci durante dois meses e para continuar o tratamento devia regressar dia 13 de Janeiro de 2002, para concluir o tratamento. Estou sofrendo, já não tenho paradeiro, só suspeito, os meus filhos e toda família estão a sofrer por acusação falsa e de calúnias. Sr. a Lei Constitucional, Título II-Direitos e deveres fundamentais-Lei nº 12 de 16 de Setembro, no seu artigo 23º e 28º.2, define as Modalidades como um Cidadão deve ser defendido protegido perante a Lei,

Espera Deferimento

08.05.2002

(10) O Kwanza é a moeda nacional em curso na República de Angola.

(11) O jango é o pátio do Rei. O local onde o Rei se reúne com os mais velhos da Corte e onde recebe as pessoas.

Como se pode ver da descrição, as penas aplicadas pelo Rei aos acusados, foram indemnização às famílias das vítimas e expulsão da comunidade. Paga a indemnização, os acusados foram soltos e deveriam cumprir o restante da pena, ou seja a expulsão do território da Província. Porém, o relatório de fls. 327 a 334 dos autos, permite compreender porque razão a pena de expulsão não foi efectivada e foram aqueles acusados mortos.

Antes de nos debruçarmos sobre esta última questão parece-nos importante sintetizar e clarificar que direito aquela comunidade pratica num caso como o descrito. Trazendo esses traços pretendemos demonstrar que a cultura, as crenças os costumes e as tradições fazem parte do quotidiano dos povos de Angola e condicionam muitas vezes os seus comportamentos; razão que nos levou a efectuar, a partir deste fenómeno "Kamutukuleno", um estudo que nos conduziu ao(s) seguinte(s) resultado(s).

2. O Inquérito Social. Município do Kuito Kuanavale

2.1. Descrição da Amostra e Identificação do Grupo Alvo

Deslocamo-nos ao Município do Kuito Kuanavale (Cuito Cuanavale) na Província do Kuando Kubango (Cuando Cubango) onde decorreu o 1º Julgamento (Tradicional) do Processo que no Direito Positivo, Tribunal Supremo, recebeu o nº 84º. O Município tem 4 (quatro) Comunas .

A sede tem cerca de 49.778 (quarenta e nove mil setecentas e setenta e oito) pessoas . O contacto foi feito com a população da Sede do Município: o Rei, o Regedor Municipal, o Adjunto do Regedor Municipal e alguns Bairros, nomeadamente, **Ngombe, Kayoko, Kambamba, Lievela, Samakiti, Kwango e Sangombe**.

Os entrevistados foram organizados em dois grupos: para os que não sabiam ler foi organizado um questionário sobre a resposta consenso. Os que sabiam ler responderam individualmente ao questionário ajudados por um orientador.

Sempre que a resposta não constasse do questionário, era registada numa folha que foi anexada. Nos Bairros **Samakiti, Kwango e Sangombe** situados a cerca de 25 km. da Sede do Município os entrevistados foram concentrados no Bairro Sangombe em virtude da distância entre eles.

O Questionário foi organizado em cinco (5) segmentos a saber: Dados Pessoais; Direito Costumeiro; Direito Positivo; Direito Costumeiro / Direito Positivo; Actos - Factos e Interesses.

2.1.1. *Dados Pessoais*

Compareceram à entrevista Homens e Mulheres e alguns Jovens do sexo Masculino e Feminino num total de 224 pessoas, sendo: 32,81% situados entre os 20 e os 40 anos de idade; 29,69% entre os 40 e os 60 anos de idade e 37,50% com mais de 60 anos de idade. A maioria dos entrevistados não sabe ler sendo: 55,47% sem nenhuma escolaridade, 44,53% com alguma escolaridade, ou seja sabem ler e escrever; 1,56% não tem profissão e 96,88% com profissão. Na generalidade são camponeses mas existe também o Catequista, o Enfermeiro, o Professor. Quanto ao género 65,63% são do sexo masculino e 34,38% do sexo feminino.

2.1.2. *Direito Costumeiro a Percepção dos Entrevistados*

A generalidade dos entrevistados não designa a sua prática e as suas regras de conduta como "Direito Costumeiro". Reconhece e aceita que a palavra utilizada não é costume e sim tradição. A tradição é conhecida e respeitada por todos os membros da comunidade independentemente da idade. Tem origem nos mais velhos e esse fenómeno "Kamutukuleno", só pode ser praticado por certas pessoas, mais velhas, que são identificadas como "feiticeiros". Por essa razão só "elas, os feiticeiros", podem ver o fenómeno.

A palavra "Kamutukuleno", tem origem na República da Zâmbia. Mas no Município do Kuito Kuanavale (Cuito Cuanavale) chama-se "Vuhole". É uma espécie de "Magia", "Muhuka", em que aos olhos da generalidade das pessoas a vítima parece morta (tudo se passa como se de uma sessão de hipnotismo se tratasse), mas para o "feiticeiro", praticante de "Kamutukuleno" ela continua viva. É levada e enterrada, mas com a "Magia", a "Muhuka", a pessoa é "transportada" para a lavra do "feiticeiro" (não está enterrada, nem sequer morreu).

Trata-se de uma prática que era desconhecida na área até 1999/2000, altura em que alguém que havia deixado o Município em 1992, regressa da República da Zâmbia traz a prática e a ensina a um dos membros da comunidade natural do Kuito Kuanavale.

É um fenómeno cuja finalidade é gerar riqueza e conferir poder ao praticante, por isso, só ele consegue ver os resultados, ou seja, o aumento

da sua riqueza ou do seu poder. As evidências ou provas da existência da referida riqueza resultam do facto de a comunidade estranhar o crescimento da "lavra" de algum dos membros da comunidade, sobretudo quando este trabalha sozinho. Surgem dúvidas sobre as suas capacidades para cultivar uma tão grande extensão de terra. Outras vezes ainda, as evidências mostram, o próprio proprietário da "lavra", a fazer alarde (gabar-se) de possuir outras maneiras de trabalhar que não seja o ele próprio se deslocar para lavrar a terra, por exemplo nunca sai para caçar, mas tem sempre carne de caça.

A qualificação do fenómeno como "Kamutukuleno" é feita pelo "Adivinhador" ou "Tchimbanda".⁽¹²⁾ Quando alguém morre e a família não encontra uma causa aparente, procura um adivinhador. Este é que diz que a causa da morte foi "Kamutukuleno (ni)". Faz-se uma retrospectiva e recorda-se alguma discussão ou desentendimento ou contradição que possa ter havido entre o falecido e alguma das pessoas da comunidade. Assim, chega-se ao suspeito. Lembra-se que na discussão com a presença de testemunhas, o suspeito terá dito: "Estás a brincar comigo, eu vou te transportar, vou-te levar para trabalhar...". Esta expressão permite concluir ter sido essa pessoa o autor da morte daquela vítima.

Em face desta suspeita, a família da vítima procura o adivinhador que, pelos dados que lhe são fornecidos pela família e pelo processo de adivinhação chega ao suspeito.

Espalha-se um boato pela comunidade anunciando que a morte daquela vítima terá sido por "Kamutukuleno (ni)". A notícia chega aos Sobas e estes reúnem para tomar conhecimento do facto. Reúne-se em seguida toda a comunidade para ouvir o suspeito e decidir na Mundango ya Mbunga que é a Assembleia da Comunidade, onde participam todos os membros interessados, independentemente da idade, do sexo, da posição social podendo todos intervir.

(12) Segundo CHICO ADÃO, "As origens do Fenómeno Kamutukuleni e o Direito Costumeiro Ancestral Angolense Aplicável", *Estudos e documentos*, Instituto Piaget, Divisão Editorial, 2005, p. 41, há várias designações para denominar estes intervenientes no processo dependendo da região a que diga respeito. São figuras que fazem o bem. O "musákidi" é aquele que se especializou na adivinhação e na arte que rodeia todo o ceremonial deste processo. Sabe também curar. O "kimbanda" ou "nganga ngombo" é aquele que se especializou na arte de curar os enfermos, depois de identificados pelo "musákidi" ou por ele próprio (porque tem também o domínio da arte da adivinhação) as causas e os ingredientes utilizados pelo "Muloji", "o feiticeiro" para atingir a vítima.

O acusado é ouvido e pode confessar ou negar a prática. A confissão significa aceitar a prática do facto que matou a pessoa ou pessoas, nomear quem ela ou elas foram, e entregar "descumprir", o feitiço que deve ser queimado e as cinzas atiradas ao rio na presença da comunidade. O "feitiço" é algo material, ou seja, é um objecto ou conjunto de objectos que pode ser visto e palpado.

Se o acusado confessar, "descumprir" o "feitiço", a sanção é o pagamento de uma multa em espécie constituída por: (9 (nove) cabeças de gado bovino, 9 (nove) cabritos e 30 (trinta) galinhas)

Se o acusado nega, é amarrado, espancado para confessar e apresentar o "feitiço" e, se mesmo assim, não o apresentar, é condenado na multa e cumulativamente, expulso da comunidade.

2.1.3. *O Direito Positivo e o Fenómeno "Kamutukuleno (ni)"*

A generalidade dos membros da comunidade já ouviu falar em Constituição⁽¹³⁾ embora não saiba muito sobre ela, nem conheça, verdadeiramente o seu conteúdo. Reconhece, no entanto, a importância da vida e da pessoa humana. Também nunca viu uma lei, nem sabe propriamente para que serve. Todavia, tem noção de crime, de que matar é crime e equipara o matar com arma branca, com arma de fogo ou a tiro, com machado, catana ou azagaia ao matar (com) "Kamutukuleno". Entendem que não se deve matar, mesmo àquele que pratica "Kamutukuleno (ni)".

Apenas algumas pessoas ouviram falar em Tribunal tendo 3 (três) delas intervindo já em processos judiciais como participantes, declarantes, ou testemunhas ou mesmo como parte, Réu. O Município do Kuito Kuana-vale, não tem um Tribunal. Os factos que ali ocorrem são julgados no Tribunal Provincial de Menongue, sede da província que dista cerca de 200 km.

A generalidade dos entrevistados reconhece que a lei do Estado tem mais força do que a Tradição, porque o Estado tem cadeias (estabelecimentos prisionais) e as autoridades tradicionais (o Rei) não têm. Entretanto defendem

(13) A nossa deslocação ao Município do Kuito Kuana-vale realizou-se em de Maio de 2013. Em Setembro de 2012 realizaram-se eleições gerais Legislativas e Presidenciais antecedidas de um grande trabalho de divulgação da nova Constituição aprovada em 2010. Durante a campanha eleitoral, os Partidos Políticos encarregaram-se, no seu interesse, de fazer a referida divulgação. Por isso, pelo menos a palavra "Constituição", é conhecida daqueles que têm capacidade eleitoral activa.

que, para determinadas questões, o Estado só deveria intervir depois de se esgotar o poder da comunidade ou seja da tradição.

Retomamos o Processo nº 84, para de forma resumida trazermos alguns dados que nos permitam perceber como foi que as Instâncias judiciais do Estado trataram a questão.

A tradição decidiu pelo pagamento da multa (indemnização) e pela expulsão dos condenados da comunidade. Paga a multa os condenados foram soltos. Porém, o relatório de fls. 327 a 334 dos autos, permite compreender porque razão não se efectivou a expulsão e aqueles condenados foram mortos.

Em 16 de Setembro de 2002 um dos Réus⁽¹⁴⁾ relatava ao Governador da Província do Kuando Kubango, nos seguintes termos:

No princípio do mês de Maio do ano de 2001, O Senhor (...) Rei (...) do Município do Kuito Kuanavale, enviou a Menongue (sede da Província do Kuando Kubango) dois emissários, nomeadamente (...), para pedir a opinião do Governo Provincial qual seria a Sentença a aplicar aos feiticeiros que nos últimos tempos aterrorizavam a população.....Em face disso, aos 30 de Maio de 2001, sua Ex^a Senhor Governador da Província enviou um ofício ao [Rei] para que tomasse medidas segundo a justiça tradicional, visto que o fenómeno de feitiçaria não tem enquadramento no Código Penal da Justiça moderna vigente no nosso País.

No dia 8 de Agosto de 2001, o Senhor Rei convocou o povo para tomar a decisão sobre o destino dos feiticeiros que nessa altura estavam descobertos apenas três, a saber (...) este último o fabricante da magia de "kamutukuleni".

Nesse julgamento houve 694 votos para amarrar e atirar ao rio os malfeiteiros feiticeiros e era o número total dos presentes.

Porém, o Senhor Rei vacilou e optou pela indemnização aos familiares das vítimas falecidas nomeadamente (...) que têm sido vistos vivos pelos parentes das aldeias (...) e...

(14) O Relato é feito por um dos Arguidos no Processo nº 315/02 que correu seus termos no Tribunal Provincial de Menongue, sede da Província do Kuando Kubango, em que foram condenados, por terem ordenado a morte dos referidos 8 acusados de feitiçaria. Chamado apenas como declarante no processo nº 84 de que temos vindo a fazer referência porque já havia sido condenado pelos mesmos factos no dito Processo nº 315/02.

Entretanto a situação não mudou alguns sobas abraçaram a prática da tal magia (feitiço) estremecendo os habitantes da Sede Municipal de tal forma que contribuíram para que o Ensino Médio não tivesse o seu arranque no ano lectivo de 2002, porque os docentes recusaram a ir para aquela localidade, devido ao medo do feitiço.

Os gritos do povo e dos dirigentes não faltaram para solucionar a questão em causa. É assim que aos 13 de Junho de 2002, criou-se uma comissão para se deslocar aquela localidade aos 17 de Junho de 2002. Conforme vem no 1º relatório, a decisão inicial era de mandar os homens implicados na prática do feitiço à colónia penal de Bentíaba. Entretanto, aos 16 de Julho de 2002, a Comissão foi recebida em audiência pela Sua Ex^a Senhor Governador da Província com o objectivo de explicar o trabalho realizado naquele Município. Houve novamente a orientação para a dita comissão voltar aquele Município com vista a solucionar o problema com as autoridades tradicionais locais, visto que o fenómeno da feitiçaria não tem enquadramento no Código penal da Justiça moderna e Universal vigente no nosso País.

É assim que aos 2 de Agosto de 2002, a Comissão reuniu com 42 membros das autoridades tradicionais (...) o Regedor Provincial pedindo a opinião aos presentes quais as medidas a tomar contra feiticeiros, se seriam libertados ou não. Porém o consenso a que se chegou é que deveriam ser eliminados fisicamente, pois se forem libertados haveria uma vingança terrível contra o povo (...) A única justiça a aplicar aos feiticeiros é fazê-los desaparecer fisicamente, mas era necessário consultar a opinião do povo. E foi assim que no dia 5/8/02 houve um encontro com mais de 2000 populares que pediam a justiça aos feiticeiros, gritando: morte aos feiticeiros, sejam amarrados e atirados ao rio, ou queima-los vivos.

Perante esta sentença do povo as autoridades tradicionais não tinham outra alternativa senão pedir ao Comandante Municipal da Defesa civil para intervir com a sua tropa. No princípio este mostrou resistência em aceitar cumprir com tal missão, mas pela insistência das autoridades tradicionais membros da comissão e com apoio das entidades administrativas, o camarada comandante acabou

por ceder. Foi assim que aos 22/8/02 ele entregou a tropa. Como o acto foi consumado não posso explicar porque foi de noite.

Quanto acusação que pesa sobre mim tenho a dizer que sou inocente porque segundo as orientações superiores o governo não pode intervir nos assuntos desta natureza. Foi por isso que tanto eu assim como os membros do governo Municipal ninguém interviu. O problema é da inteira responsabilidade das autoridades tradicionais...

Menongue aos 16 de Setembro de 2002.

