

# Friedrich Spee: de la caza de brujas al moderno derecho penal\*

*Eugenio R. Zaffaroni*\*\*

*Guido L. Croxatto*\*\*\*

## Resumen

En el presente trabajo buscamos indagar en la figura y en la obra de Friedrich Spee, un poeta jesuita que da inicio, con sus críticas a la caza de brujas, a lo que hoy llamamos criminología crítica. En especial, nos interesa analizar su trabajo *Cautio Criminalis*, en el cual cuestiona duramente los juicios por brujería y la aplicación de la tortura. También buscamos analizar históricamente la evolución del Derecho Penal, mostrando la forma en que el mismo se fue constituyendo como una disciplina autónoma. Finalmente, se analizan los procesos de tecnificación del Derecho (no solo penal) como parte de un proceso que no es ajeno a la forma en que se plantea la enseñanza del Derecho en las aulas, que se aleja de modo creciente de disciplinas como la filosofía y la historia del derecho, centrando el análisis jurídico en modelos económicos y técnicos. En este sentido, se plantea un camino alternativo, crítico de la tecnificación del Derecho, que aspira a recuperar, en la

\* El presente texto fue presentado bajo el título “Friedrich Spee: Von der Hexenjagd zum modernen Strafrecht” por los autores en una conferencia conjunta en el Max Planck Institut de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional de la ciudad de Friburgo, Alemania, el 10 de julio de 2017. La presente versión fue revisada y ampliada por los autores para su publicación.

\*\* Profesor Emérito de Derecho Penal (UBA) y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

\*\*\* LL.M. (FU-Berlín), CONICET, Doctor en Derecho Penal. (UBA) Profesor visitante de Derecho Constitucional en la Freie Universität, Berlín. Investigador asociado del Centro de Estudios sobre Genocidio (UNTREF, Argentina).

línea trazada por Martha Nussbaum, el valor de las humanidades. Siguiendo el modelo de figuras como Spee, se recupera la importancia de la literatura en general y de la poesía en concreto, para humanizar el Derecho Penal, generando una enseñanza (y una práctica) más humana y humanizada del mismo.

Palabras clave: Spee, caza de brujas, tortura, Derecho Penal, tecnificación, Humanismo.

## **Friedrich Spee: from the Witch Hunt to Modern Criminal Law**

### **Abstract**

This paper intends to enquire into the person and work of Friedrich Spee, a Jesuit poet who starts, by means of his criticism of the witch hunt, what we now call critical criminology. We are interested in analysing his work *Cautio Criminalis*, in which questions harshly the witch hunt and the use of torture. We further intend to historically analyse the evolution of Criminal Law, showing how it has become an autonomous discipline. Finally, the technification of the (not only criminal) law process is analysed as part of a process related to the way Law teaching is taught, which increasingly pulls away from disciplines such as philosophy and legal history, the legal analysis being focused on economic and technical models. In this respect, there is an alternative path, critical of the technification of the Law, which intends to recover, in the line drawn by Martha Nussbaum, the value of humanities. Following the model of people like Spee, the importance of literature, in general, and of poetry, in particular, is recovered to humanise Criminal Law, thus generating a more humane and humanised teaching (and practice) thereof.

Keywords: Spee, Witch Hunt, Torture, Criminal Law, Technification, Humanism.

## I. La Historia en el Derecho Penal

En los últimos tiempos, la historia del derecho penal ha llamado la atención como campo disciplinar y ha dado lugar a nuevos estudios,<sup>1</sup> aunque muchas veces parece dar lugar a una especialidad separada del derecho penal mismo, que se presenta cada vez como más ahistórico, como una disciplina técnica y “neutral”, es decir, sin historia. Parte de este esfuerzo (de marginación creciente de disciplinas académicas como la filosofía del derecho y la historia del derecho, dos campos críticos que se marginan de los programas de estudio de abogacía de modo creciente y se presentan, a lo sumo, como “especializaciones” separadas)<sup>2</sup> parece orientado por la vieja ambición de estudio científico (idealista), que pretende despojar al derecho de toda procedencia (de toda mácula) histórico-política, presentándolo de este modo como una “ciencia pura”.<sup>3</sup>

1. Muchos enfocados –casi exclusivamente– en la historia de las prisiones.

2. No hace falta insistir demasiado sobre la importancia de disciplinas como Historia del Derecho en la formación crítica de los abogados. Sin embargo, y siempre en aras de una supuesta mayor “practicidad” de los estudios (trasladando esos contenidos a programas de posgrado, como si configuraran en rigor un complemento accesorio a la formación de los abogados, y no un aspecto central, crucial, de su disciplina), se margina estos contenidos, generando de este modo abogados que desconocen la historia del Derecho y la filosofía que transitó y marcó a su disciplina. La tecnificación de la enseñanza del Derecho es parte del fenómeno de tecnificación creciente de la labor de los abogados. El abogado, de este modo, es formado como un *tecnócrata*, como un profesional que maneja (de modo aséptico) un instrumento (sin historia política), es decir, una técnica. Esto redundando en una deshumanización creciente de la disciplina, deshumanizando de ese modo las prácticas a las que da lugar y el Derecho analiza y a las cuales otorga legitimación. La pérdida de espacio de la Filosofía del Derecho en las aulas de abogacía no es un fenómeno exclusivo de América Latina: se trata de un fenómeno de tecnificación global de los saberes, que alcanza (esta tecnificación creciente del saber jurídico alcanza) incluso a una de las cunas de la filosofía jurídica: Alemania. (Al respecto, pueden verse los informes de las Academias alemanas, alertando sobre la pérdida de interés en disciplinas como la filosofía jurídica, un desinterés que solo en parte se explica por el hecho práctico de que los exámenes de Estado, que los estudiantes deben rendir sobre el final de sus estudios, carecen de preguntas sobre filosofía jurídica).

3. En parte este déficit de los estudios sobre el Derecho (el desapego con el realismo y con los estudios de historia) se vincula a otro defecto de la filosofía legal: el idealismo. “En los

También es funcional a la progresiva tecnificación (en aras de una supuesta mayor eficiencia pedagógica y funcional no demostrada) de los saberes sociales, proceso del que el Derecho, por desgracia, no es ajeno.<sup>4</sup> El Derecho –todo derecho– tiene una historia y tiene un origen cultural y político concreto. Esa historia no siempre es simple, o grata, pero conocerla resulta indispensable.<sup>5</sup>

Para el derecho penal los hechos históricos parecen solo antecedentes, reservados a curiosos investigadores de libros viejos, mientras que el derecho penal se ocupa de cosas que siempre son novedades, problemas e ideas actuales.

Aunque los penalistas se desilusionen mucho, lo cierto es que esto es falso. Si suprimimos los lenguajes, las modas académicas y los contextos culturales y políticos, y nos quedamos con las estructuras básicas del pensamiento, veremos que nada nuevo aparece en las ciencias penales, por lo menos desde hace cuatro siglos y que, aún más, las otras estructuras del pensamiento penal se remontan hasta hace casi un milenio, cuando no más. Hemos avanzado muy poco, aunque no nos guste (y es lógico que no nos

últimos años se publicaron varias obras generales que tienden a elaborar el derecho penal con base preferente en la jurisprudencia y con menos referencias doctrinarias e históricas. A América Latina nos llegó esta última variable, porque es poco viable en países que carecen de un cuerpo de jurisprudencia tan sólido como el condicionado por la estructura constitucional alemana. Esta manualística más reciente parece compatibilizarse con la formación de juristas *prácticos*, exigida en Europa por el llamado Plan Bologna, que tiende a suprimir toda formación sociológica, filosófica e histórica en el entrenamiento de los operadores del sistema jurídico. El objetivo pareciera ser la formación de una masa de procuradores o tramitadores técnicos y, por otro lado, una elite de pocos, dedicados a pensar el derecho en sus cubículos universitarios. En síntesis, puede afirmarse que la característica común a todo el postfinalismo consiste en una vuelta al idealismo y, en particular, un rechazo frontal hacia el realismo de las estructuras lógico-reales de Welzel, de las que casi nadie habla desde hace años” (Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, pp. 70-71. Véase también Cap. X. La asepsia política como discurso importado).

4. Nussbaum, M., *Not For Profit: Why Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, 2010.

5. Todo Derecho emerge, como recordaba Ihering, de una lucha. Y estas luchas y movimientos son culturales y políticos, están más cerca del barro que de la límpida abstracción, están más cerca de la práctica que de la teoría.

guste en modo alguno, porque lastima nuestra vanidad de teóricos y “cientistas” sociales) reconocerlo.

En efecto: si pensamos en el retribucionismo, veremos que atraviesa toda la historia del derecho penal, con diversas explicaciones. La retribución de la culpabilidad la encontramos en los primeros penalistas, en los glosadores, en los prácticos, con argumentos tomados de los filósofos griegos, y también lo encontramos en los contractualistas del iluminismo y del liberalismo penal.

Si pensamos en la peligrosidad, lejos de creer que fue una creación del positivismo del siglo XIX, lo cierto es que fue la teoría de los demonólogos, como también debemos reconocer o asumir que ellos fueron los primeros criminólogos de la criminología etiológica, incluso con base biológica, como lo muestra la lectura de su síntesis en el Martillo de las Brujas de Krämer o de Sprenger y Krämer.

Para la misoginia de la época, las mujeres eran menos inteligentes que los hombres y, por lo tanto, conforme al retribucionismo, debían ser menos penadas que los hombres (menos dignas del castigo), pero para los inquisidores de la caza de brujas, debían ser más penadas, solo porque eran peligrosas.

Si pensamos en un derecho penal de medidas de seguridad, lo hallamos en el siglo XVI, con Johann Wier, el médico discípulo de Agrippa, quien afirmaba que las brujas eran enfermas melancólicas y que debían ser quitadas de las manos de los inquisidores y jueces y dejadas en las de los médicos, para su adecuado tratamiento.

La reacción contra la tesis de Wier no se hizo esperar, y fue uno de los creadores del concepto de soberanía quien se ocupó de denostar a Wier: Jean Bodin. Bodin afirmaba que las brujas debían ser materia del Estado, porque el rey era el defensor de la religión. Con esto estatizaba el bien jurídico que supuestamente lesionaban las brujas, en una forma que es completamente análoga a la del fascismo italiano: todos los bienes jurídicos son estatales, el delincuente lesiona al Estado.

Si pensamos que la idea de la *Volksgemeinschaft* y el consiguiente *Willensstrafrecht* son una invención del nazismo, también estamos equivocados. Basta leer el *Formicarius* de Johannes Nieder, del siglo XV (escrito durante el Concilio de Basilea), con su concepción de la sociedad como hormiguero, donde cada individuo tiene biológicamente condicionada su conducta, para comprender que su concepto de sociedad, y la correspondiente

función depuradora de la degeneración asignada al derecho penal, tienen seiscientos años de venerable antigüedad.<sup>6</sup>

Si pensamos que a lo largo de los mil años de historia del derecho penal hubo “emergencias” que legitimaron discursivamente las peores atrocidades del poder punitivo, veremos que este fenómeno tampoco es nada nuevo: los herejes, las brujas, los traidores, la sífilis, el alcoholismo, las drogas, los burgueses, el comunismo internacional hasta llegar al terrorismo, son emergencias que han surgido y pasado, que justificaron la creación de enemigos y que dieron lugar a un uso genocida del derecho penal. A un poder estatal sin restricciones que conculca muchas veces los mismos derechos y garantías que dice defender.

Nunca el derecho penal nos libró de ninguna de estas emergencias: se disolvieron y dejaron de ser emergencias, o se resolvieron por otros medios, o bien nadie las ha resuelto hasta el presente.

Ninguna de estas ideas troncales es nueva en el derecho penal, sino que hasta el presente nos limitamos a reproducir y discutir todas ellas. En síntesis: si acercamos un poco más el derecho penal a la historia, veremos que llevamos siglos discutiendo en base a las mismas ideas troncales. Veremos también que los debates no son nada originales, se repiten, cambiando meramente los actores de la discusión.<sup>7</sup>

6. El historiador Raul Hilberg muestra en sus trabajos lo poco “original” que fue el nazismo en sus doctrinas y muchas de sus acciones. Hilberg entiende que lo único verdaderamente “original” del nazismo fue la forma de implementar un plan sistemático: las cámaras de gas. Esa fue, según Hilberg, su única “invención”, una invención de orden técnico más que teórica.

7. Puede pensarse que las críticas o tensiones entre el constitucionalismo garantista (positivista) de Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo principalista (no positivista) de Robert Alexy expresan una contradicción que ya tenía lugar siglos antes, cuando Kant (a quien sigue Alexy en Alemania) era cuestionado duramente por Paul Anselm von Feuerbach, un liberal, padre del principio de legalidad penal moderno (cuyo pensamiento es seguido de cerca por Ferrajoli, crítico de Alexy, que defiende el positivismo jurídico como método a seguir por el constitucionalismo garantista: el mayor apegado a la legalidad con sus garantías, pasando de la legalidad estricta a la legalidad sustancial, en los actuales Estados Constitucionales de Derecho). Este caso concreto de la doctrina constitucional contemporánea es solo un ejemplo que puede replicarse en la dogmática penal y en otras áreas del Derecho. La falta de formación o perspectiva histórica nos hace perder de vista muchas veces, precisamente, la forma en que se repiten debates y

No obstante, pareciera que en las ciencias penales se produjo una novedad en el último medio siglo, que fue la criminología de la reacción social, en todas sus variantes, desde las versiones del interaccionismo simbólico y la fenomenología hasta las posiciones más extremas de la criminología llamada radical.

Sin embargo, esto no es más que otro error de la general tendencia a ignorar la historia. A decir verdad, el primer criminólogo crítico fue el jesuita Spee con las dos ediciones de su *Cautio Criminalis* en 1629 y 1631.

La vida de Spee es realmente sorprendente y mucho más lo es la fuerza con que sostuvo sus principios, un siglo y medio antes del Iluminismo y sin el contexto en que el Iluminismo surgió. Spee no tenía el apoyo de una burguesía en ascenso y en progresiva confrontación con la nobleza y el clero de su tiempo, sino que se manifestó justamente solo y en contra de todos los poderosos de su tiempo.

Friedrich Spee es injustamente olvidado no solo por el penalismo, sino incluso por la propia Iglesia Católica y hasta por su Orden. Christian Thomasius lo rescató del olvido casi setenta años después de su muerte y hasta hoy no está suficientemente estudiado por los penalistas ni por los criminólogos.

Hace unos años nos interesamos en las teorías etiológicas y peligrosistas de los demonólogos, y Antonio Beristain Ipiña, profesor de San Sebastián, me indicó la necesidad de prestar atención a esta figura histórica y a su *Cautio Criminalis*. Nos propusimos publicar la traducción castellana de esa obra y al preparar el estudio preliminar fuimos descubriendo la extraordinaria personalidad de Friedrich Spee y la importancia de su obra pionera.

Spee no fue un jurista, sino un jesuita poeta y teólogo. Su obra poética es el *Trutz-Nachtigal* y la obra teológica que se conserva es el *Güldenens Tugend-Buch*, escrito por mujeres y a pedido de mujeres. No es un dato menor su afición por la poesía. Han sido no pocos los poetas dedicados luego a pensar críticamente el derecho de su época, dejando sobre todo sus arbitrariedades e injusticias sobre la mesa. La sensibilidad del poeta es mayor, muchas veces, que la del abogado o jurista.

tensiones doctrinarias que ya tuvieron lugar en el pasado. La historia, precisamente, la historia política y práctica, podría ser el campo de acción donde estas tensiones políticas, ideológicas y conceptuales muchas veces se dirimen y resuelven. Conocerla es una forma de no repetir equivocaciones.

Ninguna de estas obras se publicó en vida del autor. Por las vicisitudes de la vida fue destinado a confesar a las supuestas brujas que serían quemadas y su sensibilidad de poeta, de teólogo y de cristiano le llevó a denunciar ese crimen de Estado. Según algunos datos, parece que incluso esta experiencia dolorosa lo envejeció físicamente.

Se trataba de un crimen de Estado, porque la inquisición contra la que escribía Spee no era la eclesiástica, sino que en ese tiempo las brujas eran quemadas en Alemania por orden de los tribunales y jueces laicos, dependientes de los príncipes, en función de la *Constitutio Criminalis Carolina*.

Cabe hacer notar que esta inquisición estatal mató a muchas más mujeres que la inquisición eclesiástica de la Edad Media. ¿Cuál es la razón para sostener que Spee fue el primer criminólogo crítico? Responder a esta pregunta es importante, porque en caso afirmativo se cerraría el círculo de las estructuras de pensamiento con que hoy discutimos y se verificaría que ninguna de ellas es nueva, sino que nos manejamos con estructuras de pensamiento que han aparecido entre seiscientos y mil años antes que nosotros. Nuestra respuesta a la anterior pregunta es decididamente positiva, para lo cual nos basamos en la metodología del trabajo de Spee.

Algunos comentaristas de su obra pretendieron minimizar su importancia porque Spee no negaba frontalmente la existencia de las brujas: Spee decía que daba por cierta su existencia, solo que él no había conocido a ninguna bruja. Lejos de ser un demérito, creemos que justamente esto es lo que le otorga el carácter de criminólogo crítico. Efectivamente, al igual que la criminología crítica del siglo pasado, Spee no entra en la discusión acerca de la existencia y poderes de las brujas y de Satán, no se pregunta si los aquéllas son reales o ensoñaciones, si las brujas pueden mover objetos o personas, etc., es decir, que no se ocupa de nada de lo que estudiaban y discutían los demonólogos como criminólogos etiológicos de su época.

Spee dejó totalmente al margen esa discusión, para centrarse en el funcionamiento real del sistema penal, o sea que, el llamado giro copernicano de la criminología de la segunda mitad del siglo pasado, el famoso cambio de paradigma criminológico, no fue originario de nuestra época reciente, sino que lo había protagonizado Spee hace casi cuatrocientos años.

En este libro se expresa respecto de los diferentes segmentos del sistema penal inquisitorial de su tiempo en forma extremadamente descarnada. No hay segmento sobre el cual no caiga su crítica ácida y fuerte: los príncipes que descargan la tarea en los funcionarios, los inquisidores que se enrique-

cen, los verdugos que son delincuentes sexuales, los teóricos que escriben libros repitiendo y dando por ciertas las versiones extraídas por tortura y con preguntas que sugerían las respuestas, los predicadores que repetían desde los púlpitos los mismos discursos, los confesores borrachines que se aliaban a jueces e inquisidores, las órdenes religiosas que escogían semejantes confesores, la venta de protección mafiosa por parte de inquisidores, etc.

Si bien hubo alguna criminología de la reacción social del siglo pasado a la que se le imputó no llegar hasta los escalones más altos (“top dogs” decían), la crítica de Spee es mucho más avanzada, porque no deja fuera de su crítica a nadie, ni ahorra críticas a los *top dogs*.

De este modo, concluye Spee que cualquier persona sería condenada por brujería con semejante sistema, que daba por resultado un crimen tan atroz que lo compara sin titubear con los cometidos por Nerón en la persecución de los cristianos.

Justamente, aquí está la metodología de la criminología de la reacción social: no entrar a las discusiones teóricas del derecho penal, sino centrar la atención en el funcionamiento real del sistema penal. En este sentido, Spee fue un sociólogo del sistema penal, y si de vez en cuando se introduce en las afirmaciones de juristas, lo hace para regodearse en sus contradicciones, invocando siempre la “razón”. Por supuesto que no es la razón del racionalismo posterior, pero algo intuitivo hay en su casi obsesiva invocación de la razón a lo largo de todo su texto.

¿Fue Spee un precursor del Iluminismo penal? ¿Se adelantó a Beccaria, a Sonnenfelds, Hommel, Verri, Lardizábal o Melo Freire? En algún sentido lo fue, porque, en definitiva, las exigencias de Spee respecto del proceso penal no son diferentes a las que exigiría luego Beccaria, pero eso es consecuencia de su propio método de criminología crítica centrada en la reacción social. No olvidemos que los criminólogos críticos del siglo pasado niegan que la criminología haya nacido con Lombroso y fijan su nacimiento en la crítica iluminista y liberal. Con la lectura de la obra de Spee, el origen de la criminología de la reacción social y de sus demás variables críticas se debe poner más atrás: justamente en la *Cautio Criminalis* de Spee.

Sin embargo, justo es destacar que Spee fue sin duda un antecedente importante del Iluminismo, no solo penal, sino incluso jurídico en general, que suele pasarse por alto.

Es menester leer detenida y cuidadosamente lo que Spee escribe cuando se refiere a los confesores y, especialmente, cuando les advierte que son

mediadores entre la persona y Dios y no entre la persona y el juez. Justamente, lo que está haciendo con esta advertencia es nada menos que marcar la separación entre la esfera moral y la jurídica, entre la moral y el derecho, entre el pecado y el delito.

Este será el gran empeño de Christian Thomasius y de todos los que le siguieron por el camino de la razón, incluyendo a Kant y a Paul Anselm von Feuerbach. Spee precisa que nada tiene que ver el confesor con la pena, con el delito y con el juez, sino únicamente con la conciencia del confesado, sin que tampoco el juez pueda interferir en ella. Esta es la premisa de Spee a los confesores y a las propias órdenes religiosas, a las que les imputa elegir confesores que no respeten la estricta separación entre estas esferas.

La insistencia de Spee en la distinción entre la corte externa y la corte interna le plantea el problema a Thomasius. No cuesta mucho invertir la advertencia de Spee: si el confesor no debe mediar con el juez, el juez tampoco debe mediar con el confesor. De allí a la tesis del fuero interno y externo no hay casi ni un paso, sino una coincidencia. Pensemos que esta fue la clave fundamental del pensamiento iluminista primero, del sano pensamiento político y liberal más tarde y del respeto a la persona en el actual jushumanismo. Sin duda que Spee podía haber sido el inspirador de la leyenda del sumo inquisidor de Dostoievski.

No se trata de un aspecto menor de la obra de Spee, porque lo que cabe preguntarse es si la neta separación que tratará de marcar el iluminismo a partir de Thomasius y luego perfeccionada largamente en toda la historia del derecho penal, desde Kant y Feuerbach hasta Radbruch, en realidad tuvo su comienzo en Spee más de medio siglo antes.

Si bien la vida de Spee fue relativamente corta y dramática, pues murió de peste a los cuarenta y cuatro años, sus obras poética y teológica no fueron publicadas en su vida, tuvo dificultades gravísimas en su orden, sufrió persecuciones y hasta un atentado en que salvó milagrosamente su vida, lo cierto es que su enorme valentía para percibir y decir la verdad del crimen que se estaba cometiendo lo hace merecedor de un destino bien más importante que el relativo olvido a que se lo ha destinado.

Por cierto, cuando pensamos en este personaje y en su obra, no podemos menos que compartir la reflexión de un teólogo que se pregunta si somos éticamente mejores porque ya no quemamos mujeres, y responde que no, porque no las quemamos solo porque dejamos de creer en las brujas: una persona no es más buena –afirma– porque deja de poner trampas para ratones simplemente porque sabe que ya no hay más ratones.

Ante el panorama que pintaba Spee, de un público que creía firmemente en brujas, de todo un aparato institucional que se movía en el mismo sentido, de intereses pecuniarios y corruptos en que se siguiese creyendo en brujas y quemando mujeres, cabe preguntarse en cuántas emergencias posteriores no se han construido equivalentes de las brujas, particularmente recordando que el hebreo Satán no significa otra cosa que “enemigo”.

Más allá de su época y hasta el presente, se extiende el mensaje universal de Spee: cautela con el uso del poder punitivo. A lo que podríamos agregar que cuando este se desboca –no encuentra límites y de tales límites se ocupa o se debiera ocupar el Derecho– adviene el genocidio.

## **II. Poesía y Derecho Penal: del “arte schifosa” de Francesco Carrara y Massimo Pavarini a la poesía como reconstrucción moral (más humana) del Derecho Penal**

Spee fue un valiente poeta y teólogo jesuita que escribía en contra de la caza de brujas y lo hacía en soledad, sin el apoyo de ninguna estructura de poder, pero lo hacía desde ese lugar concreto. La figura y la obra de Spee, genuino antecesor, como mencionamos, de la criminología crítica, sirven para repensar dilemas actuales del Derecho Penal y su filosofía. Quisiéramos plantear, siguiendo el análisis de la original obra crítica de Spee, una oposición en la Filosofía del Derecho (Penal, *Strafrechtphilosophie*) contemporánea: creemos que la poesía puede hacer hoy lo que no ha podido hacer, en los últimos dos siglos, la filosofía: brindarle argumentos concretos al Derecho para repensarse y tender puentes. Entendemos que allí donde la Filosofía del Derecho ha enmudecido y vacilado,<sup>8</sup> (en Alemania y en América Latina, donde el Derecho se asemeja cada vez más a una técnica y los abogados a meros tecnócratas que reproducen un instrumento ciego sin pensarlo demasiado),<sup>9</sup> la poesía tiene algo valioso para decir.<sup>10</sup> El caso de

8. Esta crisis del saber jurídico puede ser pensada como parte de la crisis del discurso humanista (del discurso moderno), del cual el Derecho formaba y aún forma parte.

9. Generando de este modo, como advertimos, una masa de burócratas ciegos, incapaces de analizar (conocer, historiar, repensar) su disciplina.

10. La poesía puede permitir, además, volver a humanizar el Derecho, hoy tecnocratizado y tan poco “humano” (Nussbaum, M., *Poetic Justice: The Literary Imagination and*

Spee es un ejemplo humanista muy elocuente, pero no es el único, aunque es un caso central.

Massimo Pavarini, en su trabajo *Arte Abjecto*, ha anunciado de modo categórico el fracaso estrepitoso de todas y cada una de las teorías penales, que le buscaban en vano un sentido o una justificación –utilitaria o no, de prevención general o especial, positiva o negativa– a la pena. El castigo queda así como un hecho desnudo del poder. Un hecho muchas veces cruento, sin justificación, sin discurso, y sin objetivos, un hecho desnudo del poder que se reafirma.<sup>11</sup> Esta es la base de la teoría agnóstica de la pena: la pena

*Public Life*, Princeton, 1997). Podemos situar a la pena como la contracara de la poesía. El “arte schifoso” como lo contrario del arte poético. Este quiere humanizar el Derecho, volverlo más humano, en tanto el penalismo, con sus prácticas, propende a la inhumanidad, a la crueldad y la tortura, el silencio, no la palabra. El arte schifoso y el arte poético se oponen. La pena y la poesía se contraponen. La literatura intenta humanizar el Derecho que el penalismo ha deshumanizado, reducido a mera “técnica” formal, a un castigo que se “administra” y se suministra. No por accidente Zaffaroni ha dedicado sus últimos trabajos a indagar en la raíz del penalismo, estudiando el derecho penal nazi (Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid, 2010). No es casual que haya sido precisamente Alemania el país en donde la dogmática penal y la teoría penal hayan alcanzado sus puntos más altos de racionalización y sofisticación. No es un accidente, a la luz de la historia dramática de Alemania en el campo de los “castigos”, los campos de exterminio y la “pena”; la “racionalización” llevó a la burocratización “administrativa”, tecnificación inhumana de los castigos. Los campos de exterminio eran cárceles. Hay una diferencia de grado con muchas cárceles inhumanas de América Latina, mas no de naturaleza. De allí el interés de Zaffaroni y muchos de sus discípulos (como Alejandro Alagia) por pensar el Derecho Penal a la luz del Holocausto y los crímenes de masa (Alagia, A., *Hacer Sufrir*, Ediar, Buenos Aires, 2013).