2.1.3.1. *Os fundamentos da decisão do tribunal supremo*

2.1.3.1.1 A Pronúncia e a Sentença em 1^a e em 2^a Instâncias

(Doc fls. 131 a 251, Processo nº 84/04, 2º Volume e fls. 100 a 109 do Processo nº 64/2005 Autos de Recurso Ordinário do Tribunal Pleno, respectivamente)

Os Réus⁽¹⁵⁾ vieram pronunciados: o primeiro, pela prática de um crime de homicídio qualificado do artigo 351º nº4 com as agravantes (premeditação) e (crueldade) previstas nos nºs 1 e 23 do Artigo 34º do Código Penal; o segundo, por sete crimes de prisão ilegal, previstos no artigo 291º nº 4 também do Código Penal e cumplicidade no crime de Homicídio.⁽¹⁶⁾

O segundo réu foi absolvido porque "a prova produzida não foi suficientemente esclarecedora" de que tivesse tido conhecimento da existência de pessoas "detidas" ou "retidas" nas Cadeias do Comando da Polícia Municipal no Kuito Kuanavale. Também não ficou provada a sua cumplicidade no crime de homicídio qualificado de que vinha pronunciado o primeiro réu.

(15) Os Réus que aqui se refere foram o Governador da Província e o Comandante da Polícia na Província.

(16) Para mais detalhes sobre a Pronúncia veja-se Processo nº 84 que pode ser encontrado no Cartório do, Tribunal Supremo, Câmara dos Crimes, ano 2004, 2º Volume fls. 174V e 175. O Código Penal a que fazemos alusão é o Código Penal de 1886 ainda em vigor na República de Angola. O artigo 351º do Código Penal prevê: "Será punido com a pena de prisão maior de 20 a 24 anos o crime de homicídio voluntário declarado no artigo 349º quando concorrer qualquer das circunstâncias seguintes: 1. Premeditação (...) 4. Quando for precedido ou acompanhado ou seguido de outro crime a que corresponda pena maior que a de 2 anos de prisão." Por sua vez o artigo 291º estabelece o seguinte: "Será punido com prisão de três meses a dois anos, podendo agravar-se com multa correspondente segundo as circunstâncias: "4. O que ordenar ou prolongar ilegalmente a incomunicabilidade do preso, ou que ocultar um preso que deva apresentar."

Este, foi condenado na pena de 12 anos de prisão maior, no pagamento do imposto de justiça e numa indemnização a cada uma das famílias das vítimas, porque a prova produzida convenceu o colectivo de julgadores (...) de que, efectivamente, na reunião realizada a 16 de Julho de 2002, com os membros integrantes da Comissão constituída para tratar do fenómeno "Kamutukulenu", o réu ordenou que se aplicasse às pessoas acusadas de serem feiticeiras a 3^a medida, ou seja, a morte, orientando, para o efeito e face ao número das vítimas, que a Comissão se socorresse da Defesa Civil, isto é, a Defesa Civil colocasse à sua disposição homens, armas e munições para execução por fuzilamento dos ditos feiticeiros.

Ficou igualmente provado que a sua conduta se deve à forte crença no feitiço, daí que tenha preferido tratar o assunto a nível tradicional, ao invés de pedir- como devia- a intervenção das autoridades competentes (Polícia e Procuradoria Geral da República).

Entendeu o réu que para resolver as preocupações manifestadas pela comunidade assolada pela onda feiticista, deveria socorrer-se das medidas tradicionais. Só que, agindo assim, procurou uma via errada para a solução do problema por contender com o direito...

Como tem sido jurisprudência deste Tribunal a forte crença no feitiço justifica o uso da faculdade de atenuação extraordinária de penas do artigo 94º nº 1 do Código Penal”.⁽¹⁷⁾

O réu vinha pronunciado na pena de 20 a 24 anos de prisão maior do nº 1 do Artigo 54º do Código Penal.⁽¹⁸⁾ Essa pena foi concretizada em apenas 12 anos em primeira instância, o que significa que, o Tribunal baixou do escalão 20 a 24, para o escalão 12 a 16, tendo passado pelo escalão 16 a 20. Ou seja, baixou dois escalões, considerando a **crença no feitiço**, como circunstância atenuante de especial valor.

(17) Artigo 94º “Poderão extraordinariamente os juízes, considerando o especial valor das circunstâncias atenuantes: 1. Substituir as penas de prisão maior mais graves, pelas menos graves”.

(18) Sem atender aos aspectos que actualmente são inconstitucionais por virtude da entrada em vigor da Constituição da República de Angola a CRA, em 5 de Fevereiro de 2010, no momento em que o processo foi julgado o Artigo 55º do Código Penal de 1886 era do seguinte teor: “As penas maiores são: 1. A pena de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos. 2. A de prisão maior de dezasseis a vinte anos. 3. A de prisão maior de doze a dezasseis anos. 4. A de prisão maior de oito a doze anos. 5. A de prisão maior de dois a oito anos. 6. A de suspensão dos direitos políticos por tempo de quinze ou de vinte anos”.

Este posicionamento da primeira instância foi reafirmado pela segunda instância, ou seja, o Tribunal Pleno que apreciou o Recurso interposto pelo Reú. Com feito, de fls. 105 a 109 o Douto Acórdão conclui no seguintes termos :

Mas em relação ao réu (...) os autos não nos deixam suficientemente convencidos quanto ao que na verdade teria ordenado acerca das medidas a aplicar aos ditos feiticeiros, isto é a terceira medida,⁽¹⁹⁾ que de acordo com os usos e costumes consistia em amarrar ou queimar as vítimas e atirá-las ao rio, se necessário, com recurso à defesa civil.

Poder-se-ia aqui ainda questionar se de facto teria sido dada uma ordem pelo réu, na sua qualidade de chefe mais alto da Província ou tratar-se-ia apenas de mera orientação que não podendo merecer o devido alcance por parte de quem assim entendeu, partiram para a execução, não sendo esse o sentido e conteúdo das eventuais instruções recebidas, posto que desprovidos os destinatários de qualidades académicas e intelectuais, para melhor discernir.

Por outro lado, há que curar a qualidade de quem perante as autoridades policiais veio denunciar e imputar ao réu (...) a responsabilidade dos actos cometidos tal a razão deste processo.

Com efeito, trata-se de outros tantos réus constituídos em processo próprio, tendo por seu turno sido julgados e responsabilizados pelos crimes de que foram seus autores e já condenados, uma vez que em seu entender poderia passar impune a pessoa do governador, o verdadeiro mentor de todo aquele quadro tornado capaz de trazer a indignação geral no seio da população.

Em matéria como a sustentada nestes autos, em que os autores rivalizam entre si de acordo com o seu posicionamento no meio social ou porque detentores de um grau de cultura muito próprio,

(19) Refere-se aqui a uma terceira medida, porque segundo declarações de fls. 43V do Processo nº 84, 1º Volume, o declarante (...) que exercia a função de Regedor Provincial, ao descrever o encontro que haviam tido com o Governador da Província sobre os motivos que os afligiam, este havia perguntado como é que os antepassados agiam perante uma situação de feitiço. A esta pergunta o declarante respondeu que "haviam três penas a aplicar conforme os casos, nomeadamente indemnizações em multas como 1^a pena, 2^a expulsão do território e a 3^a e última consistia em amarrar, atirar ao fogo ou ao rio..."

uma vez que confinados, na mesma região, área territorial ou tribo ou ainda situados em determinada posição de hierarquia tradicional, não se torna fácil descortinar com liquidez a verdadeira isenção dos mesmos, na medida em que estando imbuídos na mesma crença no caso —Kamutukuleno— dificilmente, se mostrariam dispostos a conduzir os factos à justiça estatal.

Resumindo, dir-se-ia que na perspectiva daqueles autores, afastada toda a intervenção das autoridades administrativas locais, a resposta a esse fenómeno ficaria sujeita, por força dos costumes e tradições, às autoridades tradicionais como entidades mais acima ou como tal equiparadas e que desde há muito direcionam o rumo da sociedade a que pertencem.

No que ao réu (...) diz respeito, este não podia, como não pode, afastar-se e encontrar diferente postura, porque pese embora a posição de autoridade estatal-administrativa a que fora elevado, é oriundo dessa região de onde bebeu hábitos e costumes já enraizados na alma e na vivência comum de gerações inteiras por isso comungando do mesmo modo de sentir e entender o fenómeno.

Os autos deixam liquidamente patente, aliás é quanto se alcança do acórdão de 12/06/08, no recurso de cassação nº 79 cujos factos são conexos com os deste processo, a presença inequívoca do direito costumeiro como tal considerado sem ainda o respaldo no nosso ordenamento jurídico, não obstante a força que o torna vivo, ser capaz de o ver chamado mais vezes do que se poderia esperar, como no caso presente.

Numa perspectiva menos restrita somos levados à descoberta que o fenómeno de que trata este processo não está circunscrito apenas à região onde os factos ocorreram, posto que o mesmo é localizado noutras zonas do país, ainda que conhecido sob distintas designações, por exemplo, o maiombola, assim tratado no norte de Angola ou até sob outras manifestações, tal é o caso das chamadas crianças feiticeiras...

Fazendo fé na jurisprudência do Tribunal Supremo, ora per filhada por este Pleno, à semelhança do já decidido, naquele processo, não hesitamos em fazer recurso da atenuação

extraordinária do nº 1 do art. 94º do C. Penal, em dimensão mais extensa daquela que tem vindo a ser tradicionalmente requerida e atendida, em atenção à crença nas práticas feiticistas cujo poder inibidor permite ofuscar o autor ou autores do facto criminoso, agindo isoladamente ou em comparticipação...

Luanda, 29 de Setembro de 2008.

O Pleno do Tribunal Supremo confirmou a absolvição do 2º Réu e condenou o 1º alterando a pena de 12 anos (doze) em que havia sido condenado em 1ª instância para 8 (oito) anos de prisão maior usando, uma vez mais, da medida de atenuação extraordinária nos termos do nº 1 do artigo 94º do Código Penal. O que significou que baixou ainda mais um escalão de 12 a 16 anos onde se havia situado a 1º instância para 8 a 12 anos .

Não pretendendo nesta análise avaliar o mérito da decisão do Tribunal Supremo. Parece-nos, contudo, importante olhar para os seus fundamentos. Na verdade, o uso da faculdade de atenuação extraordinária do artigo 94º do Código Penal, sustentou-se no facto de a crença no "feitiço" exercer sobre os arguidos um poder inibidor que —embora isso não tenha sido expressa e textualmente salientado no texto do Acórdão— os impossibilitou de medir e, em consequência, compreender a ilicitude do facto que estavam a praticar. Esta questão remete-nos ao problema da culpa no Direito Penal, mais concretamente o Problema da Consciência da Ilicitude.

2.1.3.1.2. A Consciência da Ilicitude no Direito Constituído

A breve abordagem que pretendemos fazer desta questão, enquanto passo incontornável no objecto da nossa intervenção, não se debruçará sobre a questão teórica que durante anos envolveu e ainda envolve a doutrina sempre que o assunto a tratar é a culpa na teoria da infracção.

Pretendemos encontrar uma resposta para compreender o caminho seguido pelo Pleno do Tribunal Supremo no caso objecto do nosso estudo. Seguiremos, para o efeito, alguns autores que, pela importância das suas posições nos ajudarão a encontrar uma resposta.⁽²⁰⁾

(20) Para facilidade de exposição organizaremos as posições não propriamente a partir de escolas no sentido doutrinário do termo, mas da origem dos autores. Assim buscaremos autores de escolas de Portugal, de Escolas que consideramos Latinoamericanas e de Escolas Alemãs.

Antes de mais será importante clarificar a razão porque o caminho seguido pela decisão do Pleno do Tribunal Supremo nos conduz para a culpabilidade, enquanto elemento estrutural da infracção e não para a tipicidade. É que em momento nenhum aquela instância judicial pôs em causa a não verificação tanto dos elementos objectivos como dos elementos subjectivos do Tipo de ilícito praticado pelo Arguido. A dúvida levantou-se com relação aos motivos que o levaram a dar a dita "orientação" para que "actuassem conforme a tradição" que desencadeou todo o processo que conduziu ao homicídio das oito pessoas, ou seja, a "crença" no "feitiço".

Ultrapassada que ficou a discussão em torno do conteúdo material do conceito de culpa, actualmente, a generalidade dos autores adopta um conceito normativo e considera a culpabilidade como o juízo de reprovação jurídica, o juízo de censura, de censura jurídica dirigido ao agente por ter praticado o facto ilícito e não se ter motivado na norma quando podia e era-lhe exigível que o fizesse.⁽²¹⁾ Para se emitir esse juízo é necessário que por um lado o agente tenha capacidade para avaliar a ilicitude do facto (acto) que praticou, elemento intelectual e, por outro, também a capacidade para se autodeterminar de acordo com a avaliação feita sobre a ilicitude do facto.⁽²²⁾

O Código em vigor na República de Angola no momento em que os factos ocorreram e em que foi tomada a decisão pelo Pleno do Tribunal Supremo era o Código Penal Português de 1886.⁽²³⁾

(21) Por todos, FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora, 2007, p. 512 e ss.; SILVA, GERMANO MARQUES, *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime, Verbo*, 1998, p. 163; ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1999, pp. 796/797; JESCHECK, HANS-H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada, Comares, 1993, p. 378 e ss.; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1998, p. 542 e ss.; ZAFFARONI, RAÚL E., PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE, *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 605 e ss.

(22) TAIPA DE CARVALHO, AMÉRICO, *Direito Penal, Questões Fundamentais, Teoria do Crime*, Coimbra Editora, 2008, p. 471.

(23) Este é o Código ainda em vigor embora esteja já em discussão pública o texto do Projecto de Novo Código Penal que preconiza uma tratamento legislativo e doutrinal mais moderno e, por isso, mais jurídico-constitucionalmente imposto, conforme afirmação de TIEDEMANN, *Zum Verhältnis von allgemeinem und besonderem Teil des Strafrechts*, Baumann-FS, 1992, p.14 e ss., a propósito da solução do Código Penal Português de 1982 para as questões do erro sobre o tipo, do erro sobre a proibição e da falta de consciência do ilícito. O Projecto de Novo Código é o resultado de um trabalho realizado por duas Comissões a primeira que elaborou a parte Geral e foi Coordenada pelo Senhor Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal e a Segunda, que elaborou a parte Especial, Coordenada pelo Professor Dr. Orlando Ferreira Rodrigues, Faculdade

Poderia aquele Pleno seguir por caminho diferente, quando ainda hoje Figueiredo Dias⁽²⁴⁾ reconhece que o entendimento da consciência da ilicitude não pode deixar de atender às particularidades das comunidades onde existem núcleos de populações “cujas concepções morais, sociais, políticas e culturais” são diferentes das dominantes e aponta como exemplo o que se passava com a ordem jurídica portuguesa aplicada às colónias?

Parece que a resposta só poderá ser negativa. Na verdade, o art. 29º do Código Penal Português em vigor em Angola, o Código de 1886, estipula: “Não eximem da responsabilidade criminal: 1. A ignorância da lei penal; 2. A ilusão sobre a criminalidade do facto; 3. O erro sobre a pessoa ou coisa a que se dirigir o facto punível; 4. A persuasão pessoal da legitimidade do fim ou dos motivos que determinaram o facto; 6. A intenção de cometer crime distinto do cometido, ainda que o crime projectado fosse de menor gravidade... § 1º As circunstâncias designadas nos números 1º e 2º deste artigo nunca atenuam a responsabilidade criminal; §2º O erro sobre a pessoa a que se dirigir o facto punível agrava ou atenua a responsabilidade criminal, segundo as circunstâncias; §3º A circunstância designada no nº 6 não pode dirimir em caso algum a intenção criminosa, não podendo por consequência ser por esse motivo classificando o crime como meramente culposo.

Com este artigo o Código Penal fundamenta a irrelevância da falta de consciência do ilícito e afirma o dolo ou a culpa. Porém, na época histórica em que o Código foi elaborado, a doutrina subjacente a essa solução era oriunda do direito justiniano, consagrada no Código Visigótico de que o desconhecimento da lei não aproveita à ninguém. Distinguia entre erro de facto e erro de direito em que o erro de facto excluía o dolo e o erro de direito, onde se incluiria a falta de consciência do ilícito seria irrelevante.⁽²⁵⁾

Apenas a limitação, em certa medida da aplicação dessa regra que previa a irrelevância de todo o erro de direito ou de qualquer desconhecimento da lei, poderia conduzir à solução seguida no Acórdão decisório. Na verdade,

de Direito da Universidade Agostinho Neto de Angola. Por isso que a solução preconizada vai de encontro a que vem sendo defendida por Jorge de Figueiredo Dias.

(24) FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *op. cit.*, p. 531.

(25) *Ibid.*, p. 532.

aquela decisão, não considerou que o Arguido tivesse agido com falta de consciência da ilicitude. Antes pelo contrário. Embora tivesse admitido e provado que o Arguido tinha uma forte crença no "feitiço" e isso o teria levado a tratar o assunto ao nível das autoridades tradicionais, ele deveria ter pedido a "intervenção das autoridades competentes (Policía e Procuradoria Geral da República)" pois, não o tendo feito, quando deveria, ele "procurou uma via errada para a solução do problema por contender com o direito".⁽²⁶⁾ De resto, continua aquele Acórdão "Ninguém está acima da lei (...) quem pratica actos proibidos por lei, deve sofrer as consequências nella previstas".⁽²⁷⁾ Foi assim o Arguido condenado como autor moral de um crime de homicídio qualificado, punível com uma pena de 20 a 24 anos de prisão. Porém a crença no feitiço permitiu atenuar de forma geral a sua responsabilidade criminal com fundamento na circunstância 23º do artigo 39º do Código Penal de 1886, que estabelece: "São circunstâncias atenuantes da responsabilidade criminal do agente: 23º Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuírem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados".

Considerou pois a Câmara dos Crimes do Tribunal Supremo ser a crença no "feitiço" uma circunstância que por ter precedido o crime enfraqueceu a culpabilidade do agente. Terá retirado da interpretação do princípio da culpa "as consequências lógico-materiais que comporta e que a lei expressamente não contrariou",⁽²⁸⁾ porque ao remeter para as autoridades tradicionais a solução do problema, não terá, em nosso entender, o arguido, deixado de manifestar uma certa falta de consciência do ilícito.

2.1.3.1.3. A Consciência da Ilícitude no Direito a Constituir

Referimos infra a elaboração do novo Código Penal Angolano que procura abraçar soluções mais actuais tanto relativamente à realidade angolana de País independente e soberano, respeitador da identidade dos seus

(26) Acórdão da Câmara dos Crimes do Tribunal Supremo, pp. 241/242, Processo nº 64. A citação que está a ser feita, respeita ao Acórdão da Câmara dos Crimes do Tribunal Supremo que funcionou como primeira instância no julgamento do referido processo. O Pleno seguiu os mesmos fundamentos do Acórdão recorrido, por essa razão a ele fazemos novamente aqui referência.

(27) *Ibid.*, p. 242

(28) FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *op. cit.*, p. 535.

povos, como integrante da comunidade internacional com todos os contributos culturais e científicos que ela pode oferecer.

A solução proposta está a preconizar uma tese de relevância da consciência do ilícito que toma esta como elemento constitutivo essencial do juízo de culpa. Neste sentido, sempre que se verificar uma falta de consciência do ilícito não censurável, a culpa deve ser negada, solução preconizada pela doutrina alemã e seguida pela doutrina portuguesa. Porém, sobre a questão de saber se o erro sobre a ilicitude é ou não relevante para afirmar ou negar o dolo e, em consequência punir-se o agente a esse título, a solução proposta é a seguinte: não deixando de referir que ao lado do erro sobre a factualidade típica existe ainda, também com relevância, o erro sobre a ilicitude ou falta de consciência do ilícito é necessário ainda saber se esse erro produz o mesmo efeito de afastamento do dolo, ou se, diversamente ele é irrelevante para o dolo para só ser tomado em conta para efeitos de excluir a culpa, nos casos em que ela não fosse censurável. Dentre as diferentes teorias que a propósito desta questão se levaram⁽²⁹⁾, seguiu-se a “teoria da culpa limitada”.

A solução proposta por esta teoria vai no sentido de sustentar o problema da consciência do ilícito ao nível da culpa, punindo o agente a título de dolo sempre que actue com culpa. Porém, e aqui introduzem uma limitação, para os casos em que o agente já não deve ser punido àquele título, quando se conclui que, mesmo tendo actuado com “conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo todavia a falta de consciência de estar a praticar um ilícito prova de ter suposto falsamente a existência dos pressupostos de uma causa de justificação”.⁽³⁰⁾

A solução portuguesa é a que vem também proposta para o Projecto de Novo Código Penal da República de Angola. Foram previstos o Erro sobre as circunstâncias de facto, artigo 14º⁽³¹⁾ e o Erro sobre a ilicitude no artigo 15º.⁽³²⁾

(29) A “Teoria do dolo estrita”, a “Teoria do dolo limitada”, a “Teoria da culpa estrita”, a “Teoria da culpa limitada”.

(30) FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *op. cit.*, p. 541.

(31) Artigo 14º Projecto de Novo Código Penal da República de Angola “1. O erro sobre os elementos, de facto ou de direito, de um tipo de crime exclui o dolo. 2. O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto. 3. Fica ressalvada a punibilidade da negligência, nos termos dos artigos 11º e 13º”.

(32) “1. Age sem culpa quem actua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável. 2. Tem os mesmos efeitos do erro sobre a ilicitude, o erro sobre um estado de

Assim, em termos de direito a constituir, duas espécies de erro foram consideradas. O erro que exclui o dolo podendo o agente ser punido a título de negligência nos termos gerais da previsão do artigo 14º e, o erro que exclui a culpa se for não censurável, nº 1 do artigo 15º que, em termos dogmáticos constitui uma causa de exclusão da culpa, mas que sendo censurável mantém a punição a título de dolo podendo, eventualmente, a pena ser especialmente atenuada, nas situações que caibam no nº 3 do artigo 15º.

A doutrina portuguesa, diferentemente da alemã e essa foi a solução seguida no projecto angolano, não reconhece a distinção entre erro sobre o tipo e erro sobre a proibição. Este último é tratado como erro sobre o tipo cujo efeito é a exclusão do dolo artigo 14º nº 1.

Mas porque razão nos preocupamos aqui com as soluções propostas para esta questão falta de consciência do ilícito ou erro sobre a ilicitude?

É que, no momento em que os factos que serviram de base a esta nossa intervenção, em que a decisão foi tomada pelo Pleno do Tribunal Supremo, e se elaborou o projecto de Novo Código Penal da República de Angola, que ainda está em discussão, não estava ainda em vigor a Constituição da República de Angola de 5 de Fevereiro de 2010 com a norma do artigo 7º.

3. O Artigo 7º da Constituição da República de Angola, a CRA

Os "usos e costumes indígenas" foram a partir de meados do sec. XX objecto de um esforço de codificação pelas autoridades coloniais portuguesas. O objectivo não foi, à semelhança do que aconteceu em outras paragens e colonizações, veja-se a britânica com —a *indirect ruling*— a simples partilha do poder com essas autoridades. O modelo foi o da assimilação institucional que se concretizou num enquadramento das autoridades tradicionais nas estruturas administrativas coloniais portuguesas, com vista a uma "assimilação civilizacional".⁽³³⁾ O controlo efectivo das populações encontradas nos territórios sob dominação reclamou uma tal actuação.

coisas que, a existir, afastaria a culpabilidade do agente. 3. Se em qualquer dos casos previstos nos números anteriores, o erro for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual poderá ser especialmente atenuada. 4. O erro é censurável quando, face às circunstâncias, for razoável exigir do agente outro comportamento."

(33) FEIJÓ, CARLOS MARIA, *A coexistência Normativa entre o Estado e as autoridades tradicionais na odem jurídica plural angolana*, Teses, Almedina, Janeiro de 2012, p. 13.

Os primeiros anos da independência de Angola mostram que o poder instituído, não pode ficar alheio às situações de pluralismo jurídico de facto existentes e enveredou por práticas semelhantes às seguidas durante o período colonial. Com efeito, num primeiro momento, a atitude foi de rejeição e estranheza, para mais tarde, por necessidade, as chamarem e porem-nas a coabitar com o Estado onde este precisasse de presença efectiva, uma vez como instrumento do poder, embora manipulando no seu funcionamento e legitimidade, outras integrando-as enquanto mecanismo local da burocracia estadual.⁽³⁴⁾

Passado esse primeiro momento, de desconhecimento e estranheza, constata-se um enorme vazio sobre o que representam essas autoridades tradicionais. Interroga-se sobre a sua “legitimidade, representatividade, os títulos, as funções, o território de jurisdição, a autonomia, o poder de decisão. As relações com o Estado e as moldagens jurídicas necessárias à sua coexistência jurídico-formal no seio da ordem jurídica instituída pelo Estado, mas também geralmente aceite e vivida pela comunidade nacional”.⁽³⁵⁾

Este quadro permaneceu, até que, em 2010, a Constituição Angolana⁽³⁶⁾ veio conferir um lugar a essa instituição tradicional e com ela ao pluralismo normativo que até então vigorava apenas em leis ordinárias dispersas e de forma não sistematizada, conferindo dignidade constitucional a uma realidade antropológica e sociológica das comunidades tradicionais, suas instituições e lideranças.⁽³⁷⁾

O artigo 7º da Constituição da República de Angola estabelece o seguinte: “É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana”.

Que relevância poderá ter esta disposição para a questão que estamos a tratar?

O artigo 7º da CRA consagrou o costume como fonte de direito, embora, fonte subordinada, uma vez que, por um lado é a Constituição que a limita e, por outro, o facto de Angola integrar a comunidade internacional dos Estados e se ter estruturado, enquanto Estado de Direito baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

(34) *Ibid.*, pp. 14/15.

(35) *Ibid.*, p. 15.

(36) *Diário da República*, nº 23, 02/02/2010.

(37) FEIJÓ, CARLOS MARIA, *op. cit.*, p. 16.

Com efeito, a Constituição Angolana ao reconhecer no artigo 7º a validade e a força jurídica do costume, está a conferir-lhe a tutela jurídica do Estado e seus órgãos, mais concretamente, tutela jurisdiccional. Contudo, essa validade depende da sua conformidade com a Constituição e com a dignidade da pessoa humana. Significa que, costume e lei ficam colocados em posição de paridade subordinando-se ambos à Constituição e, àquele princípio estruturante, dignidade da pessoa humana que afinal está consagrado na Constituição, o que se pode resumir por dizer que o Costume subordina-se apenas e só à Constituição. O Costume é reconhecido, independentemente do tempo em que haja sido criado, sem subordinação sistemática ou formal á lei; é válido porque já existia aquando da entrada em vigor da Constituição e mesmo depois desse momento, o importante é que se trate de um costume autêntico no sentido de legítimo, porque criado e vigente nas respectivas comunidades.⁽³⁸⁾

Por uma questão de melhor precisão sobre a posição jurídica do costume na ordem jurídica angolana, seria de interesse fazer uma brevíssima referência à perspectiva pluralista seguida pela Constituição angolana relativamente ao costume.

Um dos elementos caracterizadores do Estado de Direito é a subordinação do poder político á Constituição. Esta é a lei fundamental (*Grundgesetz*) e dispenso outras considerações que são já nossas conhecidas, embora essa posição não seja hoje defendida assim de forma tão linear.⁽³⁹⁾

(38) *Ibid.*, pp. 394/397).

(39) Na verdade, HESPAÑA, ANTÓNIO MANUEL, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, Anna-blume, Fevereiro de 2013, p. 159 e ss., parte da perspectiva do realismo jurídico que entende que a abordagem dos problemas jurídicos tem sido feita de uma forma muito metafísica ou demasiado abstracta, devendo esse estudo ser feito de uma perspectiva da realidade do direito. Embora essa corrente tivesse tido varias derivações sobre o que se deveria entender por realidade, todas elas compartilharam uma attitude epistemologica comum tendo-se "concebido como actividades de descrição de um direito que está objectivado em textos, em instituições sociais, em comportamentos, em estruturas linguísticas ou discursivas e que, por isso, pode ser descrito como um objecto empírico...". Esta teoria cuja formulação pertenceu, dentre outros, especialmente a Hart, defende que é necessário fazer esta distinção, entre vigência e validade, sob pena de valer como direito, tudo o que estiver ou for estando estabelecido, como concepção conservadora e acomodada da ordem social com que ninguém estará de acordo. Parte-se da ideia de que nem todas as normas vigentes vigoram como direito ou como normas jurídicas válidas e, por isso, é necessário procurar encontrar uma norma sobre a validade das normas, ou seja, uma norma que estabeleça os critérios a que deve obedecer o reconhecimento das normas jurídicas pelas instâncias jurisdiccionais. Assim, ainda Segundo a perspectiva de Hart, a análise do direito deve ser feita a partir de dois planos: "(i) as normas que as instâncias jurisdiccionais reconhecem ser direito e, como tal, aplicam à regulação dos comportamentos (normas primárias) e (ii) as normas (implícitas) de

Porém, para o que nos interessa, devido ao carácter e função normativa supra-ordenadora, a Constituição angolana no seu artigo 6º esclarece de modo meramente declarativo a sua supremacia normativa. É o modelo de Estado de Direito que, com vista a controlar as intromissões desproporcionadas ou desrazoáveis do Estado na esfera de liberdades dos indivíduos oferece uma protecção a essas "liberdades" de que resulta, precisamente, a não contrariedade com a Constituição, enquanto guarda avançada

acordo com as quais as normas primárias são reconhecidas como direito (normas secundárias ou de reconhecimento). Estas últimas são: (i) normas sobre normas; (ii) observáveis no plano dos comportamentos externos às instâncias jurisdicionais; (iii) que constituem o fundamento de validade das normas primárias. Estas normas de reconhecimento não se confundem, no seu conjunto, com a constituição, mas elas descrevem como é que o direito é reconhecido, inclusive a constituição formal. Contudo, a constituição prescreve qual é o direito que deve ser reconhecido e, todo o aplicador do direito oficial deve obedecer à constituição, naquilo que ela prescreve quanto ao modo de constituição do direito e relativamente aos princípios fundamentais que o direito oficial deve obedecer. Enquanto se defendeu uma visão estadualista do direito, o primado da constituição impunha-se a todos os aplicadores do direito, porque a constituição continha normas de elevada hierarquia do direito oficial e, este era todo o direito que se devia considerar e obedecer.

A partir de uma visão pluralista em que vemos que, em dada comunidade, outros direitos são reconhecidos para além do direito oficial por entidades socialmente competentes para tal, direitos considerados válidos pelas normas de reconhecimento, a constituição passa a ser "dirigente", a ter o primado, apenas no âmbito oficial e não nos restantes onde a origem e a legitimidade não são o Estado.