11. Su objetivo latente no es otro que la neutralización (no la “reeducación”) de los condenados (el 70% de los presos en Argentina y Brasil no tienen condena, esto viola de manera directa la Constitución argentina, el debido proceso, invierte la idea de que las personas se presumen inocentes y no culpables, hasta que se acredite lo contrario; estos presos sin condena son tratados por el sistema penal y por los medios de comunicación como “enemigos” sociales, como un “peligro”, ellos son víctimas de la caza de brujas mediática contemporánea, que no casualmente deriva muchas veces en linchamientos a jóvenes pobres en la vía pública, en Argentina y otros países). Por eso entendemos que toda “pena”, todo castigo, en su naturaleza, expresa la pena de muerte. Es posible extender a toda pena, a todo castigo, las mismas críticas abolicionistas que se extienden a la pena de muerte. El cristianismo puede jugar un rol importante en este punto, en esta discusión. El cristianismo desarrolla una especial sensibilidad por los condenados y castigados, desde tiempos

como un hecho sin justificación (como la caza de brujas, tan absurdo como aquel, no tan distinto, no más certero o racional, no más “refinado”), un hecho que el Derecho debería acotar o limitar. No promover.<sup>12</sup>

Se ha llevado adelante durante varios años la traducción de una obra fundamental en la historia jurídica y en la historia concreta de la criminología que es la *Cautio Criminalis*, de Friedrich Spee, destacado poeta del barroco y teólogo alemán.<sup>13</sup> Esa traducción fue un trabajo interdisciplinario y valioso en sí mismo: acercó a la Facultad de Derecho de la UBA con la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, dato o paso no menor para un Derecho que busca repensarse, abriendo o ampliando sus muchas veces muy estrechos lenguajes y horizontes. En este segundo apartado queremos detenernos someramente en un aspecto que consideramos fundamental: que el hecho de quien lanza estas certeras y originales críticas a la tortura y la caza de brujas de su tiempo haya sido, no por accidente, un poeta. Que quien con

de la (entonces polémica) “doctrina origenista de salvación de los demonios”. Entendemos que se pueden usar exactamente los mismos argumentos que se emplearon y emplean en contra de la pena de muerte, en contra de toda forma de pena, ya que toda pena en la práctica esconde, en sus raíces, la genealogía de neutralización de la pena capital. De allí que a nadie preocupen ni importen verdaderamente las paupérrimas e inhumanas condiciones de encierro, de allí que tampoco importe que se encierre sin condena (prisión preventiva), porque nadie espera que realmente “salgan” de allí, por eso se repite en lenguaje coloquial, ojalá que “se pudran en la cárcel”. Esta lógica de neutralización latente expresa el único sentido concreto de la cárcel, muy alejado del humanismo predicado de la resocialización de personas. Este es el núcleo de la teoría agnóstica de la pena, defendida por Zaffaroni. Entiendo que la poesía puede ayudarnos a repensar y evolucionar a partir de este agnosticismo crítico respecto del sentido y/o la utilidad de la pena. Sacar las consecuencias directas, necesarias, que podemos extraer del mismo. Esto es: dar el siguiente paso. Evolucionar a partir de las enseñanzas de Zaffaroni. Dar el siguiente paso significa repensar el sentido identitario del castigo (y los fenómenos asociados a él, como los linchamientos) en la sociedad como tal. ¿Qué nos dicen las cárceles inhumanas de la sociedad que tenemos? La poesía nos puede ayudar precisamente para distanciarnos críticamente de la “lógica del carnicero” que denuncia Zaffaroni en el penalismo.

12. Wolfgang Naucke afirma que “justificar” esto (darle una justificación a la pena) ha sido el error histórico del liberalismo en el plano penal, error que Naucke le imputa a Feuerbach. Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg, 1962.

13. Spee, F., *Cautio Criminalis*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2017. Estudio Preliminar de Eugenio R. Zaffaroni, pp. 67-68. Punto 13. Poeta y Teólogo.

justicia puede ser considerado el padre de la criminología crítica haya sido a su vez un poeta. El cruce entre Literatura y Derecho (*Law and Literature*), como reconocen diversos penalistas incluso, como el Dr. Albrecht en Friburgo, es de fundamental importancia.<sup>14</sup> En estos momentos se multiplican, también en Argentina (pensemos en la figura de Enrique Marí, crítico del positivismo jurídico, al igual que autoras como Nussbaum en Chicago), en México, en Brasil, en Colombia, en Chile, los estudios que cruzan Literatura y Derecho. Concretamente, Poesía y Derecho. Y en este camino, la figura de Spee, tan relevante en otros aspectos ya mencionados por Zaffaroni, resulta fundamental.<sup>15</sup> Porque no es un accidente que haya sido un poeta jesuita el primero en lanzar estas críticas al uso de la tortura para obtener información en los procesos penales o sus críticas a la caza de brujas.

La reivindicación de la poesía en la construcción del conocimiento tiene una serie de presupuestos formales no siempre visibles: la reivindicación de las emociones y sentidos/sentimientos (largo tiempo negados en el sujeto, que debía ser “objetivo” y ciego, “imparcial”, neutral, sin emociones ni valores “humanos” que manchen su “pensamiento”) va de la mano precisamente de la reivindicación de la corporalidad. Y nadie representa “lo corporal” como las mujeres.<sup>16</sup> Esta reivindicación también puede explicarse hoy

14. Posner, Derrida, Nussbaum, Enrique Marí, en Argentina, se dedicaron a pensar este campo, hoy tan de moda. En las últimas décadas vivenciamos una explosión de los cruces del Derecho con otras disciplinas sociales. Se habla de *Law and Literature*, *Law and Economics*, *Law and Society*, *Law and Cinema*, *Law and Psychology*, Derecho y Antropología, etc. Pareciera que el Derecho ha dado finalmente ese salto durante largo tiempo reprimido: pensarse en conjunto con otros campos, el salto a la interdisciplinariedad. El Derecho ya no se reflexiona solo. Le hace falta un nuevo lenguaje, que busca –construye– en diálogo con otros dominios del saber social.

15. Puede pensarse incluso que no es un accidente que la figura de Spee se recupere precisamente en un momento de fuerte reivindicación de la importancia de la literatura para el Derecho (Marí, E., *Teoría de las Ficciones*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2001).

16. Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2007. Si las mujeres “encarnan” simbólicamente más que ningún otro grupo social “lo corpóreo” (sensibilidad, maternidad, emociones), entonces la reivindicación que hace Spee es simbólica más allá de la caza de brujas: es una impugnación adelantada al derecho basado en el castigo corporal en cuanto tal. En este sentido, decimos que no es casual que Spee haya sido un poeta, no un abogado (el Derecho que niega y castiga las emociones, es el derecho “abstracto” positivo, que niega y castiga y reprime, encierra

por el paso del dualismo antropológico cartesiano, que impregnó y aún impregna el discurso moderno, al monismo actual, que ya no separa de modo tan tajante el “alma” del cuerpo, la razón de las emociones, el cuerpo del “espíritu”. En este paso al monismo, reivindicador de la corporalidad, se sucede entonces la reivindicación como “sujetos” de todos aquellos que antes, bajo el ciego imperio de la razón abstracta, eran menos “objetos” (meros “cuerpos”, meros “recursos”): la naturaleza, los animales, pero también los menores, los discapacitados y las mujeres. Todos ellos, antes privados de “razón”, eran privados de derechos, eran “tutelados” por el hombre con mayúsculas, el único con “razón”. Pero ahora que la corporalidad como tal –con sus emociones y sentidos– se reivindica (reivindicando a su vez el valor de la poesía y de la palabra “humana” en la construcción del saber, como remarca Nussbaum), adquieren también nuevos derechos. Son vistos no como cosas, no como recursos, no como objetos, sino como sujetos, como seres humanos. Lo notable es que Spee no necesitó tres siglos de evolución académica

y borra –disciplina– la corporalidad). Véase también Olsen, F., “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia E. C. Ruiz, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, pp. 25-42. Los cambios que se dan, en consecuencia, en la filosofía del Derecho con el cruce *Law and Literature*, con la reivindicación de la poesía (de Rorty a Nussbaum, pasando por Marri y Derrida), presupone –en el escenario de crisis del positivismo jurídico como escuela del Derecho– los cambios y avances en una disciplina a la cual el Derecho no suele prestarle demasiada atención: la antropología filosófica, el paso del dualismo cartesiano al monismo contemporáneo. Es en esta disciplina donde se encuentra el fundamento de las nuevas subjetividades que reconoce el Derecho. Y es a partir de cambios en esta disciplina que se explica el porqué del acercamiento creciente del Derecho a la Literatura: porque en la literatura se encuentran las emociones/sentidos de esos cuerpos (antes) negados. Se encuentran sus lenguajes. Sus voces. Es allí donde esos cuerpos “hablan” o pueden hablar, decir. Es la palabra “emotiva” con sentidos, negada por el Derecho “abstracto” “objetivo”. Esa es la palabra que el Derecho (con Spee, con los jóvenes poetas actuales, hijos de desaparecidos que también buscan los cuerpos víctimas de otras tantas cacerías de brujas buscando la palabra poética en Argentina, como Julián Axat) ha ido a buscar. Y esto reconfigura el modelo de Derecho que se aprehende y se enseña en las Facultades. Es un cambio de paradigma con consecuencias múltiples. Pero para comprenderlo a fondo hace falta un profuso conocimiento histórico y político. No un Derecho sin historia, sin voces. Con cuerpos –y poéticas– (porque al final la desaparición del cuerpo y la desaparición de la poesía en el Derecho y en la Sociedad van y han ido siempre de la mano, como cuando las dictaduras piden “no hacer bardo” a la juventud, le piden no hacer “poesía”) desaparecidos.

para ver esto que aún están descubriendo los académicos y en particular los juristas y iusfilósofos. Lo descubrió solo, con su sensibilidad de poeta. Con su humanismo. Pero muchas de sus críticas, reivindicadoras de la corporalidad (de esas “brujas”) bien pueden ser traídas hoy, para cuestionar un derecho penal que sigue reprimiendo –negando, torturando, encarcelando– la corporalidad. Un derecho, en suma, que niega el valor de la poesía, que sigue apostando al dualismo antropológico, que encierra cuerpos, librando las “mentes”, dejando libre la pura “razón”. La reivindicación de la palabra poética presupone (a través de las emociones se reivindica, frente a la abstracta razón, la corporalidad con todos sus sentidos) giros filosóficos muy concretos. El Derecho no puede permanecer ajeno a estos cambios que condicionan todo su discurso y aparato conceptual. Todos sus conceptos.

¿Hay acaso algo más alejado de la Poesía que la Pena? ¿Hay algo más opuesto a la sensibilidad de un poeta como Spee (o cualquier poeta, como Novalis, Celan, Kavafis, Pavese, poetas actuales o pasados) que la tortura, que el castigo físico siempre cruel y nunca, como recuerda Pavarini en Italia, justificado? ¿Puede haber una justificación ética de este “arte abyecto” (*arte schifosa*, arte asqueroso, arte “horrendo”),<sup>17</sup> como denomina Massimo Pavarini, siguiendo a Francesco Carrara, al derecho penal? La poesía nos quita un velo de los ojos. La poesía (en su cruce con el Derecho) es precisamente, por su sensibilidad poética, lo contrario de este “arte schifosa”. *La poesía es exactamente el polo opuesto. La poesía nos puede ayudar a repensar el Derecho y el penalismo.* La poesía les permite a los penalistas repensar el instrumento (“horrendo”, “asqueroso”, cruel) que tienen en sus manos. Spee es, como afirma Zaffaroni en el estudio preliminar a la traducción de esta obra, quien da el primer paso. Es quien inaugura este camino crítico, que hoy continuamos nosotros sin saberlo. Spee, un poeta, lanza críticas morales al sistema punitivo de su tiempo. Esas críticas inauguran en cierto sentido, y tratando de no pecar de anacrónico, lo que luego llamaremos criminología crítica. De un lado tenemos el “arte abyecto” (Pavarini), dedicado a replicar argumentos para justificar una práctica que en muchos países de América Latina, centroamericana, bordea ya lo injustificable, con cárceles inhumanas, tortuosas que degradan toda dig-

17. “Arte schifosa che chiamossi gius criminale...”, Carrara, F., *Opúsculos de Derecho Criminal*, Temis, 1976.

nidad y mancillan todo derecho, escuelas del crimen y tortura, violencia institucional continua, vulneración y recorte de derechos, deshumanización permanente: nadie sale “recuperado” de las cárceles, todos “salen peor que como entraron”, son “pozos de infierno”.<sup>18</sup> Frente a este “arte schifosa”, está hoy la poesía. Y Spee es una figura esencial en este camino, central, que hoy retomamos como abogados y como poetas críticos del sistema penal latinoamericano, que conculca la dignidad, vulnera el debido proceso, recorta todas las garantías constitucionales y retorna al *Gefährlichkeit* (Peligrosismo) y al Derecho Penal de Autor (*Täterstrafrecht*). Hoy estamos retomando ese camino antiliberal: el Derecho Penal del Enemigo (*Feindstrafrecht*). El enemigo no tiene (ni se le reconocen) derechos. Solo se le dispensa un tratamiento abyecto, inhumano, cruel, sin derechos. Pero todos los que están en la cárcel son vistos como enemigos, sin distinción, es indistinto si son culpables o inocentes (sin condena firme). Todos son y están “presos”, ya han sido –mucho antes de la condena– *condenados*. Y los enemigos (condenados de antemano)<sup>19</sup> no tienen derechos ni garantías, no son vistos como auténticos humanos, como auténticas “personas”, caen en el olvido una vez que caen en el encierro, se los neutraliza, nadie los “recupera”; anulado el “peligro”, se anula a la persona. Se traza una línea de separación, una línea divisoria tajante entre lo humano y lo que no es humano: en las cárceles ya no hay “personas” con dignidad, por eso no hay derechos. En la cárcel se sucede a diario la inhumanidad, se reproduce y agiganta una violencia que a nadie “cura” ni “reeducan”, aunque los manuales de derecho prediquen otra cosa (ideal), que la práctica carcelaria desmiente de modo contundente y severo. No se puede volver “más humano” lo que sucede en las cárceles, no se puede “humanizar” la pena, no se lo debe justificar tampoco, agregaría Naucke en sus críticas al liberalismo moderno de tiempos de Paul Anselm von Feuerbach, porque sería cambiar la naturaleza misma del castigo. Se puede volver a lo sumo “menos inhumano”, limitar su violencia, mas nunca “humanizar” el horror, aquello que tiende, por su naturaleza misma, a la degradación de derechos. Pero nunca volver a la pena más humana. Frente al penalismo como “arte schifosa”,

18. Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2001.

19. Incluso en un plano (socio-económico) que excede al plano penal.

como arte “asqueroso”, como lo pensaban Carrara y Massimo Pavarini,<sup>20</sup> puede situarse la figura, recuperada por Zaffaroni a instancias de Antonio Beristain Ipiña y traducida directamente del latín por profesores de la facultad de Filosofía y Letras de la UBA, en un gesto de trabajo interdisciplinario importante y auspicioso, de Friedrich Spee: un poeta (con la sensibilidad propia de un poeta, y con la finura en la argumentación no de un penalista, o de un carnicero,<sup>21</sup> sino de un poeta) como fundador de la criminología crítica. Un poeta y teólogo con una sensibilidad particular y refinada (frente a la argumentación del “carnicero”, propia del sistema penal),<sup>22</sup> que critica abiertamente las torturas, los crímenes, la

20. A quien Eugenio Zaffaroni, precisamente, le dedica, tras visitarlo en Bolonia, Italia, su último trabajo sobre un derecho penal “más humano”. Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2016. Pavarini creía de todos modos que un derecho penal “bueno” o “justo” es una cosa “verdaderamente imaginaria”.

21. La analogía del penalista con la figura del carnicero tampoco es accidental: el carnicero es el que corta la carne muerta, el cuerpo aniquilado, la corporalidad muerta.

22. Zaffaroni, E. R., “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano e Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001. Puede decirse que de un lado queda el “carnicero” (el penalista asemejado al funcionario de *En la Colonia Penitenciaria* de Kafka, que describe con fruición una máquina tortuosa ya en desuso –la Rastra es una metáfora de la pena misma que inscribe su ley en los cuerpos condenados, para “educarlos” para que “aprendan” y “vean”, una máquina que apenas puede seguir funcionando en una colonia penitenciaria casi sin condenados, que ha dejado de funcionar: ya en desuso, a esa colonia parece asemejarse el derecho penal, y la pena, a esa máquina vieja, sin objeto, una pieza de museo; la metáfora literaria de Kafka sirve para mostrar, materializar, la pena en un aparato viejo, mostrando que la pena en cuanto tal ya no funciona, que puede ser descartada, reemplazada por otra cosa mejor o más útil, por un nuevo “artefacto”) y del otro lado puede situarse al poeta crítico de la caza de brujas, el poeta Spee como fundador de la criminología crítica. De un lado queda situada la pena, el penalismo, como “ciencia asquerosa” como Derecho “Penal” con sus “carniceros” (Zaffaroni), del otro, los poetas, los poetas cómo críticos de este sistema que tiende siempre al castigo inhumano, a la inhumanidad, a la deshumanización. De un lado, el “carnicero”, del otro, el poeta. De un lado, la “ciencia penal”; del otro, la crítica –poética, si se quiere– del penalismo, que ya no concibe al penalismo como un Derecho, sino como un enemigo de los derechos humanos y la dignidad de las personas (Kafka, F., *En la Colonia Penitenciaria*. En *Obras Completas*, Losada, Buenos Aires, 1996). Si nuestro objetivo es, como piden actualmente varios autores, pensar la criminología desde un margen, y ese margen es América Latina, puede agregarse

persecución en nombre de la Justicia y el Derecho. No por accidente es un poeta (frente al derecho penal como un arte “asqueroso”) el fundador de la criminología crítica.<sup>23</sup> Y esto que cuestionaba Spee, como mencionamos antes, no es algo que haya quedado “encerrado” en la Edad Media: mucho de lo que Spee cuestiona en su tiempo sucede también hoy. La Edad Media Penal, la caza de brujas, el penalismo contra “enemigos” (que se sacrifican en aras de un “orden” que se reafirma en la persecución y la tortura) en muchos sentidos, no ha terminado. De allí la importancia de la obra y figura de Spee. Porque aún seguimos en muchos aspectos sumergidos en los meandros de la Edad Media y la lógica de la caza de brujas penales, con enemigos y peligros que se reproducen –recortando garantías y derechos– por doquier. Y la contención del Derecho pasa muchas veces, cuando no encuentra mejores herramientas, por el discurso humanista clásico, que es lo que nos trae actualmente, como muestra Nussbaum, la poesía. Porque el peligro que vio Spee en su momento no es un peligro extinguido. Sigue vigente. Es una amenaza cotidiana para el Derecho y su labor de contención.

Friedrich Spee nos muestra indirectamente el poder de la poesía en la criminología y en el Derecho.<sup>24</sup> Con él puede decirse que nace o están ya puestos los cimientos de lo que hoy denominamos un poco pomposamente criminología crítica.<sup>25</sup> Su figura es doblemente importante, porque

ahora el “margen poético” como parte de la aproximación crítica –y latinoamericana– a la criminología. La Poesía amplía y profundiza nuestra mirada sobre el Derecho.

23. Zaffaroni entiende que a fin de cuentas lo que hacemos los penalistas –salvo cuando nos apegamos a la teoría agnóstica de la pena– es verdaderamente “asqueroso”, es “horrible” porque le otorgamos “argumentos” (herramientas discursivas de legitimación), con apariencia de ser “científicos” y “técnicos” para habilitar la tortura, la pena, los abusos, la crueldad: el sufrimiento. Esto es algo “horrible”, “asqueroso”. Por eso, Zaffaroni cuestiona, como Pavarini abiertamente, al penalismo. Zaffaroni, E. R., *Crímenes de Masa*, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010. Zaffaroni, E. R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1988.

24. Spee es –sin dudas– una figura central en la historia del derecho penal en Europa, una figura esencial de la criminología que hoy llamamos “crítica”. Que figuras como Spee no sean conocidas por profesores y estudiantes, revela la forma en que el Derecho Penal se ha consolidado, transmitido y enseñado en las facultades: de un modo sumamente acrítico y maquinal.

25. El concepto de criminología crítica adolece de muchos de los defectos de los que adolece el concepto mismo de derecho penal: la “crítica” no siempre somete los presupuestos

la actualidad de sus críticas, la vigencia de sus argumentos (contra los demonólogos, torturadores, cazadores de brujas), nos muestran en rigor, con categórica evidencia, lo poco –muy poco– que hemos avanzado en doctrina penal y lo poco que ha avanzado nuestro Derecho, ese Derecho penal que aun muchos neokantianos insisten en calificar de “ciencia”. La vigencia de los argumentos y críticas de Spee nos muestra lo poco alejados que estamos aún de la Edad Media y sus procedimientos, o más concretamente, con determinadas estructuras de pensamiento. ¿Cómo sobrevive la Edad Media en el plano penal, con su oscurantismo y su confianza ciega en la recuperación de personas a través del castigo, del dolor, del sufrimiento, de la tortura: de la pena? El aprendizaje y la pena –como base de toda “disciplina”– siguen juntos, no se separan. Se sigue apostando, como en la Antigüedad, a la persecución de personas que se torturan y encierran. Se cree aún que el castigo “reforma”, “educa”, “mejora” a las personas.<sup>26</sup>

El Derecho (la dogmática penal) ha hecho muy poco desde la teoría por limitar la única constante que reconoce la criminalización secundaria, verdadero rasgo estructural y al parecer única función de la pena: la criminalización de los pobres, el control social de la pobreza en toda la región, su disciplinamiento, castigo y encierro. El derecho penal sigue siendo incapaz de promover una criminalización efectiva, crítica, concreta, de sectores no vulnerados ni marginales, criminalizando la criminalidad financiera, empresaria, corporativa, que tantos daños, sin embargo, produce en bienes jurídicos concretos, como la estabilidad social, el medio ambiente, por mencionar solo dos. Ha hecho –aun hoy, la dogmática penal– muy poco por la criminalización del crimen de cuello blanco. Para este crimen –como para todo crimen financiero, económico– la regla sigue siendo la impunidad, pese a que se trata del mayor peligro social, nunca presentado, naturalmente, de esta manera. Se invierten los peligros, los riesgos menores son exacerbados y los riesgos y peligros estructurales, con los crímenes más severos para el orden social, con la estabilidad política y económica, continuamente invisi-

sobre los que se edifica la disciplina en cuestión. No llega a poner tales presupuestos sobre la mesa.

26. Zaibert, L., “On the Matter of Suffering: Derek Parfit and the Possibility of Deserved Punishment”, en *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 11, Number 1, March 2017, pp. 1-36.

bilizados. El derecho penal, como repetía Carrara, no le muestra jamás los dientes a los ricos. Solo aparece con (y le muestra los dientes a) los pobres.<sup>27</sup>

27. Dearden, T. E., “An assessment of adults views on white-collar crime”, en *Journal of Financial Crime*. Volume 24, Number 2, 2017, pp. 309-321. Sutherland, E., Is “white-collar crime” crime?, en *American Sociological Review*, Vol. 10, 1945, pp. 132-139. Sutherland, E., *White collar crime*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1949. Naucke sigue en la línea de Sutherland, preocupado por criminalizar y analizar el crimen de cuello blanco, la criminalidad económica y financiera, que en términos de su poder estructural conformador del sistema socioeconómico es –pese a ser la menos visible– la más “peligrosa”. Sin embargo, no es caratulada como tal por nuestro sistema de creencias, que invierte los riesgos, calificando de “peligrosos” a sectores sin poder, de escasa “peligrosidad” en términos de configuración social o condicionamiento y estabilidad del orden social, institucional y político. La invisibilidad de la criminalidad financiera es parte del obstáculo que hace difícil su criminalización. De este modo se nos obliga a repensar nuestras propias percepciones (mediáticas) sobre qué configura en nuestra sociedad un auténtico peligro o un genuino riesgo: si los jóvenes pobres de barrios carecientes, único estereotipo de peligrosidad y amenaza que promueven los medios masivos de comunicación (como el mito del violador negro, cuando la mayoría de las violaciones son perpetradas intrafamiliarmente y por personas conocidas del entorno directo de la víctima), pero cuyo poder real de configuración social es muy bajo –casi nulo– o el poder concreto de las corporaciones y las finanzas, que siempre se manejan en las sombras y con un grado de sofisticación jurídica tal que hace muy difícil su criminalización y condena: su percepción misma. Esto nos obligaría a repensar nuestras propias (sesgadas) percepciones y creencias sobre riesgos y peligros sociales, sobre qué configura una verdadera “amenaza” para el orden –la estabilidad de un orden– social y político. Existen políticas económicas, como recuerda Naucke, que sumen a poblaciones enteras en la marginalidad, el hambre y la pobreza: la consecuencia de estas políticas (con consecuencias criminales) es incentivar cierto tipo de delito, aunque el Derecho no lo juzgue, más por incapacidad de sus propias herramientas de análisis. Luego se criminaliza este, pero nunca se piensa desde el derecho penal aquellas. De este modo existe un hiato que el derecho penal nunca sobrepasa: se criminalizan las consecuencias, sin atacar nunca las causas. Se criminaliza solo la pobreza, que es consecuencia, pero nunca las decisiones que causan tales fenómenos. (Nosotros pensamos que existe incluso la necesidad de repensar nuestro lenguaje jurídico, ya que muchas de nuestras categorías terminan por naturalizar cierta violencia, que elige no ser nombrada: se habla de grupos “vulnerables” o en situación de vulnerabilidad, como si la misma naciera sola, en rigor debiera hablarse de “grupos (ya) vulnerados”, porque ya existe una vulneración y una violación ostensible de derechos que no se nombra, precisamente esa violencia que nunca es nombrada por el derecho, que nunca se criminaliza ni se menciona, es la que se acerca al poder financiero, corporativo, económico y político –que la naturaliza mediáticamente, invirtiendo los riesgos, presentando al vulnerado (empobrecido) no como una víctima de una vulneración, sino como una “amenaza”, como

un “peligroso”, como un “delincuente”– que desde la cúspide de la pirámide condiciona todo orden social). Romper esta inversión, naturalizada mediáticamente, no es fácil. El primer trabajo es un trabajo doctrinario de visibilización. De no silenciar la violencia que se resiste a ser nombrada (como se silenció durante décadas la masacre de indios, presentando luego a los indígenas empobrecidos que reclaman sus tierras como “terroristas”, por ejemplo, mapuches en Chile, aunque no solamente en ese país) en la cultura, los medios y el Derecho. No es casual en este contexto la escasez llamativa de estadísticas sobre criminalidad en los países de América Latina. Este desprecio por el trabajo de campo y la recopilación precisa de datos nos dice algo sobre el Derecho Penal: el derecho que se sostiene sobre pilares sesgados, no puede querer, precisamente, la corroboración estadística de sus propias falacias, que cualquier trabajo estadístico dejaría al desnudo, exhibiendo de ese modo los contrasentidos y contradicciones del discurso penal y la falta de sustento de muchas políticas criminales, que no pasan del show mediático, del cual, precisamente, parten y sobre cuyos estereotipos sesgados tales políticas se montan. De este modo, la política criminal cae en un laberinto mediático, brinda respuestas mediáticas a problemas mediáticos. Esto a su vez puede ser una forma superviviente del idealismo en la cultura. Precisamente la escasez de estadísticas serias y fiables sobre criminalidad se debe a que los penalistas y los Estados no las estimulan, a sabiendas de que los resultados de estos trabajos muy probablemente van a terminar por exhibir estos fenómenos y por desmentir muchos de los lugares comunes (falacias, dogmas) sobre los que se asienta vulgarmente su disciplina, en connivencia con una estructura mediática que expande esos lugares comunes, sin respaldo estadístico, pero que opera en la conformación de creencias sobre riesgos sociales, condicionando fuertemente la vida política y cultural. Si las cárceles están siempre y solamente llenas de pobres (y porque son lugares de neutralización de sectores carenciados que se perciben como un “peligro” es que a nadie preocupan realmente las condiciones infrahumanas de detención, lo cual desmiente a su vez que el verdadero objeto de ese encierro inhumano en toda América Latina tienda a “resocialización” alguna) es porque el derecho penal opera siempre en sentido estructuralmente selectivo. Es unidireccional. Un Derecho Penal que desprecia tan categóricamente el trabajo de campo y las estadísticas es un saber que se impugna y deslegitima a sí mismo, se convierte en un saber dogmático, cerrado sobre sí. Sin asidero. En un discurso instrumental. Pero sin objeto. Precisamente un derecho preocupado por mitigar los males que denuncia, que dice que “estudia”, sería un derecho dedicado con esfuerzo al trabajo estadístico y de campo. (Hay honrosas y muy contadas excepciones, como el laboratorio criminológico de la Universidad Católica de Perú). La única manera de generar políticas criminales precisas es con estadísticas claras. Sin estadísticas, nuestras percepciones sobre los riesgos sociales están sesgadas (mediáticamente) y las políticas criminales no tienen sustento. Aquí es cuando aparece, en lugar de políticas asentadas sobre trabajo de campo precisos, la demagogia punitiva, fenómeno que se vincula a la descodificación de la ley penal y al consecuente activismo judicial, con los riesgos en términos de certeza jurídica que tal activismo (no positivista) trae aparejados. El desprecio del Derecho por el trabajo estadís-

Parece haber sido pensado en una sola dirección. La población carcelaria atestigua de modo fehaciente este fenómeno.