Todavia, a constituição, nos modernos estados constitucionais, tem autoridade social. É só ver o seu desenvolvimento em Tribunais Constitucionais ou em Tribunais Supremos. As suas normas influenciam as decisões das instâncias de definição do direito de modo a não aceitarem as normas que sejam contrárias à constituição. Esta facto será, naturalmente registado pela observação das normas de reconhecimento e, dará lugar a que nas sociedades democráticas se possa encontrar uma norma que venha a estipular que "As normas de qualquer natureza ou origem, que contrariem a constituição não são aceites como direito". Acontece, porém, que pode certa norma estadual ou não, ser reconhecida, apesar da sua contrariedade à constituição, como também pode acontecer que, certa norma não estadual e, por isso não sujeita ao primado da constituição, também não ser reconhecida na ordem local, precisamente, por contrariar a constituição. Estas situações podem ocorrer. Porém, não se pode contra elas invocar o primado da constituição, porque esse não é um postulado *ex ante* e sim algo a ser provado *ex post*.

Acresce que, as situações de subordinação à constituição, mesmo quando previstas no texto constitucional (ver art 6º da CRA), podem não encontrar acolhimento na prática das instâncias que definem o direito. Tanto porque a constituição tem agora apenas uma autoridade simbólica, como pelo facto de que as instâncias que definem o direito e que trazem a "materia" de que são feitas as normas de reconhecimento, usarem como padrão de decisão o carácter estabilizador das normas-candidatas. Contudo, a conformidade com a constituição é um importante factor de promoção do consenso, pela solenidade e reflexividade do processo constituinte como pelo impacto simbólico que o texto constitucional hoje tem. Por isso, ao estabelecer o processo formal de criação do direito tal como alguns dos requisitos quanto ao conteúdo, veja-se o respeito pelo princípio do direito democrático, respeito pelos direitos fundamentais, verifica-se que os requisitos constitucionais de validade do direito são

de defesa do indivíduo que é anterior ao cidadão.⁽⁴⁰⁾ Trata-se de uma não contrariedade que não exprime apenas uma ideia de ausência de conflito, mas também de conformidade. Por isso, o reconhecimento do costume pela Constituição angolana, significa que o que não deve haver é desconformidade, ou seja, desde que não haja uma relação negativa entre o costume e a Constituição, aquele é válido.

Daqui o ter-se afirmado que a Constituição angolana optou por uma perspectiva pluralista colocando em posição de paridade, o costume e a lei, embora se reconheça que entre estes poderá haver conflitos de normas cuja resolução reclamaria a adopção de um critério jurídico. De todo o modo, é a própria Constituição que impõe a paridade “respeitando o que são os campos de reserva da lei e as matérias em que a lei se limita a desenvolver, regular ou regulamentar, ou seja a concretizar a Constituição”.⁽⁴¹⁾

O outro limite, embora considere que cabe no limite mais geral que é a conformidade à Constituição, uma vez que se trata de um Princípio que está nela consagrado, é a dignidade da pessoa humana que, pelas suas particularidades parece-me importante também aqui relevar.

Este princípio, que faz da pessoa humana o fundamento e o fim da sociedade e do Estado angolano serve de inspiração para o sistema dos direitos fundamentais consagrados na Constituição que, na sua qualidade de norma supra-ordenadora confere ao sistema unidade de sentido e concordância práticas. É nesse sentido que se garantem as condições para o desenvolvimento da personalidade do ser humano quer como membro da colectividade ou como membro da sua própria comunidade, seja esta simples ou complexa, soberana ou tutelada, sem prejudicar os outros e atribuindo a cada um o que é seu.

tomados em muita consideração pelas instâncias que dizem o direito e, essas instâncias, não se limitarão a reconhecer a constituição como direito, mas também a reservar-lhe um estatuto de supremacia em relação às demais normas.

Todavia, este “primado”, continua a ser produto da observação, o que não impede que, do ponto de vista prático sofra limitações a serem registadas pelas normas de reconhecimento.

(40) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, p. 397/398.

(41) *Ibid*, p. 401. Esta perspectiva vai no sentido defendido por Hespanha quando refere a influência que ainda hoje a lei tem, não obstante a crise que a teoria do direito e da norma jurídica está a viver. Com efeito, segundo aquele autor hoje tomando em conta o character pluralista das ordens jurídicas actuais, em consequência da crise do “legalismo”, aspas do autor, a importância da lei está mais matizada. Porém, ela continua a ser um indicador de consensus comunitários, aqueles que estão na base do reconhecimento das normas jurídicas pelas instâncias jurisdicionais.

Só uma dignidade da pessoa entendida como fonte ética dos direitos sejam eles políticos, sociais, económicos ou culturais, liberdades e garantias individuais pode conferir unidade e valor axiológico ao sistema.⁽⁴²⁾ É também este princípio que acolhe a ideia de que ao Estado está vedada a interferência na condição de cada pessoa para transformar a sua personalidade, podendo o sujeito recorrer aos tribunais, especialmente ao Tribunal Constitucional para assegurar a fiscalização da actuação do Estado para com os direitos mais nucleares da pessoa humana.⁽⁴³⁾

Assim o princípio da dignidade da pessoa humana assume-se como um pilar onde o direito assenta e, neste sentido, o reconhecimento do costume significa que aquele princípio constitui um limite intrínseco ao direito. Este é um entendimento que apenas cabe, se for atendida a perspectiva pluralista, pois aqui ele é elevado a princípio legitimador, por respeito ao "projecto de vida próprio das minorias, o reconhecimento e a mútua tolerância da diferença de valores e de modos de conceber e de viver o direito".⁽⁴⁴⁾ Assim se justifica a ordem plural, pois o valor de cada pessoa vê-se aqui reflectido e reclama a incorporação e integração dos sistemas autónomos em vigor em comunidades minoritárias numa comunidade maior, procurando um equilíbrio harmonioso das necessidades e manifestações da pessoa humana. O reconhecimento visa abranger todas as dimensões em que se revela a existência do ser humano. Porém, quando esses actos ou efeitos violem a dignidade da pessoa humana, eles deixam de ter substrato, perdem a tutela tanto do reconhecimento como do próprio Estado porque sessa o consentimento da Constituição. Então se, tanto a Constituição como o Estado estão vinculados ao respeito pela dignidade da pessoa humana, princípio que se situa acima da norma de reconhecimento, deve-se, por maioria de razão, considerar que o princípio vincula entes públicos estaduais ou infra-estaduais quer directamente através da Constituição, como indirectamente pela força irradiadora do princípio.⁽⁴⁵⁾

(42) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, pp. 402/403; GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2003, pp. 225/226; GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, Coimbra Editora, 2007, pp. 199/200.

(43) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, p. 408.

(44) *Ibid.*, p. 408.

(45) *Ibid.*, p. 409. No sentido dessa vinculação e a propósito da Constituição da República Portuguesa, GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 199.

A doutrina, de um modo geral, aceita a força vinculativa do princípio. O problema levanta-se quando, em concreto, se procura definir a dignidade humana para efeitos de interpretação da ordem jurídica plural, ou seja, como se concretiza a dignidade da pessoa humana na ordem jurídica plural. Será como critério de resolução de conflitos que o princípio melhor poderá exercer a sua função. Daqui que seja necessário encontrar apoios que permitam uma interpretação também plural sob pena de se enveredar por uma perspectiva monista ou estatista que, julgue "como contrária à dignidade humana toda e qualquer manifestação que não partilhe os valores supostamente gerais alegadamente considerados à luz de uma leitura moderna, em contraposição com os usos, práticas e costumes tradicionais".⁽⁴⁶⁾

Para efeitos de uma perspectiva plural a dignidade da pessoa humana deverá ser densificada, procurando-se um equilíbrio harmônico entre as comunidades tradicionais e a comunidade nacional no seu todo, reconhecendo-se também as autoridades e poder tradicionais. A discussão ora trazida levanta um questão fundamental ao nível das fontes do Direito Penal.

3.1. O Problema das Fontes do Direito Penal e o Costume

Tendo, o costume sido reconhecido pela Constituição angolana, nos termos acima expostos e valendo ele como fonte de direito angolano em geral, valerá ele também, nos mesmos termos como fonte do Direito Penal?

Sabemos que da teoria tradicional, das fontes do Direito Penal, o costume está afastado sempre que seja para qualificar qualquer comportamento como crime, fundamentar a responsabilidade penal, estabelecer agravantes, restringir causas de exclusão da culpa. Continuarímos a tratá-lo como o parente pobre da família, de menor importância ou de importância secundária e apenas fazermos a ele recurso em situações como a seguida pelo Pelno do Tribunal Supremo no que descrevemos no caso Kamutukuleno?

3.1.1. Posições que Defendem uma perspectiva Monista Estatista de Direito

Autores como Germano Marques da Silva⁽⁴⁷⁾ defendem um monismo da ordem jurídica, por isso, posicionam-se nos seguintes termos: "Em virtude do princípio da reserva de lei, o costume está, por consequência, excluído

(46) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, p. 410.

(47) SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal Português, Parte Geral, Introdução e Teoria da Lei Penal, Reserva de Lei Costume e Jurisprudência, Verbo*, p. 267. No mesmo sentido DE

como facto normativo relativamente às normas incriminadoras (*nulla poena sine lege scripta*)". Pode apenas interpretá-las e preencher o conteúdo de conceitos normativos utilizados pela lei penal. O artigo 7º, nº 1, do CC⁽⁴⁸⁾ dispõe expressamente que a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei, pelo que deve entender-se que o costume também não pode revogar as leis penais.

No mesmo sentido de uma concepção como a apresentada infra vai René Dotii⁽⁴⁹⁾ que desde logo reconhece na lei, lei escrita, o lugar de fonte imediata ou primária do Direito Penal. Assim, reserva para o costume o lugar de fonte secundária ou mediata, "fenómeno capaz de inspirar a produção da lei, sua modificação ou revogação".

Somente a lei em seu sentido formal e submetida ao devido processo legislativo constitui fonte imediata de Direito Penal. Tal processo, como um conjunto de actos que se sucedem nas várias etapas (iniciativa, discussão, emendas, sanção, promulgação e publicação) é uma das garantias essenciais do Estado.

Reconhece, entretanto o autor que, como fonte secundária o costume exerce relativamente às normas penais, quer elas sejam incriminadoras ou não, determinadas funções a saber: a) função derrogatória, como pode ocorrer com a descriminalização ou despenalização brancas de certas condutas (bagatelas); b) função integradora que pode ocorrer com as leis penais em Branco, quando o preceito complementador se manifestar em razão do costume, como no crime contra a economia popular, decorrente da transgressão da tabela de preços; c) a função interpretativa, indispensável para identificar a criminalidade de condutas que envolvem, por exemplo, alguns elementos normativos do tipo, como a crença, a função ou os cultos religiosos.⁽⁵⁰⁾

SOUZA E BRITO, JOSÉ, *A lei Penal na Constituição, Estudos sobre a Constituição*, II vol, Lisboa 1978. Ambos são autores portugueses e querem referir-se ao Direito Português que não consagra na Constituição uma norma com o conteúdo do artigo 7º da Constituição da República de Angola.

(48) O Autor está a referir-se ao Código Civil Português. O Código Civil angolano que ainda é o Código Civil Português de 1966, também contém uma disposição nos mesmos termos. Porém a sua leitura deverá ser feita em conformidade com o artigo 7º da Constituição da República de Angola, a CRA.

(49) DOTII, RENÉ ARIEL, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 227.

(50) *Ibid.*, p. 230.

Porém, ainda segundo o mesmo autor, o costume não cria delitos nem estabelece sanção, a sua função é meramente integrativa. Não é chamado para descriminalizar condutas por mais enraizado que esteja e possa determinar a prática de ilícitos para os quais a sociedade é complacente e a polícia é tolerante.

Em material penal, o costume só é atendido para integrar o conteúdo de normas incriminadoras como os conhecidos por elementos normativos do tipo, tal como acontece com a utilização de certas expressões como: "cerimónia fúnerária, mulher honesta, actos obscenos".⁽⁵¹⁾

3.1.2. Posições que defendem uma concepção Pluralista de Direito

Não sendo o costume contrário à Constituição e, consequentemente, à dignidade da pessoa humana, poderia ele, numa interpretação conforme a Constituição qualificar um comportamento como crime, sem que devesse constar de uma lei, que afinal e de uma perspectiva pluralista das fontes do direito se situa em posição de paridade com o costume? Como compatibilizariam isso com o princípio *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta*? Afinal, os costumes são orais?

É que a exigência de lei escrita, surgiu em tempos idos, segundo Américo Taipa de Carvalho⁽⁵²⁾ e isso foi apenas para que a definição tanto dos crimes como das penas constasse de diploma legislativo escrito, independentemente do órgão de soberania que o aprovasse. Essa exigência foi principalmente para afastar o costume de fonte de direito penal e também a figura dos designados "crimes naturais" cuja qualificação não exigia, durante as épocas anteriores ao Estado de Direito expressão escrita legal. O que se visou, foi o referido afastamento do costume e dos "crimes naturais", porque eles haviam sido, durante o *Ancien Régime*, fonte de grande insegurança jurídica do cidadão e de graves arbitrariedades judiciais.

Assim, e não deixando de considerar relevante este entendimento, como ficaria a aplicação dessa garantia constitucional e, em geral o problema da segurança jurídica?

Estas são apenas algumas das questões que a reflexão que estamos a fazer nos suscita. Voltemos ao caso "Kamutukuleno".

(51) *Ibid.*, p. 230.

(52) TAIPA DE CARVALHO, AMÉRICO, *op. cit.*, p. 157.

3.1.3. Direito Costumeiro Versus Direito Positivo

Do inquérito que fizemos resultou que a comunidade considera possível não matar as pessoas que praticam Kamutukuleni(o), ou feitiçaria. Acrescentam que, antigamente, antes da chegada dos colonos, as pessoas acusadas de feitiçaria eram amarradas, queimadas e jogadas ao rio. Os colonos proibiram essa prática e até colocavam os feiticeiros a trabalhar como castigo. Tanto é que no Kuito Kuanavale⁽⁵³⁾ foi feito um trabalho de desvio do rio Kuito que se chama "Kuito wa vinganga" que significa (Kuito dos Feiticeiros) como resultado do trabalho dos condenados acusados de feitiçaria.

Quanto à adopção de novas normas para a punição do Kamutukuleni(o), a comunidade considera que a sanção deve permanecer a mesma: Apresentar o feitiço, ou seja, "descumprir" o feitiço, pagar a indemnização às famílias das vítimas. Caso o condenado não o queira fazer, deve ser expulso da comunidade.

Não admite sanção alternativa, como por exemplo, trabalhar numa eventual lavra da comunidade, ou para os familiares das vítimas, porque por um lado, pode ele próprio "o feiticeiro" vir a ser morto por vingança dos familiares das vítimas, ou ele mesmo voltar a utilizar o feitiço para matar.

Actualmente, a sanção para o Kamutukuleni(o) já não é a morte. Antigamente, quando o adivinhador dissesse à família da vítima quem era o "feiticeiro", a comunidade amarrava, batia e, se ele não aceitasse a acusação era queimado e o seu corpo atirado ao rio. Agora já não se faz isso, porque o Governo não deixa, bater, nem matar (mas não, porque não merecessem).

A expulsão da comunidade por prática de Kamutukuleno ou por "feitiçaria" não admite apelação, ou seja, uma vez expulso, o condenado já não deve voltar para aquela comunidade. Por outro lado, ele não tem o direito de não aceitar a sanção. É obrigado a abandonar a comunidade. Não pode apelar nem para o Rei, uma vez que este não pode contrariar a decisão da comunidade porque faz parte dela. A decisão é também dele.

Porém, se o acusado aceitar a acusação e "descumprir o feitiço", ou seja, apresentar o objecto ou objectos, queimá-los e atirar as cinzas ao rio, rea-

(53) O Kuito e o Kuanavale são dois rios. A confluência deles é que deu o nome ao Município.

lizando todo esse procedimento na presença da comunidade é obrigado a pagar, indemnizar as famílias das vítimas, mas não lhe é aplicada a pena de expulsão. Pode permanecer na comunidade. O "descumprir" o feitiço significa que o acusado está arrependido do acto que praticou e está disposto a não tornar a repetir, está disposto à reintegrar-se na comunidade.

É importante notar que a sanção é pessoal e não se transmite à família do condenado. Embora essa seja chamada, a título de solidariedade para ajudar no pagamento da indemnização quando o condenado não tem proventos suficientes para satisfazer a obrigação.

A expulsão da comunidade é também pessoal. Não se transmite à família do condenado, ou seja, estes não são obrigados a acompanhar o seu familiar. Podem permanecer na comunidade e processar a sua vida sem receios de represálias tanto da parte da comunidade como da família ou famílias das vítimas.

Reclamam, contudo, a participação do Estado no sentido de, em conjunto com a comunidade encontrar as regras para a punição da referida conduta. Dizem que o Estado (entidades Administrativas, Polícia) se recusa a receber as situações que envolvem feitiçaria pois consideram tratar-se de uma questão da inteira competência da comunidade. Porém, a comunidade considera que, em caso de morte,⁽⁵⁴⁾ as autoridades deveriam colaborar, recebendo o condenado e executando a decisão proferida pela comunidade. Equiparam o acto de matar "com Kamutukuleno" ou "com feitiço" ao acto de matar com arma branca, arma de fogo, catana, machado ou azagaia. Entendem, por isso que, o Estado deveria, receber e aceitar a queixa apresentada pela comunidade, constituindo a prova resultante da averiguação comunitária como bastante para condenar e, executar a pena nos seus estabelecimentos penitenciários.

4. O Nosso Ponto de Vista

O encontro com a comunidade do Kuito Kuanavale, trouxe-nos a necessidade de reflectir sobre os caminhos que deverão levar o estudo dos costumes vigentes, sobretudo em matéria de direito penal.

Na verdade, só se seguirmos uma perspectiva pluralista do direito, podermos, porque admitimos a coexistência de várias ordens jurídicas, a vi-

(54) Nem sempre as práticas de feitiçaria resultam em morte. A morte é o resultado mais grave.

gorar no espaço que constitui a República de Angola, chegar a um ponto de encontro.

Admitido que ficou o costume como fonte de direito e também a coexistência normativa das várias ordens jurídicas, parece, contudo importante clarificar como é que essa convivência se pode processar, particularmente em matéria de direito penal.

4.1. A Convivência entre as várias ordens jurídicas

4.1.1. Em geral

Carlos Feijó segue os dois limites fundamentais propostos por Will Kymlicka, para o reconhecimento dos sistemas jurídicos das comunidades tradicionais.

Entende que, o atender destas limitações se traduz na impossibilidade de uma aceitação absoluta "de todos os valores e práticas válidas à luz desses direitos devendo ser "filtrados", não por uma "rede fina" do entendimento do que seja a dignidade da pessoa humana, mas sim por uma interpretação mais ampla e conciliadora entre os princípios constitucionais e a defesa dos direitos dessa comunidades."⁽⁵⁵⁾

Este é o caminho, pois a

... coexistência normativa dos direitos tradicionais deve ser feita dentro de um sistema de valores que garanta aos cidadãos —a todos os cidadãos incluindo os plurinormativados— os direitos adequados ao desenvolvimento individual nos padrões consensualizados ao nível da comunidade política onde a coexistência cultural conforma a coexistência política que, por sua vez, dá corpo ao reconhecimento oficial e normativo da ordem jurídica plural.⁽⁵⁶⁾

Contudo, é necessário concretizar casuisticamente as considerações feitas, para que não se transforme uma sociedade cultural e estruturalmente distinta, no espelho da maioria o que dificilmente se pode evitar em virtude da complexidade dos interesses, contextos, princípios e circunstâncias envolventes.

(55) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, p. 410.

(56) *Ibid.*, p. 410/411; KYMLICKA, WILL, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press. Oxford, 1995, p. 131 e ss.

Por isso, Carlos Feijó ainda no seguimento de Will Kymlicka, busca a conservação de um "minimus" fundamental de ordem tradicional; para tal, parte de uma interpretação da norma precedida de um diálogo multicultural, ou seja, em face de uma dada situação de Direito, resolver as situações multiculturais tanto pelo direito estadual como por uma instância de resolução de conflitos (que pode ser denominada ou designada tribunal) composto por uma participação idealmente paritária de representantes das ordens coexistentes em conflito.

A proposta de solução, não impede que, em alguns casos o resultado possa ser político, conseguido mediante uma arbitragem negocial em que se seguem mecanismos de representação democrática amplos conduzidos por princípios de justiça.⁽⁵⁷⁾

Questão que se põe, é saber se havendo conflito entre o Costume e a Constituição ou entre aquele e a dignidade da pessoa humana, tal solução ainda é aplicável. Carlos Feijó, considera que a natureza das normas, dos princípios em conflito não alteram a solução, porque o que aqui tem de ser convocado é uma compreensão multicultural do direito para que se possa entender as razões e os sentidos possíveis para tornar útil ou conforme a norma consuetudinária. Deverão intervir aqui, para compreensão da norma, elementos interpretativos que, tanto por um lado os aplicadores do direito estadual como por outro, as autoridades aplicadoras do costume no seio das suas próprias comunidades não se mostram preparados para compreender.⁽⁵⁸⁾

O recurso ao princípio da igualdade seria um caminho que ajudaria na condução para a busca de um resultado para a interpretação. Assim:

- a) a ideia de que igualdade não é identidade mas, proporcionalidade;
- b) a ideia de que a igualdade apela à racionalidade e à intenção de justiça;
- c) e a ideia de que o princípio da igualdade se encontra em "diálogo" normativo com outros princípios e tem de ser entendido no plano global dos valores e opções da Constituição material.⁽⁵⁹⁾

(57) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, p. 411; KYMICKA, WILL, *op. cit.*, p. 131.

(58) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, p. 411.

(59) No sentido defendido por MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 213. Também, MIRANDA, JORGE, e MEDEIROS, Rui, *Constituição*

Sendo que a igualdade apresenta uma dimensão negativa que proíbe a atribuição de privilégios (ou vantagens) ou a imposição de discriminações negativas (ou desvantagens injustificadas).⁽⁶⁰⁾

O procedimento proposto visa a razão porque se atende a um valor ou interesse num determinado caso concreto, independentemente desse valor pertencer à comunidade nacional, local ou internacional. O importante é atender ao caso concreto e seguir uma perspectiva pluralista da vida e do direito. Pluralismo esse, cuja defesa só se mostra possível se, assentar numa coexistência cultural, numa partilha de mínimos denominadores comuns de valores e de interesses que permitam a comunicabilidade e a compatibilidade jurídicas, precedidas (...) de uma afinidade linguística ou que de algum modo, apele a "condomínios" sociais ou, ao menos, a zonas de acomodações mútuas.⁽⁶¹⁾

Fora dessa acomodação interpretativa, a Constituição, Segundo Carlos Feijó, deve manter-se como norma supraordenadora da ordem jurídica plural, pois a proteção de costumes e tradições não pode levar a ordem jurídica com a Constituição no seu topo a tolerar violações aos direitos e liberdades, estes constituintes do núcleo essencial do respeito pela dignidade da pessoa humana, do cidadão, que a Constituição visa proteger. Na linha de Paulo Otero⁽⁶²⁾ quando diz: "O Estado, sem prejuízo de uma postura de "neutralidade mudividencial", nunca pode deixar de se encontrar vinculado a uma ordem de valores básicos decorrentes da dignidade da pessoa humana: não pode existir pluralismo justificativo ou tolerância que aceite atentados aos direitos inerentes à dignidade de cada ser humano vivo e concreto, nem se mostra admissível quer o Estado seja neutro a neutralidade e a tolerância face a atentados à dignidade humana será sempre sinónimo de cumplicidade e colaboracionismo."⁽⁶³⁾

A ideia de Estado neutro é contrária ao espírito, valores, princípios e normas de qualquer constituição fundada na soberania popular, no respeito

Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 124.

(60) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, p. 412; MIRANDA, JORGE, *op. cit.*, p. 213; KYMLICKA, WILL, *op. cit.*, p. 107.

(61) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, p. 413.

(62) OTERO, PAULO, *Direito Constitucional Portugues*, v. I, Almedina, p. 67.

(63) A expressão "neutralidade mudividencial" é de João Baptista Machado, *Participação e Descentralização: Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 142.

pela dignidade da pessoa humana. Por isso, inadmissível ao nível da Constituição, pois o mandato constitucional não permite ao Estado que se mantenha neutro ou tolerante perante violações dos seus próprio valores axiológicos.⁽⁶⁴⁾

4.1.2. No domínio do Direito Penal

Até aqui estamos de acordo. Mas como resolveremos quando nos surgir uma questão como o processo "Kamutukuleno"? Admitida a hipótese de que a comunidade já não aplica a pena de morte aos praticantes de "Kamutukuleno" ou de feitiço em geral, como ficaria a sanção que subsiste que é a "expulsão" da comunidade, e à qual segundo o inquérito, a comunidade não parece disposta a dela abrir mão, já que deve ser aplicada nos casos em que o agente não "descumpre" o feitiço?

Outros casos de expulsão ocorrerão. A expulsão da comunidade é uma sanção, ou seja, uma pena, que contraria claramente e, em última análise o direito do agente a viver na sua própria comunidade (trata-se de uma situação semelhante à do abandono noxal praticado na idade média).

Dentre a solução perfilhada pelo Código Penal em vigor, o Código de 1886 artigo 29º que consideramos já ultrapassada e a do Projecto de novo Código Penal da República de Angola ainda em discussão, e aqui proposta como erro sobre a ilicitude que afasta a culpa desde que não seja censurável, pareceu-me que aquela que defende o "Erro de compreensão culturalmente condicionado" que não está proposta no Projecto de Novo Código Penal, seria, num primeiro momento, o caminho a seguir.

5. O Erro de Compreensão Culturalmente Condicionado

Diferentemente do que ocorre na República da Guiné Bissau onde, segundo Silva Dias⁽⁶⁵⁾ está em vigor o artigo 110º do Código Penal que prevê o crime de infanticídio praticado pela mãe durante ou logo após o parto e ainda sob sua influência perturbadora para encobrir a desonra ou vergonha social (nº 2) e o praticado pela mãe, o pai, ou os avôs, durante o primeiro mês de vida do filho ou do neto, por este ter nascido com manifesta deficiência física ou doença, ou com preensivelmente

(64) FEIJÓ, CARLOS M., *op. cit.*, pp. 413/414.

(65) DIAS, SILVA, "Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural – o Chamado infanticídio ritual na Guiné Bissau", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 16, 2006, pp. 218 e ss.

influenciados pelos usos e costumes que vigoram no grupo étnico a que pertençam (nº 1), o Projecto de Código Penal da República de Angola, não faz nenhuma menção expressa aos usos e costumes, deixando essa questão de forma mais ou menos implícita, como uma circunstância modificativa, susceptível de privilegiar o ilícito típico. Tratada não como uma circunstância geral, à semelhança do que fazia o Código Penal de 1886 artigo 39^a, a circunstância 23^a expressamente refere: "constituem circunstâncias atenuantes, em geral quaisquer outras circunstâncias que, precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade ou diminuírem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou os seus resultados".

O Projecto de Novo Código Penal da República de Angola, qualifica-a como circunstância modificativa, capaz de, no caso concreto, privilegiar o homicídio, se o agente, no momento do facto se encontrar em estado de grande emoção, compaixão, desespero ou motivo relevante que diminua consideravelmente a sua culpa.

Será nesse motivo que, diminui consideravelmente a sua culpa que se poderá incluir o homicídio praticado com forte crença em determinados usos e costumes. Poderemos, neste sentido considerar verificar-se aqui, como diz Silva Dias⁽⁶⁶⁾ "uma tipificação autónoma, de circunstâncias endógenas e exgónias que exercem uma certa pressão psicológica sobre o agente, impelindo-o à prática do facto".

Essas circunstâncias, em nosso entender são modificativas do tipo base, principal, designado por homicídio. Umas vezes, interferem para qualificar o tipo e assim agravam a responsabilidade do agente outras, elas actuam privilegiando o tipo e, nesse caso, diminuem a responsabilidade do agente. Queremos dizer que, não será tão linear considerar-se que o costume, não deve (não pode ?) ser atendido para qualificar a conduta e, em consequência, fundamentar a responsabilidade.

A questão que se coloca é que, não nos parece que possamos, pura e simplesmente transpor os esquemas, os mecanismos e os modos de pensar de um sistema concebido e assente numa indisciplina própria, sistema sustentado por valores éticos, culturais, ideológicos próprios, para outro onde os referidos valores são, por vezes, totalmente alheios.

Razão tem Mariana Carneiro Leão Figueiroa,⁽⁶⁷⁾ quando refere ter havido no processo a que faz referência citamos "uma clara violação do direito à diversidade étnica e cultural do povo Xukuru no processo em contraposição ao seu 'modo de estar no mundo'".⁽⁶⁸⁾ É pois importante como diz Mariana Figueiroa parafraseando E. Raúl Zaffaroni e nós concordamos, o respeito pela diversidade cultural, pelos valores das diversas culturas, pois é ele que garante "ao sujeito colectivo de direito a faculdade de não se "contaminar" por valores que não sejam os seus".

É o caminho da interlocução, do diálogo que nos vai permitir atender a essa diversidade, tomando em consideração as suas especificidades sobretudo quando se pretender emitir juízos de valor através de decisões Estatistas que possam directa ou indirectamente afectá-los. É para essa compreensão que nos remete E. Raúl Zaffaroni e José Pierangueli quando referem e citamos: "na realidade social existem condutas, ações, que significam conflitos que se resolvem de forma geral de modo institucionalizado, mas que isoladamente considerados possuem significados culturais completamente diferentes".⁽⁶⁹⁾ É também a esse propósito que se busca o erro de compreensão culturalmente condicionado.

5.1. Razão da Escolha

Não seguimos, naturalmente, a solução encontrada nem por Silva Cunha⁽⁷⁰⁾ nem por Gonçalves Cota⁽⁷¹⁾ que qualificavam os indígenas das colónias de Angola, Guiné Bissau e Moçambique, como se encontrando em "situação geral de imaturidade que deverá ser tida em conta na apreciação da sua imputabilidade", como de menores incapazes se tratasse, ou ainda pelo "carácter de mentalidade atrasada da sua raça".

(67) FIGUEIROA, MARIANA CARNEIRO LEÃO, "Ad argumentandum tantum: um olhar antropológico acerca do processo criminal da morte do cacique Xicão Xucuru", Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010, em nota 87 e 88, que pode ser encontrada no seguinte endereço: indiosnonordeste.com.br

(68) O exemplo que chamamos pretende apenas lembrar a necessidade de a nossa análise e os caminhos que seguirmos na busca de uma solução não deixarem de atender a esse particular, o respeito pela diversidade étnica e cultural.

(69) ZAFFARONI, E. RAÚL, e PIERANGUELI, JOSÉ H., op. cit., p. 57.

(70) SILVA CUNHA, J.M. DA, "Algumas notas sobre Direito Penal Colonial", em *Jornal do Fôro*, ano 10, 1946 e ano 11, 1947.

(71) GONÇALVES, COTA, *Projecto definitivo de Código Penal dos Indígenas da Colónia de Moçambique*, Lourenço Marques, 1946, p. 40 e ss.

Não a rejeitamos pelo simples facto de se tratar de uma solução colonial. Somos quanto a isso insuspeitos, uma vez que guardamos o que de bom o colonialismo nos trouxe. É só ver que o Código Penal ainda em vigor em Angola é o Código Português de 1886, embora com os ajustamentos à realidade angolana. Rejeitamos a quella solução, porque ela transporta uma pesada carga de natureza racista, paternalista que não respeita as diferenças culturais existentes.