En términos prácticos, una vez que se adopta un marco teórico marcado por el pragmatismo (que reemplaza la noción grandilocuente de “verdad”, tan cara también a los abogados, por la más modesta noción de “consecuencia”,<sup>28</sup> y se asume, lejos ya de todo idealismo, la forma práctica en que opera nuestro Derecho, y una vez que incorporamos a nuestro enfoque el enfoque –Rorty, siguiendo a Rabossi, dirá la cultura– de los derechos humanos –ya que en el siglo XXI el concepto de “derecho” presupone necesariamente el concepto de derechos humanos, no hay “derecho” posible que no esté asentado en los derechos humanos, que no lo presuponga en todos sus planos);<sup>29</sup> entonces la única “verdad” del derecho penal, la única “realidad”, no es ya la que está –para tristeza de los académicos y su vanagloria–, la que figura en sus manuales y teorías, sino la que exhibe, con menos idealismo y pompa, la práctica concreta. Ya no se trata entonces de cómo las cárceles “deberían” ser,<sup>30</sup> sino de cómo son; no se trata de lo que el derecho “dice”, sino de lo que el derecho hace. Y lo que “hace” (no lo que proclama o promete) es su única y desabrida y terrible muchas veces –en el plano penitenciario– “verdad”. Ya no se trata de cómo el derecho “debería” ser, sino de cómo es. Ya no se trata de enseñar cómo las cárceles latinoamericanas “deberían funcionar”, (idealismo penal, “ciencia” penal, etc.), sino de comprobar y transmitir, acabadamente y de forma fehaciente, a cada estudiante, cómo funcionan. Esta es la única “verdad” que le queda hoy al Derecho Penal, o a la Pena.

tico preciso es un signo de su aislamiento y falta de profundidad de análisis. Es un signo de debilidad. Este Derecho Penal cae preso, precisamente, de la criminología mediática. Véase Sutherland, E., *Crimes of Corporations*, en Schuessler, K., (ed.), *E. H. Sutherland: On analysing crime*. Chicago, University of Chicago Press, 1973, pp. 78-96. Naucke, W., *El concepto de delito económico-político*. Marcial Pons, Madrid, 2015. “El derecho penal no ha sido pensado para los poderosos”, afirmaba con razón el ex juez chileno Juan Guzmán Tapia. (Entrevista en *Revista 23*, Buenos Aires, mayo 2016).

28. No por casualidad el pragmatismo es una filosofía llevada adelante por pensadores como Rorty, Pierce, Dewey o W. James, hermano del célebre novelista, que se dedicaban a pensar el lenguaje.

29. Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Akal, Madrid, 1998.

30. Las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, reza la Constitución argentina.

Ya que en la práctica, precisamente una vez que asumimos este doble enfoque (pragmatismo, y derechos humanos como ínsitos en el concepto del Derecho) entonces veremos, en la práctica concreta, que en rigor siempre donde surge y se aplica la pena, se contraviene un derecho o varios derechos (humanos). Las cárceles en América Latina (hacinadas, con violencia institucional estructural y constante) reproducen el horror que dicen venir a limitar y reordenar, no rehabilitan a nadie, no “mejoran” ni “educan”; por eso en rigor el concepto de Pena (con el enfoque del pragmatismo, para el cual la “única verdad” es la consecuencia práctica, no la deducción teórica) es incompatible con el concepto de Derecho, que presupone, como vimos, en los albores del nuevo siglo, el concepto de derechos humanos, ya que estos encarnan, como afirma Rorty, siguiendo a Rabossi (y también a Bobbio), una nueva “cultura”. Esta cultura es también una nueva cultura legal y esto alcanza al penalismo. En la medida en que la pena –en la práctica– siempre contraviene al derecho, conculca y violenta la dignidad humana, la pena y el Derecho se contraponen. Están en tensión permanente. Se excluyen. En la práctica, defender los derechos, presupone combatir la forma concreta en que las penas –sin excepción, contravieniendo derechos– se materializan. Y si las penas siempre se materializan de esta manera, conculcando derechos, como es visible en cualquier prisión, sin excepción, no hay ninguna razón de peso (pragmatista) para suponer que aun así la pena deba ser, o “es”, algo “distinto” de eso que vemos. Es decir, una pena según la “teoría” penal, y otra pena según la práctica punitiva. Para el pragmatismo no existen dos penas, existe una sola, y esta resume toda la (única) “verdad”: la pena práctica. No la teórica. No la que debe ser, sino la que es. Por eso, es un error –que prontamente será dejado de lado– hablar de un “derecho penal”, o calificar a nuestra disciplina con ese equívoco nombre: el “derecho penal” expresa, a fin de cuentas, una contradicción en los términos, un oxímoron. Una vez que asumimos el enfoque del pragmatismo, e incorporamos al Derecho (Penal) el concepto de Derechos Humanos, el concepto mismo de Derecho Penal se desdibuja, se resquebraja, porque las penas, la “pena”, lo “penal”, supone siempre, en la práctica (único plano que nos importa ahora también en la teoría), violentar derechos, los recorta, erosiona y mancilla. Entonces la Pena y el Derecho, desde el pragmatismo, como es fácil comprobar en cualquier experimento de campo en América Latina, se contraponen y excluyen. Donde hay pena, no hay derecho. Donde se defienden derechos, se limitan y excluyen las penas. No hay distinción ya entre la “pena” y la forma en que la

pena “se realiza” (porque esta distinción era la misma distinción entre teoría penal y práctica concreta). Existe ahora un solo plano: la práctica punitiva como “verdad”, sin discurso legitimador que prometa en la pena una realidad que no vemos. Donde existe la pena, como se comprueba a diario en cada cárcel latinoamericana (donde se suma el problema de que el 70% de los encerrados no están condenados, están en prisión preventiva, solución de excepción que se ha convertido, con el regreso del peligrosismo mediático, en la penosa nueva regla, que contraviene toda constitución liberal, basada en el básico principio de inocencia)<sup>31</sup> no existen derechos “humanos”. Los condenados y encerrados no son tratados como auténticas personas con derechos. Son marginados y “encerrados” no para ser “reeducados” o rehabilitados, sino neutralizados. El sentido –único– de la pena, como afirmaba Pavarini, no es la recuperación, es la neutralización (abandono-encierro) de personas neutralizadas, a las que se les quita su “peligro” (supuesto). De allí que poco importen las condiciones penosas, inhumanas, del encierro. Y de allí el constante fracaso de los sistemas “penitenciarios” y los altos índices de reincidencia, que no se toman paradójicamente como un síntoma del fracaso de las políticas criminales y de las condiciones de encierro, sino que se emplean, paradójicamente, en un notable contrasentido, para exigir “más” del mismo remedio que viene fracasando: la cárcel. Más cárcel. Más castigo. Más encierro. Más pena. Es preciso para la doctrina desandar y exponer este círculo vicioso. En caso contrario, el penalismo seguirá alimentando las paradojas (y conflictos sociales, la violencia social) que dice venir a “suspender” o “resolver”.<sup>32</sup>

31. Conculcando de este modo el debido proceso, el acceso a la justicia y (a través de la selectividad estructural de la criminalización secundaria) la igualdad ante la ley.

32. Un déficit histórico de los estudios penales ha sido el criminalizar las consecuencias de los fenómenos, sin atacar nunca las causas (económicas, sociales) de los fenómenos que quiere comprender o analizar. Por eso muchas veces el poder punitivo parece encerrado en un círculo vicioso, en un laberinto en que se le exige “respuestas” alimentando la violencia existente en la sociedad, sin resolver ni “suspender” (ni comprender, en consecuencia) conflictos de ningún orden. Esto redundo en formas de la demagogia punitiva, cuyos resultados concretos, en términos de prevención del crimen (más allá de la estigmatización de sectores empobrecidos, a los que se asocia con todo crimen y peligro social, con la “amenaza”), son escasos, cuando no nulos. El punitivismo es contraproducente en contextos de conflicto social, que demandaría políticas públicas, no penales. Gargarella, R., “¿Derecho penal o derechos sociales?”, en *La Nación*, Buenos Aires, 19.07.2011.

### *Una ventana*

Hace mucho tiempo, el emperador Constantino el Grande, que acabó en Roma con la persecución de los cristianos, visitó una cárcel improvisada del Imperio. Al ver un preso encerrado en la oscuridad total, Constantino, que no inquirió qué delito había cometido, se conmovió y se opuso: pidió que abrieran una pequeña ventana, un hueco para que pasara un poco de luz, en cada celda del Imperio, por remota que fuera. Desde ese momento, por esa decisión de Constantino, cada celda de las cárceles tiene una ventana. Una ventana pequeña. Constantino entendió que cada preso, no importa la crueldad de su delito, la monstruosidad de su crimen, tenía derecho a ver un pedazo de cielo, a que entrara en su encierro un poco de luz, un poco de aire. Es la única manera de purificar el alma del condenado y lograr su arrepentimiento. Fue su visión cristiana y en cierto sentido humanista la que impulsó a Constantino a tomar esta decisión determinante y valiente, pero también simbólica. Acaso nuestra misión como jóvenes penalistas es seguir abriendo cada día un poco más esa pequeña ventana que empezó a abrir en el Imperio Romano, hace tanto tiempo, el emperador Constantino. Nuestra tarea, como penalistas, es seguir abriendo esa ventana, hacerla cada día un poco más grande, permitiendo que la luz atravesara las paredes de la neutralización y el olvido. La neutralización y el olvido no pueden ser una aspiración legítima del Derecho. Estamos obligados, una vez más, a revisar las distintas justificaciones morales y filosóficas que se han dado al castigo, constatando su veracidad y su eficiencia en la pretendida rehabilitación, cura o mejora de los condenados. Spee es un símbolo de este proceso, porque muchas de las críticas que lanzó a la caza de brujas se pueden replicar en nuestro tiempo para pensar la forma en que nuestro derecho también sale a “cazar” personas. Tenemos que oponerle la poesía y la sensibilidad poética a ese arte abyecto que es el penalismo, con sus argumentos “asqueroso”, horrible, “horrendo” (como dijo Carrara, Pavarini decía que el derecho penal “bueno” es una cosa “veramente imaginaria”, muy ilusoria, irreal). La poesía es la contracara de esto. La poesía, y la crítica poética del derecho en general y del derecho penal en concreto, nos ayuda, y mucho –como muestra Spee– en este camino. Nos ayudan a no terminar como el funcionario embelesado de la Colonia Penitenciaria de Kafka, que describe con fruición, ante un extranjero absorto, una maquinaria de tortura y castigo, ya en desuso: el Derecho Penal es esa maquinaria monstruosa aunque ya en desuso, que

muchos penalistas (que alaban el carácter “científico” de su trabajo) siguen describiendo con pueril fruición, asumiendo paralelamente la “asepsia” de su trabajo “maquinal”, instrumental, “técnico”. La poesía nos ayuda a salir de este anacronismo anti-humanista tecnocratizado. La poesía nos ayuda a salir de este laberinto en que se encuentra sumergido el Derecho Penal, carente de argumentaciones dogmáticas claras. La Rastra del cuento de Kafka es una metáfora clara de una pena atroz que escribe sobre los cuerpos de los condenados y los “educa” a través del dolor y el sufrimiento, para que aprendan a “ver”, para que entiendan y reciban en su cuerpo las marcas de un orden. Pero luego de aprender, mueren. No hay más “enseñanza”: luego de la tortura, la pena. No hay recuperación. No hay “retorno”. No hay resocialización. Hay aprendizaje casi como una venganza del orden sobre quien lo infringió, hay un poder que, aun en el siglo XXI, con el tratamiento inhumano, condena a muerte, una muerte distinta, pero una muerte segura, por cuentagotas. Este concepto griego, de la antigüedad, presente en las tragedias de Esquilo, *pathei mathos*, sigue vigente en nuestro derecho penal. La modernidad liberal no ha llegado nunca al Derecho. Creemos que sí, pero no lo hemos logrado. No hemos terminado nunca con la Edad Media. La Edad Media sigue presente entre nosotros. No hemos avanzado un solo paso. Seguimos parados en el mismo lugar: educar a través del sufrimiento, educar con el dolor y el castigo y la caza de brujas y la tortura.<sup>33</sup> Con el sufrimiento, el dolor, el castigo, se aprehende. Spee es, como poeta jesuita, como teólogo crítico de la tortura, en cierto sentido, un modelo a seguir. Porque aún hoy las torturas y la caza de brujas siguen vigentes en muchos países del mundo, apenas disimulados con otros nombres (técnicas de interrogatorio mejoradas, submarinos, cárceles clandestinas, procesos donde no llega el Derecho con sus garantías, que son recortadas sin justificación, presentando demagógicamente incluso a los derechos humanos como aliados del terrorismo y no como un baluarte de la democracia). No han terminado. Son un tema del presente y no del pasado. Incluso nos enfrentamos a una rehabilitación doctrinaria y judicial, como advierte Judith Butler en Estados Unidos, bajo

33. Incluso en el vocabulario coloquial, en la calle, se escucha en Argentina legitimar la violencia policial contra jóvenes pobres “para que aprendan” porque “alguien les tiene que enseñar”. Este es el lenguaje cotidiano –naturalizado, aceptado, tolerado, promovido– que se emplea para legitimar en el siglo XXI la violencia policial, las torturas en las comisaría, etc.

nuevos eufemismos legales, de la tortura en los procesos penales, con la rehabilitación de los estados de excepción, con la lucha al terrorismo. La caza de brujas sigue en pie, no ha terminado. La caza de brujas y la tortura para obtener información, el recorte continuo de derechos civiles, siguen vigentes en los países civilizados de Occidente. Y es un trabajo actual, de la democracia y de los defensores del Estado de Derecho, combatir esta erosión continua y cotidiana del principio de legalidad, no acostumbrarnos a ello, no acostumbrarnos al estado de excepción. Al recorte de garantías y derechos humanos. Los derechos humanos son la base –el núcleo– de la democracia.

Eugenio Zaffaroni, coautor de este trabajo, ha hablado, siguiendo a Giuseppe Bettiol, Pavarini, Carrera, entre otros, en algunos de sus últimos trabajos de la posibilidad de construir un derecho penal “humano”.<sup>34</sup> Muchos autores entienden que el concepto empleado, como sugiere en Frankfurt en sus críticas al liberalismo penal (casi un oxímoron)<sup>35</sup> Wolfgang Naucke, es equivocado. Porque no se puede humanizar aquello que por su naturaleza misma tiende a la inhumanidad, la crueldad y el recorte constante, continuo, de derechos. Naucke entiende que la única forma de construir un “*menschliches Strafrecht*” es construyendo un “*null Strafrecht*”.<sup>36</sup> Porque todo lo que hace la pena, como sostuvo Pavarini, es abyecto, es negativo, no cura, no mejora, no reeduca ni resocializa ni puede “mejorar” (ni fue pensado para mejorar, ni “humanizar”) a nadie. No es “humano”. Entonces lo máximo que podemos hacer con la pena, con el sistema punitivo, como nos enseñó el

34. Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*. Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

35. La lógica del castigo –en la práctica, más allá de las veleidades de la teoría, en cualquier cárcel concreta, más en América Latina– es incompatible con cualquier postulado liberal.

36. Además de una contradicción (Naucke, Pavarini), hablar de derecho penal “humano” como hace Zaffaroni, es redundante, porque se presupone que todo “derecho” es, en tanto derecho, un derecho “humano”. El hecho de tener que enfatizar lo “humano” demuestra que el Derecho, el concepto del Derecho, en cuanto tal, parece haber perdido, en el campo penal, precisamente, ese contenido básico. La deshumanización es un corolario del penalismo, de este “arte abyecto” que practicamos. Pero el concepto de Derecho expresa, en el siglo XXI, necesariamente el concepto de derechos humanos (Rorty-Rabossi). Esto es: la nota –cultural– de lo “Humano” El concepto de Derecho es inescindible del concepto de Derechos Humanos. Esta es la clave del constitucionalismo garantista (Ferrajoli) y principalista (Alexy).

mismo Zaffaroni, es contener esta violencia inhumana, no eliminarla, sino limitarla, no humanizarla, pero al menos “acotar” su inhumanidad permanentemente. No podemos volver la pena “más humana”, más “buena” o “mejor”. No hay cárceles “buenas”, no hay cárceles “sanas” ni cárceles “limpias”. La naturaleza del castigo (y su práctica real, alejada de la teorización humanista de la Academia) no parece obtener, en el siglo XXI, una clara justificación ética. Todo lo que podemos hacer es reducirla o contenerla o limitarla en su inhumanidad, “contenerla” en sus horrores, impedir que esa violencia crezca y se reproduzca en nombre del Derecho, tendiendo a los crímenes de masa, a los genocidios “por goteo”. Entonces podemos hablar de un derecho penal “menos inhumano”, pero nunca de un derecho penal “humano” o más “humano”. Porque, como mostró Pavarini, no hay manera de “humanizar”, de volver “más humano”, lo que en su naturaleza misma propende siempre a la inhumanidad, la crueldad y la tortura. Y esto es lo que hace el penalismo. Naucke nos mostró que un error histórico del liberalismo jurídico (Paul Anselm von Feuerbach) fue haberle dado una justificación ética a la pena. Cuestionar el penalismo, mostrarlo como *arte schifoso*, es empezar a desandar este error. Es repensar y también reivindicar la historia del liberalismo en el Derecho. La Pena y el Derecho, en última instancia, se contradicen, se oponen, no se complementan. No pueden caminar juntos. Porque la Pena, contra lo que pensaba Hegel, mancilla aquello que el Derecho, en tanto Derecho humano, reivindica: la dignidad inherente de la persona. Las cárceles en América Latina funcionan sin garantías y sin derechos humanos. No son horizontes de dignidad, sino de silencio. Hay hacinamiento, abandono, hambre y violencia, tortura, no “reeducación”, no “mejora”. No se resocializa, se neutraliza. El Derecho no puede justificar ni legitimar esto. Está para denunciarlo, no para legitimar la violencia institucional. Cuando el Derecho no lo hace, cuando el Derecho guarda silencio, cuando disimula su arbitrariedad o es cómplice de la violencia y la crueldad, es cuando aparece, como en el caso de Friedrich Spee, la poesía. La poesía como último recurso, como palabra firme y justa, como arma para combatir ese *arte schifoso* (Carrara), este “arte abyecto” (Pavarini). El cruce creciente entre la Poesía y el Derecho no es, por ende, una casualidad o una moda en América Latina: es una necesidad urgente de hacer visible (de hacer hablar, de poner en palabras) una realidad que el Derecho Penal no solo no denuncia, sino que muchas veces disimula, encubre y legitima, cuando directamente no niega. Nuestra caza de brujas. La Edad Media en el Derecho Penal no terminó, sigue vigente.

Se llama técnica de interrogatorio mejorada, Derecho Penal del enemigo, (Feindstrafrecht), Derecho Penal de Autor (Täterstrafrecht), recorte de garantías, estado de excepción, espionaje. Tal vez Jürgen Habermas tenga razón: tal vez la modernidad, que proclamamos en los papeles, sea aún una tarea pendiente en la práctica.<sup>37</sup> Un proyecto inacabado también para el Derecho Moderno. Terminar con la caza de brujas y con la tortura “mejorada” es una tarea esencial para nuestras democracias contemporáneas. Y es la única forma de consolidar el Estado de Derecho: consolidar las garantías, acabando con la “persecución” por “peligros” que muchas veces no son tales, son meros estereotipos mediáticos, falsas amenazas.<sup>38</sup>

Para concluir, una observación: entiendo que a la luz de las experiencias de las últimas décadas, el término mismo *Strafrecht* (Derecho Penal) caerá en desuso, porque en última instancia el Derecho y la Pena se oponen, se contradicen, no se complementan. Están en tensión. No pueden dar lugar unificado a un “concepto” que tenga sentido. A lo sumo dan lugar a un recurso retórico que sirve para legitimar discursivamente una disciplina, esto es, un discurso instrumental. Pero no hay nada más alejado de un discurso con aspiraciones de ser “científico”. La pena mancilla aquello que el Derecho contemporáneo –basado en los derechos humanos– defiende o dice defender y preservar, la dignidad humana. El término *Strafrecht* expresa, en consecuencia, a fin de cuentas, una contradicción en los términos, un oxímoron. Donde hay pena, no hay Derecho. El concepto mismo que empleamos, para definir nuestro propio campo de estudio, expresa una equivocación, un error de concepto, un presupuesto equivocado. El presupuesto de una pena “buena”,<sup>39</sup> de una cárcel “sana”, de un castigo que “sirve”, que “educa”, que

37. Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008.

38. Que las cárceles sean casi exclusivamente lugares de encierro de jóvenes pobres revela las carencias públicas y políticas de las democracias de América Latina, las falencias de los Estados de Derecho de la región. La falta de herramientas (prácticas pero también teóricas, conceptuales) del Derecho para criminalizar –pensar, visibilizar, evaluar– el crimen de cuello blanco revela la selectividad como un rasgo estructural, inherente a las prácticas de punición. Este es un fuerte argumento en contra de la legitimidad de todo sistema penal, que opera desmintiendo desde sus comienzos un principio básico: la igualdad ante la ley.

39. El concepto de pena “justa” o pena “buena” ya fue discutido en la Antigüedad por el filósofo presocrático Antifonte, un hedonista naturalista muy preocupado por disminuir

“mejora” al que lo padece, de un padecimiento “justo”, de un encierro que “resocializa”.<sup>40</sup>

Una palabra más sobre la polémica actual en torno del término garantismo que se observa en muchos países de América Latina, incluyendo la Argentina y Chile. Puede argüirse que un error de Ferrajoli es –sin intención acaso de su parte– el haber convertido el garantismo en una doctrina, esto es, rebajarlo a una posición (político-jurídica) doctrinaria, discutible entre muchas otras, cuando no es así: el garantismo no es una doctrina (del debate penal-constitucional contemporáneo), sino un rasgo esencial y estructural del Estado de Derecho. Quien discute con el garantismo discute contra nuestra constitución, ni más ni menos. Nos enfrentamos pues a un falso debate, caemos presos de una falsa antinomia, una trampa retórica en el Derecho. La antinomia garantismo-antigarantismo carece de sentido en un Estado de Derecho. En una democracia la justicia no puede no preservar las garantías constitucionales. Y el garantismo no es otra cosa más que eso: el respeto liso y llano de las garantías que establece nuestra constitución, garantías procesales y sustantivas. Es una trampa, en consecuencia, entrar al pretendido

la violencia existente en la sociedad de entonces. Ya Antifonte pensaba que toda pena es un mal, incluso si recae sobre un culpable, y que en tanto “mal” aumenta la violencia que el Derecho debiera tender a disminuir, no a reproducir o a alimentar. El caso de Antifonte (que incluso pide a sus contemporáneos rehusarse a testificar en los procesos, no importa si el acusado es inocente o culpable) demuestra que estas discusiones penales están lejos de ser originales o novedosas. Antifonte entiende que la violencia es una cadena que el Derecho debe cortar. Bieda, E., “Antifonte sofista: un utilitarismo naturalista”, en revista *Méthexis, International Journal for Ancient Philosophy*, Vol. XXI, 2008.

40. Por esto entendemos que en unas décadas el concepto mismo Derecho Penal caerá en desuso, será abandonado, descartado y reemplazado por otro concepto que supere esta contradicción. No se hablará más de “Derecho Penal” sino de técnicas penales y Derechos Humanos, por separado. El concepto mismo de Derecho Penal es un oxímoron, una contradicción en los términos, un sinsentido, una vez que, como pide Naucke, se repiensa críticamente la historia del liberalismo en el Derecho. Un error de concepto. La pena supone en la práctica concreta (como regla, y no como excepción) la negación constante de los derechos básicos que todo Derecho defiende, empezando por la dignidad humana inherente de cada sujeto. Y con esto no nos referimos solo a la selectividad estructural que priva de legitimidad al sistema mismo, en tanto violenta la igualdad ante la ley (y el debido proceso, postulados constitucionales básicos), sino a la forma en que las penas “legítimas” funcionan en la práctica: violentando derechos. La dramática situación carcelaria en Brasil –ausente en los medios– es un ejemplo.

debate doctrinario asumiendo una posición “garantista” frente a otras, igual de válidas en un nivel de disputa doctrinal. El garantismo no es una posición entre otras respecto del Derecho. El garantismo no es un paradigma más. Es un rasgo o pilar inherente del Estado de Derecho. Una forma del Estado Constitucional emergente de la posguerra. No una postura que entra –y por eso es un error entrar en la– discusión doctrinaria. Esta discusión en rigor rebaja el estatus del garantismo. No lo preserva, lo erosiona (el cual es, naturalmente, su objetivo).<sup>41</sup>

### III. Conclusión

Martha Nussbaum, profesora de ética en Chicago, cree que se puede repensar el derecho (positivista) desde un enfoque original que incorpore las emociones (largo tiempo negadas) incorporando la poesía (la literatura

41. Caterini, M., “Sistema mediático y sistema penal”, en *Revista Internacional Derecho Penal Comparado*. Legis, Bogotá, Abril-Junio 2015, pp. 65-92. Millie, A., “Urban interventionism as a challenge to aesthetic order: Towards an aesthetic criminology”, en revista *Crime Media Culture*, Vol. 13, Number 1, April 2017. pp. 3-18. Distintos fenómenos actuales en América Latina que marcan una expansión del ejercicio del poder punitivo formal e informal (la criminalización de la protesta... el uso arbitrario de las figuras penales de “asociación ilícita” o “intimidación pública”, el activismo judicial conservador, para no preservar garantías procesales, la limitación de las excarcelaciones por ley –en sistemas penitenciarios que se reconocen y asumen en crisis, ruinosos e inhumanos, incapaces de resocializar o reeducar personas– en Argentina, entre otros) forman parte del horizonte judicial crítico en el cual se inscribe la polémica en torno del garantismo. El Derecho Penal no tolera ni resiste muchas veces no preguntas muy complejas o sofisticadas, sino las más simples y sencillas, casi de sentido común: ¿limitar las excarcelaciones no es un contrasentido si aspiramos a la resocialización de tales personas? Promover el encierro infinito ¿es una posibilidad de recuperar o de abandonar a esas personas? ¿Qué mensaje les estamos dando? (y que incide, naturalmente, en la posibilidad o imposibilidad de su eventual recuperación, aspiración y mejora). El mensaje que se transmite desde la sociedad y desde el Derecho a los condenados es que ya no forman parte de la sociedad. Que no los queremos de regreso. Que han caído en el olvido y esperamos que “nunca más salgan”. Que jamás “vuelvan a salir”. Que se “pudran” en la cárcel. (No debe subestimarse el empleo de estos términos en el lenguaje coloquial urbano; expresan sentidos latentes, no explícitos). Lo contrario de la resocialización es el abandono. Y eso es lo que realiza la pena pretendidamente humanista: abandonar, neutralizar, degradar personas. Mancillar sus derechos.

en general) al estudio del Derecho.<sup>42</sup> El Derecho Penal ha sido parte de esta negación de lo corporal, de los cuerpos disciplinados que se encierran, se maltratan y se castigan. Se penan. Para generar una práctica punitiva semejante, hacía falta una doctrina que minimizara, como afirma Nussbaum, el valor de las emociones en el Derecho (y en todo conocimiento, que aspira a ser “objetivo”, neutral, imparcial, frío, “racional”), en tanto las emociones remiten, como la poesía que las recupera, a la corporalidad negada (en nombre de la Razón, que la pena quiere o quería expresar). La poesía pone en tensión al Derecho a la vez que defiende y exhibe los cuerpos con sus emociones y su palabra. Los saca del encierro. Exhibe los cuerpos negados. Emociones negadas. Sentimientos negados. Voces negadas. Exhibe la alteridad. Lo que sale por fuera del parámetro legal (normativo sobre la conducta y la corporalidad en sentido amplio). La otra voz. El otro cuerpo. La alteridad. La otra palabra es la palabra poética. Por eso no es casual que Spee haya sido, como poeta, crítico de la criminología de su tiempo. (Algo semejante puede decirse de Franz Kafka, que era también abogado).<sup>43</sup> Un defensor de las emociones/corporalidad negada, que defiende a quienes mejor encaraban (las amenazas de) lo corpóreo: las mujeres.<sup>44</sup> Spee y Kafka eran dos escritores con sensibilidad para expresar la forma en que el Derecho castiga los cuerpos. Esto no es accidental: la literatura, amén de “humanizar”, expresa sentimientos y los sentimientos –negados por la ciencia “objetiva”, imparcial “racional”– expresan lo corpóreo, lo “subjetivo”, negado por quienes se encerraban en la objetividad y hacían de las personas y sus cuerpos también “objetos” de tratamiento. La poesía combate la cosificación. Trasciende el maniqueísmo dualista sujeto-objeto. Trasciende el dualismo cartesiano. Da paso al monismo antropológico, hoy en boga, no por casualidad.<sup>45</sup> Hoy el

42. Nussbaum, M., *Poetic Justice. The literary imagination and public life*. Beacon Press, 1997.

43. Véase su célebre cuento “Ante la Ley”, una clara metáfora sobre el rol crítico de los abogados que se presentan como “guardianes” ambivalentes de la Ley, que hacen del Derecho una (su) “profesión”, un tesoro privado, de acceso limitado a los campesinos pobres.