O critério da incapacidade de culpa sugere a inadequação geral da solução de inimputabilidade, mas ele mostra-se também inadequado se, atendermos, ao ponto de vista dogmático, porque é necessário que primeiramente seja praticado um facto ilícito para se puder depois analisar a culpa.

Por essa razão somos pela solução do erro de compreensão culturalmente condicionado, proposto por E. Raúl Zaffaroni.⁽⁷²⁾ A solução encontrada na República do Perú buscou os seus fundamentos no seguinte: "conhecimento da heterogeneidade cultural dos habitantes do nosso país, mas sem recorrer a uma terminologia como a infelizmente utilizada pelo "Código Maúrtua", "selvagens", indígenas", semi civilizados ou degradados pela servidão e o alcoolismo. O Projecto da Comissão Revisora, deu acolhimento a uma forma especial de erro conhecido na doutrina como "erro de compreensão culturalmente condicionado". Neste sentido. Aquele que pela sua cultura ou costume (não por anomalia psíquica ou outras causas de inimputabilidade prevista no artigo 20º, inciso 1 deste Projecto), comete um facto punível sem que, por tais motivos, seja capaz de poder compreender, o character delituoso do seu acto ou determinar-se de acordo com essa compreensão ficará isento da pena. A pena fica atenuada se, por iguais razões, a capacidade que se indica se encontrar apenas diminuída.⁽⁷³⁾

Esta é uma solução que, em tese geral contrapõem a da inimputabilidade. Trata-se de um erro de proibição que deverá ser atendido naqueles casos em que, embora o agente conheça a proibição, não lhe é exigível a interiorização, porque esta é estranha à sua cultura. E. Raúl Zaffaroni, reconhece

(72) Encontramos esta espécie de erro no Código Penal do Peru, no artigo 15º que estabelece: "El que por su cultura o costumbres comete hecho punible sin poder comprender el character delituoso de su acto o determinar-se de acuerdo a essa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena".

(73) Tradução nossa.

que o condicionamento cultural pode dar lugar a várias espécies de erro. Esta nota é relevante porque, em sede de erro sobre a ilicitude está-se a tratar de situações que implicam valoração de normas e não, orientação, por normas, ou seja, para que haja consciência da ilicitude basta que o agente, tenha compreendido, mesmo ao nível da sua experiência do dia a dia, o desvalor jurídico do facto. Não interessa, porque é irrelevante, se ele interioriza ou não essa compreensão, ou seja, se a adopta como norma de conduta, ou comportamento.⁽⁷⁴⁾

Acresce que, este erro de compreensão culturalmente condicionado, traz consigo uma maior tolerância relativamente à solução das situações a que nos reportamos em que ocorre um conflito pessoal entre os sistemas culturais dos intervenientes, uma vez que aponta para a desnecessidade de comprovação da censurabilidade do erro. Afinal, o juízo de censurabilidade na situação em análise, teria como pressuposto o reconhecimento da obrigatoriedade da assimilação dos valores culturais dominantes o que significaria a renúncia, forçada à diferença cultural.⁽⁷⁵⁾

Com efeito, E. Raúl Zaffaroni e José Pierangeli⁽⁷⁶⁾ defendem que, enquanto o erro do tipo pertence à tipicidade, o erro de proibição pertence à culpa e recai sobre a compreensão da ilicitude da conduta. Trata-se de um puro problema da culpabilidade que se revela em erro vencível ou invencível. Quando é vencível ele releva para efeitos da tipicidade dolosa ou negligente que já estão afirmados; mas se for invencível, ou seja, se o autor, mesmo realizando todas as diligências, não pode compreender a ilicitude do seu acto, o efeito é eliminar a culpabilidade.⁽⁷⁷⁾

Segundo os autores, o erro de proibição impede sempre o entendimento da ilicitude, só que, uma vezes impede, porque afecta a possibilidade de conhecimento e, outras porque, embora haja conhecimento da ilicitude não se pode exigir do agente essa compreensão ou entendimento. É este, a espécie de erro de compreensão que impede a interiorização da norma por mais que ela seja conhecida.

Seguindo os autores E. Raúl Zaffaroni e José Pierangeli, o erro de proibição pode ser: um erro que afecta o conhecimento da ilicitude que, por sua

(74) DIAS SILVA, op. cit., pp. 222/223.

(75) *Ibid.*, p. 24.

(76) ZAFFARONI, E. RAÚL, e PIERANGELI, JOSÉ H., op. cit., p. 552/555.

(77) *Ibid.*, p. 637.

vez pode ser directo, quando recai sobre o conhecimento da norma proibitiva, ou indirecto quando tem haver com a permissão da conduta. Nuns casos de erro indirecto, o autor tem a falsa suposição de uma permissão que a lei não outorga; exemplo alguém que vende a mercadoria do patrão para se cobrar dos salários atrasados; noutros o autor considera haver ali uma situação de justificação, uma justificação putativa, exemplo: alguém que pensa que está a ser agredido e se defende, quando na realidade se trata de uma brincadeira de amigos; noutros ainda, um Erro que afecta a compreensão da ilicitude e não o conhecimento (o indivíduo que desde criança mastiga liamba e não pode compreender a norma que a proíbe).

Nesta linha de pensamento, os efeitos do Erro de Proibição serão os seguintes: Se o erro é vencível, não elimina a culpabilidade, mas pode diminuí-la; se for invencível elimina a culpabilidade e a conduta não chega a ser crime. Porém é importante notar que erro de proibição, não é o mesmo que erro de direito. Essa classificação entre *"error júris"* e *"error facti"*. Tem um outro sentido.⁽⁷⁸⁾

Dentro do erro de compreensão os autores distinguem ainda o erro de conhecimento do erro de compreensão.

5.1.1. Erro de conhecimento e de compreensão

O erro que recai sobre o conhecimento da ilicitude é um erro de proibição, directo quando recai sobre a própria norma proibitiva ou indirecto quando recai sobre a permissão da conduta. Contudo, pode haver situações em que o autor conhece a proibição, conhece a falta de permissão, mas não lhe podia ser exigível que entendesse a regra que conhece. Exemplo: o indígena de uma comunidade que há muitos séculos tem os seus próprios rituais para funerais e sepultamentos, pode cometer uma contravenção típica ao violar os regulamentos sobre inumações. Contudo, é muito duro exigir-lhe que abandone as suas regras para acolher as regras ditas da maioria e reprová-lo porque não tenha acolhido as referidas regras da maioria ditas (civilizadas). Há aqui nitidamente uma situação de erro de compreensão porque não era deles exigível a possibilidade de entender a ilicitude da conduta no sentido de interiorizar as normas, o que conduz para um erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão.⁽⁷⁹⁾

(78) *Ibid.*, pp. 637/638.

(79) *Ibid.*, p. 644.

5.1.2. A Consciência dissidente e o erro de compreensão

Acontece que, a vigência do direito, não pode ser deixada ao arbítrio da consciência individual. Quem actua assumindo a sua conduta como resultado de um esquema de valores diferente daqueles que são os da maioria, os chamados convencionais, actua sob consciência dissidente. Ao agir assim, pelo menos, há-de ter alguma redução da sua capacidade de entender a ilicitude. Simplesmente, essa redução, não elimina a sua culpabilidade, nem neutraliza o juízo de perigosidade ao nível da determinação da medida da pena.⁽⁸⁰⁾

Há, contudo, situações em que a consciência dissidente assenta num erro de compreensão invencível de tal modo que afasta a culpabilidade. São as situações de erro de compreensão culturalmente condicionado. O autor foi educado numa cultura diferente da, da maioria e, desde criança que interiorizou as regras de conduta dessa cultura; uma vez que a culpabilidade não pode ser indicada com um limite fixo e, neste caso de consciência dissidente, a exigibilidade de interiorização da norma, há-de também ter um certo grau, pode acontecer que, o autor por consciência pode ser um terrorista, que actua em nome e no interesse de uma organização, ou um indígena que age segundo a sua cultura. Em qualquer dos casos a exigibilidade da interiorização (compreensão) da ilicitude varia, ou seja, ela será maior para o terrorista, a não ser que esteja louco, porque ele actua por conta da organização, e menor para o indígena porque não interiorizou (compreendeu) a ilicitude dita "dominante". Por si só, a consciência dissidente, não é uma causa de exclusão da culpa; mas o erro de compreensão culturalmente condicionado é um erro de proibição invencível. Trata-se, de graus de exigibilidade da compreensão que traduzem graus de reprovação nem sempre fáceis de valorizar.⁽⁸¹⁾

5.1.2.1. Erro de Compreensão e Erro de compreensão culturalmente condicionado

E. Raúl Zaffaroni e José Pierangeli, lembram que, o condicionamento cultural, nem sempre dá lugar a um erro de proibição, mas a diferentes classes de erros e referem o exemplo da cultura Ahuca, no oriente equatoriano. Segunda esta cultura, os membros têm a convicção de que sempre que um homem branco os vê, os vai matar, de tal maneira que, quando

(80) *Ibid.*, pp. 644/645.

(81) *Ibid.*

aparece um homem branco eles adiantam-se, matam-no e esta acção é considerada uma legítima defesa.

Entendem os autores que, o que aqui acontece é uma situação de erro de proibição culturalmente condicionado, mas que constitui uma justificação putativa e não um erro de compreensão. Há nesse comportamento uma concepção errônea de causalidade que faz com que o agente acredite numa causalidade mágica e, entenda, que se defende legitimamente aquele que com seriedade acredita estar a ser levado à morte por outrem, através de sortilégios. Adiantam que esse tipo de erro é muito comum nas culturas africanas que muitas vezes requerem mortes particularmente cruéis para esconjurar os "bruxos".

Entendem os autores, que esse erro sobre a causalidade pode dar lugar a erros do tipo. Veja-se o caso do Kamutukuleno em que os membros daquela comunidade acreditam que, por magia, a pessoa familiar que morre, "não está morta" e sim, "está a trabalhar para o feiticeiro"; que o "feiticeiro", "por magia", a transportou, a levou, pois continua a ser "vista" na comunidade, a realizar os referidos trabalhos nas lavras. Um outro exemplo é o submeter uma pessoa a tratamentos com fins lucrativos, na crença de que, se lhe foram administradas pancadas na cabeça, o livram do diabo e, dessas pancadas, resultar a morte do paciente. Nos exemplos dados não haverá uma conduta dolosa de homicídio, porque medeia um erro de tipo (sobre a causalidade) ou sobre o processo causal.

Contudo, é necessário averiguar se, em todos os casos de erro invencível por ausência de tipicidade ou de culpabilidade, a solução é excluir o autor de qualquer responsabilidade penal.

No exemplo dado, embora exista delito que aquele "feiticeiro" ou "membro da comunidade" pode entender, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, como é o caso da sanção aplicável aos membros da comunidade que praticam "Kamutukuleno" e, neste caso, a solução não deverá ser outra senão a de se "respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista que escondem ou exibem a pretendida superioridade da nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias".⁽⁸²⁾

(82) *Ibid.*, pp. 646/647.

Porém, se respeitamos a cultura e o meio daquela comunidade, não interferindo para não destruir as relações culturais ali existentes, e nós concordamos, surge-nos contudo uma dificuldade, quando essa cultura interfere com valores consagrados na Constituição agora já plural, como a Dignidade da Pessoa Humana.

Não pretendemos defender uma ideia de neutralidade do Estado no sentido de ele não se identificar com grupos, partidos ou ideologias, porque concordamos que ela é contrária ao espírito, aos valores, aos princípios e às normas de qualquer constituição fundada na soberania popular, no respeito pela dignidade da pessoa humana, embora já acima tenhamos feito referência ao entendimento diverso acerca do posicionamento da Constituição. Admitir a ideia de neutralidade do Estado seria pois, inadmissível ao nível da Constituição, pois o mandato constitucional não permite ao Estado que se mantenha neutro ou tolerante perante violações dos seus próprio valores axiológicos, como acima já referido.

Precisamos é de chegar ao ponto de encontro em que também no domínio criminal possa haver coexistência, como é sugerido pela comunidade do Kuito Kuanavale.

Em nosso entender, esse equilíbrio seria buscado na Constituição se entendermos que ela nós traz normas que são obtidas não apenas pela forma consensual, mas também a partir de pontos de vista e de interesses mais gerais que ajudam a romper a lógica dos sistemas locais de segurança, sobretudo quando eles afectam esses interesses mais gerais.⁽⁸³⁾ Veja-se, a eficácia transversal dos direitos fundamentais. A comunidade do Kuito Kuanavale dá sinais de ela própria reconhecer o valor vida, o valor dignidade da pessoa humana, o que significa existir nela alguma consensualidade nessa matéria que pode ajudar a alterar, em certo sentido, o modo de pensar e agir abrindo-os a considerações e pontos de vista mais "cosmopolitas" e, em consequência, impedir o fechamento sectorial das formas locais de regulação.⁽⁸⁴⁾

A comunidade, à sua maneira e em resposta ao inquérito que fizemos, rejeita atitudes ou comportamentos que conduzam à morte. Assemelha a morte causada por "feitiço" àquela provocada por arma de fogo, arma branca, catana ou azagaia. O que ela reclama é que a sua crença seja

(83) HESPAÑA, ANTÓNIO M., *op. cit.*, p. 253.

(84) *Ibid.*

tomada em consideração para efeitos de punição dos agentes que se comportem contrariamente às normas comunitárias instituídas. Esta postura, do nosso ponto de vista mostra que há uma abertura para os interesses mais gerais no sentido de contrariar as formas tradicionais de regulação, abrindo-as para experiências sociais de renovação e de sujeição dos sistemas jurídicos a novos desafios e a novas formas de estabilização.⁽⁸⁵⁾

A abertura que aqui estamos a indicar leva-nos ao entendimento de que a acomodação e a convivência nos obrigam a sair dos padrões da dogmática, tal como ela se apresenta hoje, nos quadros do designado Direito Positivo, porque muitos deles se mostram desajustados das relações culturais dominantes nas referidas comunidades.

Admitir as crenças, à semelhança do que faz o Código Penal da Guiné Bissau, dar-lhes a relevância que merecem e fazê-las intervir nos diferentes momentos da teoria geral da infracção penal; talvez criar uma teoria da infracção própria, seria, em nosso entender, o primeiro passo para essa necessária convivência normativa.

Naturalmente que esse reencontro não poderá significar uma imposição do Direito Positivo estadual aos Direitos não estaduais. Ele deverá buscar o equilíbrio através de medidas de actuação, ou de política ou ainda através do próprio direito estadual, que procurem manter em funcionamento os mecanismos de abertura dos diferentes sistemas jurídicos em convivência, "às irritações daí resultantes, por forma a baixar o limiar de sensibilidade a essas irritações".⁽⁸⁶⁾

De resto, parece importante lembrar que, os direitos sectoriais são geralmente, autosuficientes e insensíveis às perturbações que criam nos outros sistemas no contexto da sociedade; isto porque o ambiente não reage de forma suficientemente agressiva, ou porque o "sistema sectorial desenvolveu capacidades de imunização"⁽⁸⁷⁾ o que nos parece ser o caso da comunidade do Kuito Kuanavale no processo que aqui descrevemos.

A convivência pressupõe a realização de estudos e de trabalho de educação de ambas as partes, tanto do Estado e seus agentes, como dos

(85) *Íbid.*, p. 254.

(86) *Íbid.*, p. 263.

(87) *Íbid.*, p. 263.

membros das comunidades. Pressupõe também a intervenção de estudiosos que se ocupem da identificação das normas e procedimentos próprios da ordem jurídica e juridiciária comunitárias, o mesmo seria dizer, da criação de uma dogmática própria que pudesse ser aplicada aos casos tipicamente comunitários por estruturas a que se poderia chamar de Direito comunitário, podendo, num esquema de paralelismo, esse direito vigorar e ser exequível nas estruturas do Estado, sempre que a sua execução não pusesse em causa a Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana.