44. Nussbaum, M., *El Ocultamiento de lo Humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*. Ed. Katz, Buenos Aires, 2007. El Derecho Penal, con sus cárceles, encierros y castigo, ha sido parte de esta negación y de este “ocultamiento” de lo humano.

45. El paso del dualismo antropológico cartesiano (sujeto-objeto, alma-cuerpo, razón-emoción) al monismo antropológico (que reivindica lo corporal frente a la Razón, las

Derecho, en diversos campos, se muestra técnico, deshumanizado, maqui-  
nal.<sup>46</sup> Nussbaum pretende “volver a humanizarlo”.<sup>47</sup> Esto afecta sobre todo  
la comprensión –y el funcionamiento– de la pena. La tecnificación agrava  
los males del penalismo: muestra a los operadores jurídicos (sin emocio-  
nes, “neutrales”, “tecnócratas”, burócratas que “administran” meramente

emociones y los sentidos, la imaginación literaria) es parte de la base sobre la que se edifica  
el auge del cruce literario en el Derecho (Law and Literature), en tanto la literatura trae  
al Derecho las emociones/imaginación/sentimientos/corporalidad largo tiempo negados  
(por el Derecho Moderno, de raigambre dualista). En este mismo marco se sucede, no por  
accidente, la reivindicación de los derechos de los animales, o de la naturaleza misma como  
sujeto de derechos, o de personas discapacitadas: ya no hace falta “tener razón” para tener  
derechos. Basta tener, precisamente, un cuerpo, antes negado. Esta reivindicación de la  
corporalidad va de la mano de la reivindicación teórica de la literatura (que reivindica las  
emociones y sentidos, frente a la razón abstracta, que traen los cuerpos concretos). Esto  
explica a su vez por qué este nuevo enfoque poético sobre el Derecho (poetic justice) está  
de moda en Argentina, un país que, a la luz de las políticas de Derechos Humanos, Me-  
moria, Verdad y Justicia, buscó y aún busca los cuerpos de los desaparecidos de la última  
dictadura cívico-militar. La búsqueda de esa corporalidad desaparecida y negada (también  
por el Derecho) es parte del giro poético (reivindicador de lo corpóreo) en la comprensión  
y construcción del Derecho argentino, en este aspecto este nuevo enfoque es crítico del po-  
sitivismo jurídico (y su proyecto de un derecho, como afirma Nussbaum, “anti-emoción”  
negador de la corporalidad). El penalismo ha sido parte histórica de esta negación/tortura  
de la corporalidad. Los campos de exterminio pueden ser pensados como expresión (sin  
límites) de la pena, del penalismo y el arte de castigar cuerpos (Zaffaroni, E. R., *Crímenes  
de Masa*. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010).

46. Frankenberg, G., *Técnica Estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el Estado de  
Excepción*. Rubinzal-Culzoni, Córdoba, 2015.

47. Una forma es repensar el derecho penal “inhumano” intentando volverlo “más huma-  
no”, más “bueno”, menos cruel, menos tortuoso. Hay por otro lado conceptos críticos que  
nos pueden ayudar, desde la doctrina penal, a repensar los defectos estructurales de la dis-  
ciplina y de la práctica del poder punitivo. El concepto de “culpabilidad por vulnerabilidad”  
puede servir –y de hecho sirve– para invertir o al menos acotar y repensar la selectividad  
estructural en el Derecho Penal. La selectividad estructural de las agencias de criminali-  
zación secundaria se podría mitigar empleando un concepto que haga foco en el grado de  
vulnerabilidad de los actores a la hora de ponderar –con una escala negativa– la capacidad  
de reproche desde el sistema penal. A menor vulnerabilidad (social), mayor será –ante el  
mismo delito– la capacidad de reproche penal. Es la única manera, en sociedades tan poco  
igualitarias, de generar una base o fundamento ético para el derecho penal.

un “sistema” que castiga y disciplina los cuerpos)<sup>48</sup> como sujetos sin emociones, fríos, no empáticos, esto es: incapaces de pensar por sí mismos el instrumento –la Rastra– que están aplicando, empleando, reproduciendo y legitimando, incapaces de mirar a los otros.<sup>49</sup> La función de la literatura, como ya sugería el formalismo ruso de Tinianov, es sacarnos la venda de los ojos, rompiendo todo automatismo, este automatismo maquinal, esta forma de actuar sin pensamiento crítico, sin ver lo que hacemos, sin tener conciencia cabal de los actos que cometemos en nuestra profesión de abogados, sin tener dimensión del instrumento que manejamos y los usos prácticos

48. Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid, 2008. Adorno, T. y Horkheimer, M., *Dialéctica de la Ilustración*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1998.

49. Puede verse en el documental *Shoah*, del francés Claude Lanzmann, los relatos de los peluqueros polacos que cortaban el pelo de las mujeres antes de que estas entraran a las cámaras de gas de Auschwitz. “Ya no se puede sentir nada”, exclama uno de los peluqueros, la anulación de toda empatía, de todo sentido, de todo sentimiento humano, es la realización máxima de la burocracia punitiva, es el quid del funcionamiento de todo campo de exterminio pero también de toda cárcel. La deshumanización del otro (que se aniquila o encierra) es parte del funcionamiento punitivo. Por eso el poder punitivo, que parte de la deshumanización, tiende, liberado de todo límite o contención jurídica, al genocidio, al crimen de masa. Y si esto está en la estructura misma del sistema penal, es contradictorio postular la sola idea de un derecho penal más “humano”. El derecho penal, por el contrario, tiende, por su propia naturaleza práctica, a la violación de derechos, al tratamiento inhumano. Por tal motivo, no se puede “humanizar”. Por tal motivo separamos, precisamente, Derecho y Pena. Porque el Derecho mismo presupone siempre el concepto de humanidad. Hablar de un Derecho Penal “más humano” presupone a su vez que el concepto de Derecho (Penal) no es “humano” o necesita “humanizarse”, lo cual termina siendo un argumento indirecto en favor de la tesis de que el Derecho y la Pena se contradicen. Si no fuera así, bastaría con el término “Derecho” al lado del término “pena” para lograr la “humanización” del penalismo. Si no es así, es porque el Derecho “no alcanza” o no puede “convivir” con la pena sin volverse “inhumano” él mismo. Por eso Zaffaroni recurre a agregar el concepto de “humano” al lado del concepto de “derecho penal”. Porque el Derecho Penal contemporáneo, por sí solo, cae en la inhumanidad constante y la violación de derechos y garantías, en nombre –contradictorio– del propio Derecho. Pero si el Derecho Penal es ya inhumano, no alcanza con agregar el concepto “humano” porque si el Derecho Penal es inhumano, quiere decir que la Pena y el Derecho no se condicen, se contraponen. Dicho de otro modo: es volver a intentar con la “humanización” del Derecho Penal aquello en lo cual el Derecho (Penal), ya fracasó. De allí la necesidad de Zaffaroni de incorporar nuevos conceptos que “humanicen” esta disciplina deshumanizada, técnica, de administración y gestión de cuerpos.

a que da lugar. Esta es la función central del arte. Y esto le sirve y mucho a los abogados y al Derecho: salir del automatismo mecánico. Pensar bien lo que estamos haciendo. Repensar el Derecho.<sup>50</sup> La poesía puede contribuir y mucho en este camino. No es casual, en ese marco, la reivindicación de la figura de Spee, un poeta y teólogo cuestionador directo de la tortura y la caza de mujeres. Necesitamos un Spee en el siglo presente, capaz de cuestionar la cantidad de crímenes que se cometen, pero no se nombran. Los genocidios por goteo en Centroamérica, producto de la violencia mal llamada “institucional”, de cárceles inhumanas que son meras fábricas de la muerte, un encierro inhumano que no produce nunca una persona “recuperada” o “mejor”.

No hemos abandonado, pues, la edad media penal. Hoy nos amenaza un regreso velado al peligrismo, al derecho penal del enemigo, al derecho penal más antiliberal: el derecho penal de autor, no de acto. Este es el oscurantismo contemporáneo, predicado a la vez que se predica, paradójicamente, la “asepsia política” del Derecho Penal. Su “neutralidad” técnica, aunque sabemos de sobra que las técnicas no son nunca neutrales ni apolíticas. Juzgar a las personas por lo que son: no por lo que hacen. Y lo que son, o el supuesto peligro que representan (sin pretender nunca “probar” tales asepciones, los indicios y sospechas reemplazan toda “prueba”, así como la condena firme es reemplazada por la pena anticipada y sin derechos, la prisión preventiva, sin condena, que conculca el principio de inocencia), se decide a priori y de modo arbitrario. Muchas veces esta tarea ha sido sustraída a los tribunales: se decide –por motivos de velocidad y eficiencia– en los medios masivos: los nuevos tribunales. Ya no se requieren siquiera “pruebas”. La sociedad, se repite en los medios masivos, no puede esperar los tiempos “lentos” de la justicia: de allí el auge de la prisión preventiva, del encarcelamiento indiscriminado y sin condena, violando el debido proceso y la igualdad ante la ley. El resultado de todo eso es conocido: es la pérdida total, el recorte de garantías. Personas condenadas conviviendo en el mismo espacio con personas inocentes, aunque encerradas. Es la pérdida de derechos y libertades. No es casual en nuestra región el martilleo constante en los medios contra el “garantismo”, que no es sino la defensa lisa y llana de las garantías que establecen nuestras constituciones y ordenamientos. El

50. Cover, R., *Derecho, Narración y Violencia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

garantismo es un límite para esta criminología mediática. Vivimos en una segunda inversión, donde la defensa –y no el atropello– de las garantías constitucionales y procesales es mediáticamente impugnada y presentada como un defecto y no como un respeto claro del Estado de Derecho y la constitución.<sup>51</sup> Las garantías son la base esencial de la vida en democracia. Su recorte o erosión es un riesgo para la democracia. Sin embargo, mediáticamente, son vituperados los jueces que defienden tales garantías y las aplican. Quienes se alejan de ellas –quienes se alejan con cualquier pretexto del texto de nuestra carta fundamental– son, paradójicamente, celebrados públicamente por su espíritu “republicano”. La interpretación reemplaza al derecho. La legalidad se erosiona. Por eso sostiene Ferrajoli que el método del garantismo no es sino el positivismo jurídico: la aplicación lisa y llana de lo que establece, en este punto, la ley. El anti-garantismo (o el principalismo, Alexy, por ejemplo, que es empleado en Latinoamérica como pantalla) se aleja del positivismo. Se aleja del texto constitucional. Y esto entraña varios riesgos severos que deben ser analizados por la doctrina. Es posible pensar un activismo judicial conservador y no progresista.<sup>52</sup> En jueces –sobre todo penales– que se distancian del texto constitucional no para respetar más derechos y garantías, sino para conculcarlos de modo arbitrario. Para recortar las garantías de la constitución.<sup>53</sup> Esto sucede en Argentina de

51. Comanducci, P., *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica. Ensayos de Teoría Analítica del Derecho*, Ara Editores, Lima, 2010.

52. Ferrajoli, L., “Constitutionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en revista *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, pp. 15-53. Ferrajoli, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

53. De este modo, puede repensarse mejor el porqué de la actual moda del pensamiento de Robert Alexy en América Latina, en la jurisprudencia de los tribunales de Argentina, Chile y Brasil. Es claro que los fenómenos de descodificación gradual, aunados al caos normativo producto de la demagogia punitiva de los actores políticos, obligan a los jueces a buscar “claridad” (con argumentación jurídica) allí donde el Derecho ya no la brinda, porque el Derecho ya no brinda a los jueces cuerpos codificados claros y precisos, producto de un sistema filosófico, de pensadores con una concepción articulada. Ante este vacío, los jueces se ven obligados, ante la necesidad de fallar, a profundizar el campo de la argumentación jurídica. El auge de este campo (el auge del interés en la argumentación y la interpretación jurídica) es pues una respuesta ante la descodificación legal. El activismo judicial puede ser pensado entonces como una consecuencia más que como una

modo cotidiano. De allí la crítica mediática constante al “garantismo”, como si el garantismo –las garantías, y no la pobreza, el desempleo o el hambre– fueran el verdadero “problema” para la democracia y la convivencia civil.<sup>54</sup> Como si el respeto de las garantías fuera el responsable último de la inseguridad ciudadana, y no a la inversa, ya que la pobreza –entre otros causantes de delitos toscos– deriva del no respeto de ciertas garantías y derechos.<sup>55</sup>

causa. La causa es la descodificación legal (producto de la irresponsabilidad política de actores que en función de intereses políticos mediáticos de corto plazo elaboran normas contradictorias entre sí, generando con el tiempo un cuerpo desordenado de leyes, que el juez debe aplicar). Precisamente por eso el principalismo adopta el “no positivismo” como método. Porque ante la descodificación creciente, los jueces se “alejan” del texto legal, buscado soluciones conforme a Derecho pero construidas argumentativamente de cara a la sociedad. El “positivismo” estricto parece un método problemático en contextos de descodificación creciente. De allí el interés creciente de los jueces por los estudios de argumentación jurídica.

54. Castel, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos?* Manantial, Buenos Aires, 2008.

55. El garantismo es ante todo una filosofía igualitaria. Entiende la inseguridad en diversos planos, como la inseguridad alimentaria, habitacional, educativa, entre otros, y los entiende a partir del recorte de derechos. El garantismo por eso mismo apuesta a las garantías (al respeto de más garantías) para “combatir” el crimen, y no a la inversa, como equívocamente muchas veces se propone. De este modo el garantismo pretende no criminalizar las consecuencias de un fenómeno: pretende atacar sus causas socio-económicas. Cuando este paso se omite, es cuando se pide “recortar garantías” como forma de combatir la criminalidad, sin ver que de ese modo solo se agrava el problema que el garantismo ya diagnostica y para el cual propone soluciones y herramientas concretas, que demandan, naturalmente, recursos e inversión del Estado. Entiende el garantismo que muchos fenómenos criminales tienen su raíz en el no respeto de ciertas garantías y derechos (jóvenes sin vivienda, desfamiliaizados, en contextos de pobreza y precariedad, sin hospitales, ni casa, etc.). Entonces es el Estado con sus omisiones (al no respetar determinadas garantías y derechos sociales y económicos) el primer responsable. Muchas de estas carencias explican luego cierto tipo de criminalidad, que se presenta como único “peligro” ciudadano y a sus actos, principalmente jóvenes pobres, como una “amenaza”. Respetando más (y no menos) garantías y derechos sociales, es posible pensar en una disminución de cierta criminalidad. La falta de políticas públicas de parte del Estado también debe ser pensada como una omisión gravosa (falta de salud, escuelas, rutas, etc.) que luego se vincula a fenómenos de inseguridad y violencia social. El Estado solo aparece con su faz punitiva, de criminalización, nunca con acción social directa, que sería el mejor camino, desde el Estado, de prevención del crimen. Pongamos un ejemplo: la baja de edad de imputabilidad penal. La baja de edad de imputabilidad en un país que

cuenta, según cifras oficiales, con 5,2 millones de chicos en situación de pobreza (muchos de pobreza extrema, de vulnerabilidad y abandono) revela una contradicción flagrante y una desorientación en el rol que le ocupa atender, ante esta realidad lacerante y grave, de minoridad desprotegida, al Estado argentino, en función de sus compromisos internacionales (Convención de los Derechos del Niño) y también de las obligaciones emergentes de nuestro propio ordenamiento interno. La respuesta penal es siempre una respuesta de *ultima ratio*, que se aplica cuando –para los adultos que cometen delitos– todas las otras alternativas reparadoras fracasan. Este razonamiento o principio básico del derecho penal es aún más categórico en el caso de los menores, que necesitan inclusión y perspectivas concretas, esto es, todo lo contrario de lo que supone el encierro en una prisión. La pena privativa de la libertad en menores de edad agrava el cuadro de marginación y exclusión que esos mismos menores –cuando caen en la criminalidad– ya padecen. La misión del Estado es romper este círculo vicioso, no agravarlo.

En un país como Argentina que cuenta con casi seis millones de menores pobres o indigentes, bajar la edad de imputabilidad no parece el camino ni ética ni jurídicamente correcto. Con millones de chicos en el umbral de la pobreza, sin educación ni salud de calidad, con padres desempleados o en la precariedad más absoluta, que fuerzan muchas veces a esos mismos menores a trabajar (la pobreza infantil, el trabajo infantil y el delito en menores son fenómenos inescindibles, como advierte UNICEF), la respuesta del Estado no puede pasar por incrementar la pena y la exclusión que ya esos chicos, por inacción del Estado en los planos socialmente trascendentes, vienen padeciendo. El Estado debe promover derechos, reparar e integrar a los menores, sacándolos de la pobreza, brindando horizontes concretos donde puedan desarrollarse, sin caer en las redes que los esclavizan o los fuerzan a trabajar, abandonando sus hogares, sus estudios, sus familias. La misión del Estado nacional, a partir de un diagnóstico preciso, es no agravar los cuadros de exclusión, marginación, desfamiliarización y abandono que padecen millones de menores en Argentina, incrementando penas o dando una respuesta penal a la exclusión social. Por eso UNICEF, ante este escenario dramático de pobreza infantil en la región, señala como un contrasentido (una forma de agravar el problema) la propuesta de bajar la edad de imputabilidad. Un déficit histórico que se ha cuestionado al Derecho Penal es el criminalizar las consecuencias sin atacar nunca las causas (sociales, como la pobreza) de los fenómenos que abarca o analiza. La respuesta penal no logrará solucionar el drama que viven los menores pobres. Solo puede conducir a agravar los cuadros de exclusión y violencia que vienen padeciendo, potenciando el problema a futuro, aumentando la violencia, la desigualdad y la exclusión que el Derecho debería –y dice– venir a reparar.

La respuesta penal frente a millones de menores empobrecidos expresa un fracaso rotundo del Estado y de la sociedad. Y no garantiza que disminuyan los casos de inseguridad que padece la sociedad argentina. Las estadísticas demuestran exactamente lo contrario. La baja de edad de imputabilidad es una respuesta demagógica, pero no realista. Es una respuesta de corto plazo, que deja sin atender (e incluso puede agravar) las causas sociales del fenómeno de la inseguridad. Por eso UNICEF, con acierto, la rechaza con dos

El auge de la prisión preventiva –que conculca el debido proceso– en América Latina, con índices de prisionización que oscilan entre el 70 y el 80% dependiendo de los países, muestra este punto de modo crítico. La prisión preventiva de excepción devenida en regla expone un distanciamiento de los jueces respecto de los textos –garantías– constitucionales. Por eso Ferrajoli postula un constitucionalista garantista cuyo método jurídico (a diferencia del constitucionalismo principalista de autores como Robert Alexy) es el positivismo.<sup>56</sup> Es el apego a las garantías legales.

Hemos propuesto en este trabajo, paralelamente a la reivindicación de la figura de Spee, una reivindicación instrumental de la poesía para cuestionar muchos de los postulados de nuestro Derecho, de nuestra disciplina, mal fundamentada. Hemos propuesto repensar el nombre mismo de Derecho Penal desde el pragmatismo y un enfoque de derechos humanos, porque entendemos que el concepto de Derecho es, en la actualidad, del todo incompatible con las prácticas que materializa la pena (encierro, hacinamientos, tortura, hambre, violaciones, violencia constante, agravamiento de los males sociales que el penalismo dice –con la pena– venir a “suspender” o “solucionar”). De este modo, hacemos una apuesta por la transparencia en la argumentación en el Derecho. Por volver más transparentes, más honestos, más prácticos, los argumentos que empleamos en el ámbito del penalismo. La honestidad nos condujo, casi en forma directa, a la poesía. No a la doctrina penal, sino a la figura de Spee. Spee nos ha mostrado lo poco que ha evolucionado, lejos de lo que puede pensarse, nuestro Derecho Penal. Aún seguimos en la Edad Media.<sup>57</sup> Nuestras cárceles no son mejores (para el caso de que una cárcel pueda ser en algún modo “mejor” que otra) que aquellas en las cuales Constantino, sorprendido de la humillación a la que se sometía a un reo encarcelado en la oscuridad total, pidió abrir una ventana

motivos. Por un lado, para evitar que se sigan conculcando los derechos de los menores. Por el otro, porque es, desde la óptica criminológica, una solución técnicamente inidónea para frenar los casos de inseguridad que padece la sociedad. No produce nunca el resultado presupuesto. Solo apuntala un círculo vicioso que conduce, sucesivamente, a seguir disminuyendo, sin resultados, la edad de imputabilidad.

56. Robert Alexy, que sigue a Gustav Radbruch, define su posición como un “no positivismo”.

57. La crisis en la que se encuentra sumido actualmente el principio de legalidad penal es tan solo una de las caras de este fenómeno de erosión continua de garantías y derechos.

pequeña. De allí la enorme vigencia del pensamiento de Spee. Porque aún estamos luchando contra quienes, como el funcionario embelesado de la Colonia Penitenciaria que Kafka describe con magnífica ironía (un funcionario que describe embelesado una máquina de tortura, que permite a quienes agonizan poder “ver” antes de morir, ya que el castigo los mata), le brindan un “sentido” a la pena. Esto que Pavarini considera un arte “abyecto”, que Carrara califica de “horrible” y asqueroso, que Naucke entiende como “el error histórico del liberalismo en el Derecho”, perpetrado por Paul Anselm von Feuerbach: que al salir del retribucionismo penal, para “acotar” los alcances “utilitarios” del castigo, da nacimiento al principio de legalidad. Ya ahí puede situarse una contradicción, un hiato, un punto de inflexión que se extiende hasta el día de hoy: al mismo momento que nacen las teorías no retribucionistas de la pena, al mismo tiempo que le buscamos un sentido “utilitario” al castigo, nace, como contrapeso, la legalidad como principio en el Derecho. La legalidad nace combatiendo a la pena.<sup>58</sup> Esta tensión entre la legalidad (los derechos humanos) y la pena se extiende hasta el día de hoy. Lo que parece imposible, como muestra Pavarini, es reconciliar a la Pena con el Derecho. Tal vez haya llegado el momento de abandonar esta vieja esperanza o presupuesto, sobre la que se funda, sin embargo, toda nuestra disciplina. Incluido su nombre: *Derecho* Penal, cuando la pena funciona siempre (en la práctica, porque con el pragmatismo abandonamos la veleidad de toda teoría, la única teoría que queda es la práctica, la única verdad de la cárcel es la cárcel en la práctica, no en la teoría) como negación –contradicción– de un (de todo) derecho. La Pena y el Derecho, en definitiva, se contraponen. No se pueden defender a la vez. No pueden ir juntos, sino separados. Todo concepto de Derecho presupone, en los albores del nuevo siglo, el concepto de derechos humanos. Buscar alternativas reparadoras a la pena es asumir que la pena, y todas las teorías que le han otorgado en

58. Combatiendo y limitando esto que primeramente se pensó que eran solo sus “abusos” y “desvíos” y luego se descubrió que eran todo su sentido y su estado de “normalidad”, porque no encontramos nunca penas “buenas”, penas “sanas”, que “reeducuen” personas, cárceles “limpias” y “sanas” que permitan a las personas encerradas “salir mejor” que como entraron, salir “resocializadas” del encierro, la marginación, el abandono. El contrasentido práctico parece evidente. El objetivo, detrás de la superación del idealismo penal, es dejar de mostrar (y enseñar) el Derecho como debería funcionar, como debería ser, mostrando y enseñando el Derecho como funciona.

vano durante décadas –siglos– un sentido o justificación, no han logrado el objetivo propuesto o buscado. Por el contrario, nos han sumergido en un laberinto doctrinario –un laberinto de palabras y conceptos “asépticos” y “apolíticos”, neutrales (y muchas veces ahistóricos)– del que se ha hecho muy difícil salir. Y esto (la contradicción flagrante y directa de la Pena con el Derecho, con todo derecho *humano*) se ve una vez que se abandona el gran mal de la filosofía jurídica: el idealismo. Es decir, una vez que se abren los ojos.<sup>59</sup> Una vez que advertimos, como juristas, sin disimulo teórico, la práctica punitiva concreta que tenemos delante de nuestros ojos todos los días. En definitiva, el mayor –y acaso el único– gran desafío de los penalistas pase por animarse a abrir los ojos.

## Bibliografía

- Adorno, T. y Horkheimer, M., *Dialéctica de la Ilustración*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1998.
- Alagia, A., *Hacer Sufrir*, Ediar, Buenos Aires, 2013.
- Bauman, Z., *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid, 2008.
- Carrara, F., *Opúsculos de Derecho Criminal*, Temis, 1976.
- Castel, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos?* Manantial, Buenos Aires, 2008.

59. El feminismo, como afirma Owen Fiss, es una teoría crítica al interior del Derecho y la mayoría de los problemas y puntos de vista novedosos son traídos al derecho (también penal) contemporáneo por el enfoque feminista. Un tema novedoso en Argentina, a raíz de las particulares críticas de las mujeres que, pese a su inocencia, caen en la criminalización informal permanente, son los derechos conculcados de las mujeres de los presos, cuya culpabilidad (de sangre) se presume por el solo hecho de visitar a sus maridos presos; de allí que sean maltratadas y sometidas también las familias de los presos, empujando por sus mujeres, aunque también por la institucionalización violenta de sus hijos. “Te atropellan en la cárcel si no conocés tus derechos”. “Nosotras somos inocentes, pero nos tratan como culpables, nos sentimos muy maltratadas. Ahora que mi marido está en una unidad mejor en Olmos, sus hijas van de vez en cuando a ver a su papá”. “Porque hay sistemas más tecnológicos y menos abusivos. Un detector de metales (como el que usan los patovicas en los boliches). Antes, había mujeres que salían descompuestas de las revisiones”, afirma la Dra. Alba Susana Changala (*Clarín*, Buenos Aires, 06.07.2017). El Derecho Penal es también un engranaje que forma parte del gran sistema de poder comunicacional (performativo) del patriarcado, que el feminismo denuncia.

- Caterini, M., “Sistema mediático y sistema penal”, en *Revista Internacional Derecho Penal Comparado*. Legis, Bogotá, Abril-Junio 2015.
- Comanducci, P., *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica. Ensayos de Teoría Analítica del Derecho*, Ara Editores, Lima, 2010.
- Cover, R., *Derecho, Narración y Violencia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.
- Ferrajoli, L., “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en revista *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011. pp. 15-53.
- *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.
- Frankenberg, G., *Técnica Estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el Estado de Excepción*. Rubinzal-Culzoni editores, Córdoba, 2015.
- Gargarella, R., “¿Derecho penal o derechos sociales?”, en *La Nación*, Buenos Aires, 19.07.2011.
- Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008.
- Kafka, F., *En la Colonia Penitenciaria*, en *Obras Completas*, Losada, Buenos Aires, 1996.
- Marí, E., *Teoría de las Ficciones*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.
- Millie, A., “Urban interventionism as a challenge to aesthetic order: Towards an aesthetic criminology”, en revista *Crime Media Culture*, Vol. 13, Number 1, April 2017.
- Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg, 1962.
- Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2007.
- *Not For Profit: Why Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, 2010.
- *Poetic Justice. The literary imagination and public life*. Beacon Press, 1997.
- Spee, F., *Cautio Criminalis*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2017.
- Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2001.
- Zaffaroni, E. R., “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano e Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, Guarujá, 16 de septiembre de 2001.

- *Crímenes de Masa*, Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010.
  - *Criminología. Aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1988.
  - *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*, Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.
- Zaibert, L., “On the Matter of Suffering: Derek Parfit and the Possibility of Deserved Punishment”, en *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 11, Number 1, March 2017.