BIBLIOGRAFIA

BRITO, JOSÉ DE SOUSA E, “A Lei Penal na Constituição”, *Estudos sobre a Constituição*, v. II, Lisboa, 1978.

CHICO ADÃO, “As origens do Fenómeno Kamutukuleni e o Direito Costumeiro Ancestral Agolense aplicável”, *Estudo e documentos*, Instituto Piaget, Divisão Editorial, 2005.

COTA, JOSÉ GONÇALVES, *Proyecto definitivo de Código Penal de los Indígenas de la Colonia de Mozambique*, Lourenço Marques, 1946.

DIAS, SILVA, AUGUSTO, “Os Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural - o Chamado Infanticídio Ritual na Guiné Bissau”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 16, 2006, p. 218 e ss.

DOTII, RENÉ A., *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002.

FEIJÓ, CARLOS M., “A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica plural Angolana”, Teses, Almedina, Janeiro de 2012.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral*, t. I, Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIROA, MARIANA CARNEIRO LEÃO, “*Ad argumetandum tantum*: um olhar antropológico acerca do processo criminal da morte do Caci-que Xicão Xucuru”, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Antropologia, da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010 que pode ser encontrada no endereço: indiosnonordeste.com.br.

GOMES CANOTILHO, JOSÉ J., e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, Coimbra Editora, 2007.

GOMES CANOTILHO, JOSÉ J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2003.

HESPANHA, ANTÓNIO M., “*Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*”, Annablume, Fevereiro de 2013.

JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, José Luis Manzanares Samaniego (trad.), Granada, Comares, 1993.

KYMICKA, WILL, *Multicultural Citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Participação e Descentralização: Democratização e Neutralidade na Constituição*, Almeida, 1982.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1998.
- MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, Coimbra Editora, 1993.
- OTERO, PAULO, *Direito Constitucional Português*, v. I., Almedina, Coimbra, 2010.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Corledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1999.
- SILVA CUNHA, J. M. Da, “Algumas notas sobre Direito Penal colonial”, en *Jornal do Fôro*, año 10, 1946 y año 11, 1947.
- SILVA, GERMANO M., *Direito Penal Português, Parte Geral II*, Verbo, 1998.
- SILVA, GERMANO M, *Reserva de Lei Costume e Jurisprudência*, Verbo, 1997.
- TAIPA DE CARVALHO, AMÉRICO, *Direito Penal, Questões Fundamentais*, Coimbra Editora, 2008.
- ZAFFARONI, E RAÚL y PIERANGELI, JOSÉ H., *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, 2002.



E. RAÚL ZAFFARONI⁽¹⁾



Les agradezco enormemente la presencia a todos los colegas que se han esforzado por acudir a nuestra invitación y a los que han venido incluso espontáneamente.

Hablar del multiculturalismo y el derecho penal, de sistemas jurídicos paralelos y coexistentes en materia penal es una pregunta que no deben solo formularse los africanos, ni deben formularse algunos de nuestros países que la tienen incluso consagrada en su Constitución, otros que aunque no la tengan consagrada, la tenemos que reconocer de alguna manera, sino que creo que tenemos que formulárnosla todos.

La pluralidad cultural e incluso las variables culturales ponen en crisis y nos obligan a repensar el principio de culpabilidad. Nos encontramos ante una cuestión que plantea una disyuntiva civilizatoria que, de alguna manera, en el transcurso del siglo XXI se irá profundizando y habrá que decidirla.

Algunos países reconocen el pluralismo normativo, es decir, justicia formal y justicia comunitaria o justicia tradicional; para otros, esto constituye un escándalo, pero ¿por qué viene este escándalo? ¿Cuál es la razón del escándalo? ¿Será que estamos formateados, de alguna manera, en una tradición jurídica de ley escrita? Sí, puede ser, pero eso, a mi juicio, no es lo que escandaliza cuando hablamos de sistemas jurídicos paralelos coexistentes.

No nos puede escandalizar. Nuestra lengua, esta lengua que hablamos, se asienta con un Código, el Fuero Juzgo. El Fuero Juzgo regía para un grupo humano, el otro grupo humano se seguía rigiendo por el derecho

(1) Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Secretario Ejecutivo de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

romano, y no pasó nada. De modo que, desde el momento que se consolida incluso la lengua que hablamos, sabemos que pueden coexistir sistemas jurídicos paralelos e incluso sistemas penales paralelos y simultáneos, pero el escándalo, a mi juicio, viene de otro lugar.

Normalmente, las soluciones que dan los sistemas comunitarios o tradicionales no son soluciones punitivas, son soluciones reparadoras, son soluciones restitutivas. Rara vez se llega a situaciones extremas, y la situación extrema es la expulsión de la comunidad.

Son pocas las veces que se llega a otro tipo de soluciones, a otro tipo de decisiones, justamente todos sabemos cómo tratan de desacreditar la Constitución boliviana y el reconocimiento de la justicia comunitaria que hace esa Constitución, sosteniendo que esa justicia es la que abre el camino al linchamiento; cuando el linchamiento, desde su propia etimología, no tiene nada que ver con nuestras culturas tradicionales, es un producto norteamericano, si se quiere.

De no reconocerse la existencia de una justicia comunitaria, y de la forma de resolver el conflicto comunitariamente, estaríamos incurriendo en una violación de nuestro propio derecho positivo legislado, en el cual un principio básico es la prohibición de la doble punición por el mismo hecho.

La justicia comunitaria funciona, nos guste o no nos guste, es una realidad, y la sanción comunitaria es virtualmente inevitable. Si a la sanción comunitaria le sumamos la sanción formal del derecho escrito, del derecho legislado, tenemos dos penas por un mismo delito.

Salvo que entendamos algo que parecen entender algunos que leyeron a Hegel en el ómnibus, que es que lo prohibido no existe, entonces como estaría prohibida la justicia comunitaria, la sanción comunitaria no existiría. Los que interpretan a Hegel de esa manera, mejor que no manejen porque si se encuentran con un elefante en la mitad de la calle, como está prohibido que se pare un elefante en la mitad de la calle, no lo van a ver, porque lo prohibido no existe, ¿no?

La profesora Luzia Sebastião nos acaba de plantear varias dudas sobre límites a la justicia comunitaria o tradicional; creo que tenemos que elaborar finamente un principio, que tiene que ser totalmente realista, tenemos que elaborar el “principio de economía de violencia”. Cuando se da una duda sobre la intervención de la justicia comunitaria o la intervención de la justicia formal, entiendo que lo que debemos hacer, en todo caso, debe

ser un balance, un balance de violencia: qué intervención es menos violenta, y sobre todo, si el conflicto ya se ha resuelto, nos guste o no nos guste, pero se ha resuelto, no intervengamos con la justicia penal.

Esto, claro está, con el límite de la dignidad humana, pero hay que tener cuidado con el límite de la dignidad humana, qué entendemos por tal. A veces, la justicia tradicional reparte algunos latigazos, es cierto; hay justicias, no tanto como castigo físico, más bien antropológicamente, en muchas ocasiones es un ritual de reincorporación, pero de alguna manera, hay algunos latigazos a veces. Me acuerdo en algún país nuestro, hermano, de acá, de América Latina, que una de las sanciones comunitarias era enterrarlo al sujeto y orinarle en la cabeza.

Cuidado, no tenemos que oficializar esas cuestiones, la justicia comunitaria es comunitaria, la justicia tradicional es consuetudinaria, no podemos poner un juez a orinarle la cabeza a un sujeto, no. Pero, me pregunto: si nos dan a elegir a nosotros con toda esta cultura de derecho legislado, etcétera, ¿qué preferiremos, tres latigazos o tres años de prisión? Y, creo que vamos a preferir los tres latigazos, es decir, cuidado, midamos siempre la violencia de la intervención.

Con nuestra intervención penal, con la policía, etcétera, con el desastre que muchas veces producimos, estamos generando mucha más violencia que la solución aparentemente violenta que a primera vista que podría generar la justicia tradicional o la justicia comunitaria.

En el fondo, el escándalo proviene de que el reconocimiento de otras formas de solución del conflicto, deslegitima el concepto de pena que sostenemos.

Nos pone ante la realidad de que hay formas de resolver el conflicto, formas restitutivas, formas conciliatorias, formas de darle los dos latigazos como un ritual de reincorporación, que sin acudir a nada de lo que nosotros tenemos como pena formal, resuelven el conflicto y restablecen la paz en el seno de la comunidad.

Realmente, esto sí es un desafío civilizatorio, un terrible desafío civilizatorio, porque nos dice: bueno pero si estas soluciones son posibles, ¿por qué ustedes no las adoptan y por qué siguen teniendo esta solución, esta pena, este encierro? Me decía un colega de África hace algunos años: "La prisión es un problema que nos trajeron los europeos, nosotros no lo conocíamos". Y, efectivamente, así es.

Y la respuesta, naturalmente porque somos penalistas, es que cada uno de nosotros tiene un tratado escrito, un libro escrito, todos empezamos legitimando la pena con alguna teoría por regla general, y si no tenemos una teoría mezclamos varias y decimos que la pena sirve un poco para todo. Pero, en el fondo, cada día tenemos menos argumentos de legitimación de la pena en la forma en que la estamos manejando.

¿Por qué? Porque ha llegado el momento de decir la verdad: la pena no tiene fundamento racional; la pena es, en esencia, venganza. Claro, no lo podemos decir en un tratado de derecho penal, porque nuestro derecho penal es racional, y la venganza no lo es. Los únicos que lo dijeron claramente y lo dijeron porque renunciaban a toda racionalidad, fueron los penalistas del nazismo, hay que leerlos, hay que estudiarlos. Estoy haciendo eso actualmente, una investigación sobre el discurso de Freisler, que en un momento dice: "En el fondo lo que hay es expiación, venganza, no lo podemos explicar filosóficamente pero, qué importa, está viva en nosotros y mientras exista el pueblo alemán, existirá la venganza" ¿Más confesión?...

Claro que nosotros la ocultamos y decimos no. Bueno, ¡cuidado! Últimamente ya como faltan argumentos entonces se dice "prevención general positiva", el prestigio del sistema; y si tiene éxito, prestigia el sistema, pero la pregunta que sigue no la contestan, ¿y por qué prestigia al sistema? Porque satisface la venganza, claro, no cabe duda. Lo otro sería decir que prestigia el sistema porque la gente cree en la prevención general negativa. No, esto no se puede decir, si cree en la prevención general negativa es una estafa, y si funciona la prevención general negativa, entonces no inventen la positiva, manéjense con la negativa.

Bueno, sí, tiene eficacia porque satisface la venganza. Hemos llegado al momento de confesar la irracionalidad y lo único que queda como racional es un derecho penal que trate de pararla. Eso puede ser racional, pero el poder punitivo es muy difícil que pueda recuperar racionalidad.

Creo que el multiculturalismo, les decía hace un rato, desafía el concepto de culpabilidad, la Ministra de Angola lo ha planteado con toda claridad, no se puede reprochar a nadie que no haya ajustado su conducta a un valor que no pudo comprender, y no puede obligarse a nadie a comprender un valor que pertenece a otra cultura.

Comprender valores, nos decía claramente la profesora Sebastião es internalizarlos, la introyección o internalización de valores no es el simple

conocimiento de la prohibición, conozco la prohibición pero si no la puedo hacer parte de mi equipo psicológico, no la puedo incorporar a mi sistema de valores, nadie me puede reprochar que no adopte mi conducta a ese valor o a ese desvalor.

En este sentido, el Código de Perú hace rato siguió el camino que había surgido del error de prohibición culturalmente condicionado. Naturalmente, siempre están los objetores, salen otros y dicen: "bueno, pero si el antropófago se come a alguien en la calle". No, habrá alguna medida administrativa, en último caso, pero no tenemos antropófagos, por lo menos en América Latina no hay, no sé, ahí los uruguayos tienen el problema de si se comieron a Solís o no, cuando llegó a los Charrúas; pero si lo hicieron, mejor, miren lo que hicieron los mexicanos: lo invitaron a Tenochtitlán y estos se lo comieron.

Pero, desde ese momento, no hay casos de tal índole, entonces ¿dónde está la objeción o qué les molesta de eso? La propiedad. El concepto de propiedad que nosotros manejamos, las comunidades originarias no lo manejan, eso es lo que molesta, no nos llamemos a engaño. Por eso, creo que hay que defender el concepto más tradicional de culpabilidad y profundizarlo. No en vano nos llega algún discurso jurídico que dice: "no, hay que destruir ese concepto, la culpabilidad tiene que ser la medida de la necesidad de prevención general positiva".

La culpabilidad es la medida de lo necesario para prestigiar al sistema, jah, qué bien! Y cuando llego al nivel de la inimputabilidad ya la cosa es loca, es totalmente irracional. Dicen: "bueno como el loco no genera la necesidad de prevención positiva porque no demanda venganza —porque está loco—, entonces no hay ningún problema". Claro, entonces no me interesa si realmente está loco o no. Si está cuerdo, pero creen que está loco, no hay pena, porque no hay necesidad de prevención general positiva.

Ahora, si está loco y creen que está cuerdo, tiene que haber pena, porque entonces surge la necesidad de vindicación, esta es la consecuencia de la práctica de la teoría, por así decir. Por eso, creo que hay que profundizar el propio concepto tradicional de culpabilidad y aquí hay que tener cuidado con lo de "cultural", volvemos también a lo mismo, aunque no tengamos características étnicas tan diferenciadas.

Hay variables culturales, hay subculturas y, en nuestras sociedades estratificadas, hay algunas subculturas muy marcadas: "mi padre está preso",

"mi madre ejerce la prostitución", "en mi barrio todo el mundo roba, y al que no roba, lo tratan de afeminado", entre otras. ¿Será una cultura que reduce el ámbito de determinación? Me parece que sí, y son variables de nuestra cultura, son variables que encontramos en nuestras concentraciones urbanas.

Creo que el multiculturalismo, el pluriculturalismo, incluso las variables subculturales que tenemos en nuestras propias sociedades son un desafío al concepto de culpabilidad, y creo que los tenemos que manejar prudente y adecuadamente dentro del concepto tradicional de culpabilidad.

El derecho penal del sur debe ser realista, de lo contrario estamos pedidos. Si no somos realistas, si no manejamos estas realidades y estos niveles de reproche, nos vamos convirtiendo en cómplices del control social represivo de los sectores hegemónicos y ese control social represivo es letal, es mortífero. Hasta que llegue un punto en que se convierta directamente en un crimen de Estado.

Estuve escuchando en esta mesa discutir y disputar acerca del concepto de genocidio, el concepto jurídico de genocidio y no subestimo los esfuerzos en individualizar el concepto, pero desde la perspectiva del penalista, no puedo dejar de observar que hay una cantidad de homicidios de Estado que son masivos, que en su extremo pueden configurar la *Shoah*, sí, pero que también se suelen cometer por goteo, día a día.

Se comete con escuadrones de la muerte, se comete con ejecuciones sin proceso, con muertes en motines o masques carcelarias, con torturas en las que se le fue la mano, con supresión de testigos inoportunos, etcétera, algo que un día llamamos "las muertes anunciadas del sistema penal".

El penalista del sur no ejerce el poder punitivo pero debe teorizar para enseñarles a sus jueces que también hay penas ilícitas que se cumplen, hay penas ilícitas que se ejecutan y que las debe tomar en cuenta a la hora de imponerle una pena lícita, sí, esto en el norte no se plantea por reglas generales. Nos guste o no nos guste, tenemos un sistema penal violento, tenemos torturas, no nos podemos conformar diciendo: "No, como no tenemos tortura sistemática, la tortura no existe". No, existe, quizás no sistemáticamente pero existe, hay tortura, hay malos tratos, hay cárceles superpobladas donde se producen motines en los cuales muere gente, donde otros resultan lesionados, donde otro pierde un órgano o queda tuerto, donde se contagian enfermedades, etcétera.

Todas estas son penas. Penas ilícitas, sí, penas prohibidas, sí, pero penas al fin. Hay penas prohibidas y penas no prohibidas, estas son penas prohibidas. Bueno, cuando se ejecutó la pena prohibida, a la hora de imponerle la pena lícita se la tengo que descontar; de lo contrario, vuelvo al Hegel de hace un rato, el elefante en la mitad de la calle, lo prohibido no existe. No, lo prohibido existe y existió y hay que tenerlo en cuenta, por lo menos a la hora de imponer la pena lícita. Ahora, si hay que absolverlo mala suerte, porque ahí no se le puede dar un cheque en blanco para la próxima.

Estas son algunas realidades y algunos problemas que nos plantea el poder punitivo del sur. Podría decir otros más, creo que el pluriculturalismo, tal cual lo planteó la profesora Sebastião, es un hermoso tema para cerrar este congreso, creo que nos enfrenta a aceptar esa culpabilidad tan discutida como elemento propio del derecho penal, porque en los demás elementos del delito, del derecho penal, en los demás caracteres del delito nos ayuda el derecho civil, pero cuando llegamos a la culpabilidad ese es propiamente nuestro, ahí patinamos, ahí es donde realmente nos disolvemos. Bueno, ese elemento que es la culpabilidad, ese reproche jurídico penal sufre un enorme desafío con el pluralismo cultural, pero creo que si lo profundizamos en su sentido originario tradicional, no tratando de esconderlo, o de cambiarlo, escamotearlo por otra cosa, también de ahí podemos sacar las distintas soluciones.

De esta manera, retomo lo que decía el Ministro de Justicia de la Nación, el Dr. Alak sobre el proceso de democratización y de dinamización de la sociedad. El derecho penal no va a dinamizar la sociedad, no. La criminología nos puede explicar los procesos, cómo se van dando, cómo opera el poder punitivo para parar la dinámica democratizadora, la lucha de nuestros pueblos, sí. El derecho penal no va a impulsar ninguna democratización, tengámoslo claro, pero sí tiene una función fundamental y básica, que es la de contener las fuerzas que impiden la democratización y, por ende, la de posibilitar y garantizar el espacio de dinamización social de nuestros pueblos.

Muchísimas gracias nuevamente a todos, muchísimas gracias al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, particularmente a la Secretaría de Justicia de la Nación, y muchísimas gracias a mi equipo, sin ellos esto no se hubiera podido hacer, gracias a todos, hasta siempre.



Palabras de cierre



JULIO ALAK⁽¹⁾



Cuando venía para esta queridísima Universidad de La Matanza, leyendo algunas palabras para exponer en este acto de clausura, también venía pensando cómo referirme a los concurrentes, especialmente al panel de asistentes; y les voy a contar una anécdota: me vino a la memoria la primera vez que hablé con el actual Papa —por teléfono—, cuando aún estaba aquí en Argentina y le pregunté cómo dirigirme a él, si como “Monseñor” o como “Arzobispo de Buenos Aires” o “Cardenal”, y el entonces Arzobispo de Buenos Aires, actual Papa, me dijo: “No me llame ni ‘Monseñor’, ni ‘Arzobispo’ ni ‘Cardenal’; dígame ‘Padre’, porque esos tres cargos no figuran en la Biblia”.

Y cuando estaba pensando en referirme a Raúl pensaba si dirigirme a él como ministro de la Corte o como especialista destacadísimo a nivel internacional de derecho penal o como profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires o como Secretario de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal; y pensé en denominarlo de otra manera, como “Maestro”, porque el aporte de E. Raúl Zaffaroni —el que hizo, el que está haciendo, y el que hará—, seguramente trasciende el derecho penal y la criminología, porque con su lucha, con su obra y con su ejemplo se ha convertido en una de las referencias y guías más importantes del progreso social argentino. Así que en primer lugar le diría: querido maestro E. Raúl Zaffaroni, gracias por darnos la oportunidad de participar en este encuentro.

Querida magistrada del Tribunal Superior Constitucional de Angola, doña Lucía Sebastião; querido rector de la Universidad de La Matanza, que siempre nos da la posibilidad de utilizar estas instalaciones para el

(1) Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El presente texto refleja la transcripción de la exposición realizada por el Ministro en el Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, celebrado en la Universidad de La Matanza, durante los días 5, 6 y 7 de noviembre de 2013.

Ministerio de Justicia y para encuentros vinculados a la justicia, Eduardo Martínez; querido vicerrector de la Universidad Nacional de La Matanza, Víctor Nicoletti; señores legisladores y autoridades nacionales y provinciales; señores integrantes del Poder Judicial nacional y provincial; y señores especialistas destacados en el derecho penal del ámbito nacional e internacional que nos acompañaron en este Congreso. Quiero, en primer lugar, expresar mi más amplio reconocimiento y mis felicitaciones a todos quienes participaron en la organización de este II Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología que se ha desarrollado durante tres productivas jornadas, en especial a todo el equipo de E. Raúl Zaffaroni que ha hecho un encomiable esfuerzo en pos del éxito de este encuentro. También quiero reconocer el esfuerzo que ha hecho el Secretario de Justicia de la Nación, Julián Álvarez, que no está aquí presente pero que ha trabajado mucho para que esto se pueda realizar.

Quiero compartir con todos los presentes algunos números de este evento que son destacables, tanto en magnitud como en transcendencia. Durante estos tres días de actividad se han desarrollado 13 mesas de disertación y discusión organizadas en cinco ejes temáticos; quiero agradecer especialmente a los 30 destacados juristas de la región latinoamericana que han hecho el esfuerzo de trasladarse hacia Argentina y a los reconocidos académicos de nuestro país por haber comprometido, una vez más, su presencia; y me tomo otra licencia: quiero agradecer la presencia de Elías Carranza, titular del ILANUD quien siempre, pese a tener la responsabilidad de conducir ese órgano tan trascendente de Naciones Unidas, no se olvida de las actividades de su país y realiza aportes importantísimos para el desarrollo del derecho penal y la criminología.

Quiero resaltar un hecho que no siempre se da en este tipo de encuentros: la intervención de 10 instituciones organizadores y auspiciantes, entre las cuales hay dos de nuestras más importantes universidades del conurbano bonaerense, dos organizaciones civiles, cuatro organismos de gobierno y dos áreas de servicios públicos, todo lo cual muestra la amplitud de la convocatoria y la extensión del compromiso asumido en estas temáticas. Y, en especial, hay que destacar un aspecto fundamental, sin el cual todo el resto pierde sentido: la participación de miles de asistentes a estas jornadas entre profesionales judiciales, estudiantes y público en general, que estuvieron aquí en La Matanza.

Cada vez que asistimos a congresos de esta naturaleza conviene recordar aquellos largos años de aislamiento en que las autoridades de nuestros estados latinoamericanos buscaban apoyo fuera de nuestra región, generalmente en perjuicio de los intereses de nuestros ciudadanos. En el último tiempo son cada día más los foros, instancias y encuentros que convocan a autoridades, especialistas y referentes de nuestra región latinoamericana; y no se trata solo de reuniones protocolares, vacías de contenido o producto de circunstancias geográficas, sino de verdaderas empresas conjuntas que parten de la conciencia de que nuestras sociedades tienen una historia común y realidades compartidas. Mañana, por ejemplo, se reúnen en Venezuela los Ministros de Justicia y de seguridad de toda Sudamérica para debatir sobre temas que son parte de este Congreso, y trataremos de hacerles llegar, a quienes representan a nuestro país en ese encuentro, las conclusiones de los temas que el Congreso de Ministros de Justicia en Venezuela va a tratar y que se han tratado en esta reunión.

Esa sinergia entre los Ministerios de Justicia de la UNASUR y del MERCOSUR ha permitido que muchas experiencias de nuestro país y de otros puedan ser desarrolladas generosamente entre todos. Quiero destacar también que el motor de este cambio fue, para nuestro país, el rechazo al intento del Norte por instaurar en la región un Área del Libre Comercio de las Américas, el ALCA, la cual por estos días cumple el octavo aniversario. Desde entonces, desde esa decisión soberana de los países de Sudamérica de rechazar el ALCA como instrumento de funcionamiento, empezaron a surgir en las sociedades latinoamericanas notables avances diseñados por latinoamericanos.

Es así como nuestras sociedades tienen el convencimiento de que toda diferencia debemos resolverla en conjunto y que nuestro deber es seguir alimentando la confianza necesaria para compartir información y problemáticas con el propósito de proyectar acciones y estrategias de mutuo beneficio. Por eso merece destacarse el empeño puesto por los organizadores del evento y los disertantes en dar a los temas tratados una perspectiva regional con enfoque en los aspectos de interés común.

Estas jornadas nos han permitido compartir experiencias que refuerzan nuestra convicción acerca de la urgencia de encarar reformas integrales en materia penal y procesal penal como pasos ineludibles para la racionalización y adecuación de nuestros marcos normativos, así como la agilización y fortalecimiento de nuestro sistema de justicia —tarea a la que estamos

abocados—. En esto también quiero destacar el esfuerzo que está haciendo el Dr. Zaffaroni por lograr que en Argentina volvamos a tener un Código Penal y no un antiguo Código Penal, que fue un aporte muy trascendente a la criminología argentina, pero, como dijo el Dr. Zaffaroni, más de mil modificaciones ya han convertido en inexistente la codificación. Y es importante destacar el esfuerzo que está haciendo el Dr. Zaffaroni en que los argentinos volvamos a tener un Código Penal, en breve.

También nos parece importante destacar en este encuentro los significativos avances que el Estado argentino ha logrado en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad perpetrados en el marco del terrorismo de Estado, los que han golpeado a toda nuestra región y han sido abordados con detenimiento en este encuentro con el objeto de promover su investigación en el resto de los países que aún no lo han hecho. Nuestra experiencia debe servir para poner en aviso que cuando median poderes o intereses fuertemente arraigados la justicia nunca llega sola, sino en virtud de una férrea, innovadora y persistente voluntad realizadora.

Y a propósito de este esfuerzo que cada uno de nosotros debe hacer desde el lugar que ocupa, quisiera aprovechar esta oportunidad para hacer hincapié en algunos aspectos de posible interés para nuestra actividad en el futuro inmediato. En primer lugar, el de la democratización de la justicia y también la democratización plena de todos los poderes del Estado. Recuerdo el monumental acto que organizamos hace seis meses atrás en esta misma Universidad, que estuvo siempre abierta a las discusiones que nuestro pueblo necesita cuando se presentaron y ofrecieron a discusión las iniciativas que el Poder Ejecutivo Nacional enviara al Congreso de la Nación para lograr este objetivo.

Estos seis meses nos han permitido confirmar lo que ya sabíamos: la extrema dificultad por transformar nuestro sistema de justicia y la fuerte resistencia de sectores que pretenden hacer prevalecer los privilegios y el corporativismo por sobre los principios democráticos y los intereses de la comunidad; aun con los impedimentos y obstáculos que se han ido registrando debemos celebrar los significativos avances que en los últimos años hemos ido dando como gobierno y como sociedad por abrir y transparentar la justicia.

Ese contenido no es de exclusivo interés del gobierno nacional; así como contamos con la lucha de organismos y asociaciones para impulsar políticas dirigidas al juzgamiento de los delitos más aberrantes, también la

transformación del servicio de justicia hace a la realización de los intereses de toda la sociedad que recurre a ese órgano en procura de hacer efectivos sus derechos. A su vez, disponemos hoy también, como saldo de esa discusión pública, un interesante espacio de discusión y disputa que ha surgido en el interior mismo del Poder Judicial, del cual han asistido destacados y muy valiosos representantes a estas jornadas.

Esta lucha por la profundización de la democratización de los tres Poderes del Estado —y en especial en este caso último del Poder Judicial— debe verse no como acto, sino como proceso. Si uno ve la historia nacional y advierte que en 1853 se sancionó la Constitución Nacional y que desde entonces comenzó una lucha no escuchada y negada por los poderes económicos, que fue simplemente la lucha por el voto universal y secreto y que tardamos 37 años en que en la Plaza Lavalle se reúnan los civiles que querían este logro, convocados por Leandro N. Alem y por Hipólito Yrigoyen —y que hicieron la “Revolución del Parque”—, fueron 37 años para que se instalara el tema y a partir de entonces, otros casi 30 años para que en 1916 el pueblo argentino pudiera votar en forma democrática, secreta y universal con la Ley Sáenz Peña, pero solo lograda luego de haber transitado con su prosélitos por el desierto de la incomprensión.

También sabemos que en esa época empezaron las mujeres anarquistas, socialistas y comunistas que venían de Europa o que traían el pensamiento europeo para lograr que la mujer pueda votar. Ahí apareció Alicia Moreau de Justo y una serie de mujeres que empezaron a sostener la necesidad de que la mujer vote: también el poder económico decía que la mujer no estaba preparada para votar, también el poder económico sostenía que la mujer no estaba preparada fisiológicamente; incluso, sostenían algunos legisladores que expresaban el poder económico entonces, que esa posibilidad iba a destruir a la familia y que, además, la mujer, quizás, votaría al candidato más buenmozo de entonces, por lo que se encontraba incapacitada para votar.

¿Cuánto duró esa lucha que iniciaron Alicia Moreau y otras mujeres en 1920? Duró otros casi 30 años para que, finalmente en 1949, Eva Perón pudiera lograr el voto femenino en Argentina. Pero la consolidación democrática tampoco se logró ahí, porque el poder económico logró también convencer a las Fuerzas Armadas que tenían que salir a derribar a los gobiernos populares, a dar golpes de Estado o a “revoluciones” como se decía antes, para terminar luego con la dictadura más sangrienta que masacró 30 mil argentinos desde 1976 a 1983.

Tuvieron que iniciarse los juicios de lesa humanidad para probar la criminalidad de los autores de esa masacre, para que en Argentina ya definitivamente podamos tener democracia plena en la que voten todos en forma secreta, también las mujeres y para que las dictaduras militares no condicionen al pueblo. Pero igualmente sabemos que los condicionamientos son más sofisticados y el poder económico promueve, en muchas circunstancias, que a los gobiernos se los condicione desde la concentración mediática y estos son los nuevos desafíos de estos momentos.

Quiero citar, por último, más allá del inmenso valor de este encuentro, la visión que los grupos económicos tienen de cómo frenar a las mayorías populares y evitar que las transformaciones sociales se puedan establecer rápidamente. Me quiero referir también a un hecho lamentablemente pintoresco en una reunión de jueces, empresarios de medios concentrados de comunicación de Latinoamérica y representantes de la Cámara de Representantes de Estados Unidos, en una reunión celebrada en Miami, cuando una representante de esa Cámara dijo claramente: "Es importante que empresarios de la comunicación y jueces luchen para evitar el avance del populismo en Latinoamérica, ya que cuando el populismo logra acceder al control de uno de los poderes, el Poder Ejecutivo, traten de que no se construyan mayorías en el Poder Legislativo, y que cuando ese movimiento popular logra una mayoría en el Poder Legislativo, sea la justicia y los medios masivos de comunicación quienes puedan limitar a los populismos".

Esta declaración hecha pública en mayo del año 2012 creo que demuestra por qué esa dialéctica entre poder económico y poder democrático, esa dialéctica entre necesidad de transformar las estructuras institucionales y los sistemas judiciales en Latinoamérica no ha sido fácil y que la lucha por conseguir un modelo de soberanía nacional, popular y democrática sigue siendo un desafío permanente del campo nacional y popular. Muchas gracias.



Este libro con una tirada de 3000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en noviembre de 2014.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar