

**La deriva neopunitivista de organismos
y activistas como causa del desprestigio
actual de los derechos humanos**

DANIEL R. PASTOR

**Separata de "Nueva Doctrina Penal"
2005/A**



LA DERIVA NEOPUNITIVISTA DE ORGANISMOS Y ACTIVISTAS COMO CAUSA DEL DESPRESTIGIO ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Daniel R. Pastor*

“Ron movió negativamente la cabeza, desconcertado, y luego miró la hora: –Tenemos que patrullar por los pasillos de vez en cuando –les comentó a Harry y a Neville–, y podemos castigar a los alumnos si se portan mal. Estoy deseando pillar a Crabbe y a Goyle haciendo algo...
–¡No debes aprovecharte de tu cargo, Ron! –lo regañó Hermione.
–Sí, claro, como si Malfoy no pensara sacarle provecho al suyo –replicó éste con sarcasmo.
–¿Qué vas a hacer? ¿Ponerte a su altura?”

J. K. ROWLING, *Harry Potter y la Orden del Fénix***

I. El neopunitivismo

Quien se detenga a analizar la situación actual del poder penal como práctica que pretende contribuir a poner orden en la vida social, tocándole intervenir de la forma más enérgica frente a los casos que se suponen más graves, comprobará inmediatamente que vivimos un tiempo en el cual el derecho punitivo ha sido elevado a la categoría de octava maravilla del mundo.

En efecto, de la irresponsable fantasía abolicionista que surgió hace algunas décadas hemos pasado, sin prestar atención al sensato llamado del derecho penal mínimo como si éste hubiera sido en verdad el canto de sirena, a una desbordante explosión de nuevas figuras penales y a una lluvia de interpretaciones judiciales que extienden el ámbito de la responsabilidad penal más allá de lo razonable en el caso de tipos abiertos (ca-

* Dedicado a Alberto BOVINO, amigo y compañero.

** Naturalmente, en un trabajo dedicado a BOVINO no podía faltar un epígrafe. La cita corresponde a la traducción de Gemma ROVIRA ORTEGA, Ed. Salamandra, Barcelona, 2004, p. 201. La voz “deriva”, en el título, está utilizada con el alcance que le dará la RAE, como segunda acepción, a partir de la vigésima tercera edición de su Diccionario de la Lengua Española: “Evolución que se produce en una determinada dirección, especialmente si ésta se considera negativa” (*vid. www.rae.es*).

racterístico: el delito imprudente, pero también los delitos dolosos de funcionarios). Hemos alcanzado el relajamiento de todos los límites y de todos los controles jurídicos en favor de la persecución y el castigo de los crímenes considerados más graves (derechos humanos, corrupción, terrorismo, drogas) y a una euforia de “lo penal” como “sanalotodo” social que no tiene precedentes¹.

Si uno reconoce el acierto de la sugerente descripción de ZAFFARONI acerca de las fases cíclicas del derecho penal, según la cual éste deambula entre períodos liberales y autoritarios², la actual situación del sistema punitivo se deja clasificar bajo la noción de *neopunitivismo*, entendido ello como corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo *puede y debe* llegar a todos los rincones de la vida social, hasta el punto de confundir por completo, como se verá más abajo, la protección civil y el amparo constitucional con el derecho penal mismo.

El *neopunitivismo*, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años³, motivo por el cual corresponde asumir que el derecho penal actual (o “moderno” como suele denominárselo) constituye un nuevo derecho penal, contrailustrado, cuyas características deben ser estudiadas bajo la designación de *neopunitivismo*, en tanto que el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba todos sus componentes, es su marcada deshumanización y un recrudecimiento sancionador creciente⁴. El saber jurídico penal se halla, por tanto, frente al reto de afrontar “una legislación y una aplicación judicial del Derecho que tienden al *intervencionismo* y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas”⁵. Según Díez RIPOLLÉS, el Estado social de derecho ha contribuido a la proliferación normativa por medio de reglamentos y normas que desbordan el

¹ Vid. MAIER, *La esquizofrenia del derecho penal* (inédito).

² Vid. ZAFFARONI, *El derecho penal liberal y sus enemigos*, manuscrito de su intervención con motivo de recibir el título de *doctor honoris causae* de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, enero de 2004.

³ Vid. CANCIÓ MELIÀ, “*Derecho penal*” del enemigo y delitos de terrorismo, en “Revista Peruana de Ciencias Jurídicas”, nº 13, p. 151. En esta breve presentación del *neopunitivismo* que sigue, necesaria para explicar el rumbo tomado por el denominado derecho penal de los derechos humanos, desarrollo resumidamente las explicaciones que al respecto son expuestas en extenso en mi libro *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, 2005, § 1. Puntos de partida: *Neopunitivismo, descodificación y “caos jurídico penal”*.

⁴ Vid. DEMETRIO CRESPO, *Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”*, en “Nueva Doctrina Penal”, 2004/A, p. 51; RAGUÉS I VALLÈS/GONZÁLEZ FRANCO, *Comentario a la “enésima” reforma del Código Penal*, en “Turis”, nº 80, p. 37.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal*, en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (comps.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, p. 25 (destacado en el original).

ámbito y la racionalidad de la ley pero que brindan mejores prestaciones para una sociedad intervencionista⁶. Se habría pasado así de un “derecho penal liberal”, interpretado desde una política criminal orientada al aseguramiento de los derechos individuales del acusado, a un “derecho penal liberado” de tales límites y controles que se orienta al combate de la criminalidad como cruzada contra el mal⁷. En esto, el papel que representan la “opinión pública” como gestionadora de políticas criminales y los *mass media*, por sí mismos, en amplificación de las demandas de aquélla o de otros intereses, es determinante: “una opinión pública favorable es capaz de desencadenar por sí sola respuestas legislativas penales”⁸.

Si simplificamos drásticamente el análisis veremos que esta situación responde al acrecentamiento desmesurado e incontenible del número de las conductas calificadas como delictivas por la ley (fenómeno denominado corrientemente como “inflación de las leyes”⁹, “inflación penal”¹⁰, “expansión penal”¹¹, “conformación paquidérmica” de las incriminaciones punitivas¹² o “hipertrofia del derecho penal”¹³) que se funda en la consideración simbólica del derecho penal como remedio exclusivo para todos los males sociales (“panpenalismo”¹⁴).

Se ha dicho al respecto que “si observamos el curso de nuestra legislación penal a partir de la pasada década, tendremos la sensación de que

⁶ Vid. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, p. 68.

⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ (nota 5), p. 36, con más referencias.

⁸ Díez RIPOLLÉS (nota 6), p. 34.

⁹ Vid. CARBONNIER, *Ensayo sobre las leyes*, trad. de L. DIEZ PICAZO, Madrid, 1998, p. 237.

¹⁰ Vid. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ *et al.*, Madrid, 2ª ed., 2001, ps. 700 y ss.; MAIER, *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?*, en “¿Más Derecho?”, n° 1 (2001), ps. 267 y ss.; DEMETRIO CRESPO (nota 4), ps. 47 y siguientes.

¹¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2ª ed., 001.

¹² Vid. MAIELLO, *Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, en AA.VV., *La riforma della parte generale del Codice penale*, Napoli, 2003, p. 160.

¹³ Vid. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, Heidelberg, 8ª ed., 1992, t. I., p. 25; PALAZZO, *Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal*, trad. de N. GARCÍA RIVAS, en ARROYO ZAPATERO *et al.* (comps.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, 2001, ps. 433 y siguientes.

¹⁴ Vid. FERRAJOLI (nota 10), p. 702. Vid., también, PRITTWITZ, *El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio?*, trad. de Ma. CASTIÑEIRA PALOU, en AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, p. 428: “el código y las leyes penales accesorias se condensan en una cada vez más tupida red de normas prohibitivas, y la discusión político-criminal descubre por lo general, para resolver las crisis del mundo moderno, nuevas necesidades de criminalización”.

se ha operado un grave desorden que va en serio aumento, y, sin duda, vista en panorámica general –esto es, sin desmedro de reconocer aciertos aislados– se proyecta en una notoria pérdida de calidad y nivel técnico. Las urgencias políticas inmediatas, y frecuentemente mal entendidas, han reemplazado al estudio detenido y al debate fructífero. La dispersión legislativa nunca fue tan evidente y las marchas y contramarchas, obedientes a consignas circunstanciales, han llevado a nuestros legisladores a una situación que puede tornarse caótica¹⁵.

Igualmente provienen del neopunitivismo manifestaciones restrictivas de los derechos fundamentales en el ámbito del enjuiciamiento¹⁶. Aquí se produce, como consecuencia del fenómeno disfuncional señalado, una afectación de los fundamentos axiológicos de la jurisdicción penal, en general justificada únicamente en simples criterios de eficiencia y lucha contra el crimen¹⁷. Así pues, bajo la invocación de lograr eficacia en la persecución y el castigo de los delitos y ante la enorme cantidad de procesos que inevitablemente genera el neopunitivismo con su política criminal inflacionaria, se ha recurrido a instrumentos inconstitucionales que derogan los valores que insoslayablemente deben ser respetados por el sistema penal de un Estado constitucional de derecho.

El estilo expansivo del derecho penal ha afectado a la Judicatura no sólo por la necesaria sobrestimación de sus funciones al constituírsele en colegisladora debido a la deficiente taxatividad de los tipos penales del derecho inflacionario, sino que además ella misma ha sumido como propia la tarea de “llevar el derecho penal a todas partes” y a partir de ello ha hecho una interpretación expansiva también de los preceptos penales clásicos para aplicarlos, sobre todo ante los oscuros y confusos reclamos públicos, mediáticos u iushumanistas de “más cárcel”, a situaciones antes no abarcadas por ellos.

Es evidente así que el derecho penal material neopunitivista, en razón de sus características de configuración, no puede ser realizado con los principios liberales del derecho procesal penal, los cuales deben ser fun-

¹⁵ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 458.

¹⁶ *Vid.*, más detalladamente, MAIER (nota 10), ps. 267 y ss.; ALBRECHT, *El derecho penal en la intervención de la política populista*, trad. de R. ROBLES PLANAS, en AA.VV. (nota 14), ps. 482 y ss., especialmente ps. 484 y ss. (“La flexibilización del proceso como instrumento de lucha contra el delito”). La consecuencia procesal del neopunitivismo ha sido un regreso a un estilo de enjuiciamiento dominado por ideales inquisitivos que ha dado lugar a un sistema procesal penal neoinquisitorio, tal como lo ha puesto al descubierto con todas sus notas distintivas BENABENTOS, Omar, *El reverdecer neoinquisitivo del siglo XX*, en el Suplemento de Derecho Procesal de El Dial (www.eldial.com.ar). *Vid.*, asimismo, PRITTWITZ, *Sociedad de riesgo y derecho penal*, trad. de A. NIETO MARTÍN y E. DEMETRIO CRESPO, en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (nota 5), p. 264.

¹⁷ *Vid.* FERRAJOLI (nota 10), p. 703.

cionalmente pervertidos¹⁸. Este “relajamiento” es justificado, como ya se dijo, en la mayor eficacia (¿a cualquier precio?) que dicha renuncia a los derechos del acusado promete en el castigo de los crímenes más graves. Por otra parte, esta ideología ha permitido también que, en caso de sospecha, la aplicación patológica de las medidas de coerción del proceso se lleve a cabo de modo amplísimo y con fines distorsionadamente punitivos, incluso en supuestos en los cuales una sentencia condenatoria sería impensable¹⁹.

Más allá de esos déficit valorativos, se debe mencionar que las incriminaciones masivas del derecho penal moderno se quedan, en verdad, nada más que en el rótulo, pues ello no se traduce en un aumento proporcional de las condenaciones, estamos ante un derecho penal puramente simbólico²⁰. Este efecto desnaturaliza la misión del derecho penal y lo deja en ridículo al imponerle objetivos que no son realistas ni alcanzables. Asiste razón a HASSEMER cuando afirma, al respecto, que un derecho penal así entendido vive de la ilusión de solucionar realmente sus problemas a través de la tipificación como prohibición penal de una mayor cantidad de conductas que, de un modo flexible y omnicompreensivo, pretenden evitar todo daño social; algo que si bien puede ser ingenuamente gratificante en el momento de expresarlo es destructivo a largo plazo²¹.

La realidad demuestra que el derecho penal del neopunitivismo ha adquirido una extensión desmesurada debido a que se lo ha empleado, simbólica y demagógicamente, como herramienta, supuesta pero omnipresente y omnipotente, para reaccionar contra todos los males de este mundo²². Como ha dicho GUARNIERI, asistimos a una “penalización” cre-

¹⁸ Vid. HASSEMER, *Viejo y nuevo derecho penal*, en *id.*, *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. de F. MUÑOZ CONDE y Ma. DÍAZ PITA, Bogotá, 1999, ps. 28 y siguiente.

¹⁹ Lo que ALBRECHT (nota 16), p. 485, denomina el “endurecimiento de la normativa relativa a la prisión preventiva”.

²⁰ Vid. HASSEMER (nota 18), ps. 26 y ss. Esto es tan así que MAZZACUVA, *El futuro del derecho penal*, trad. de M. RODRÍGUEZ ARIAS, en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (nota 5), p. 234, ha llegado a sostener que el moderno derecho penal inflacionario sería un puro derecho de papel, de libro, un derecho virtual, en fin, un “derecho penal de los no condenados”, debido a que casi nunca se aplica, salvo a algún que otro chivo expiatorio.

²¹ Vid. HASSEMER (nota 18), p. 27.

²² El derecho penal es utilizado por el legislador como “cómodo «tapa-agujeros», bueno para todos los usos, que exonera de la difícil búsqueda de instrumentos de intervención más sofisticados y onerosos” (FIANDAGA, G., *La giustizia penale*, en *Democrazia e Diritto*, 1997, 1, p. 337 [apud FERRAJOLI, *Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal*, trad. de N. GUZMÁN, en CDJP n° 15, p. 28, n° 18]). Vid., igualmente, MAHIQUES, *Cuestiones de política criminal y derecho penal*, Buenos Aires, 2002, ps. 60 y ss., quien ilustra acerca de la hipertrofia del derecho penal actual y sus razones, especialmente en la experiencia italiana.

ciente de nuestras sociedades²³. Esto ha conducido a una marcada desorganización e ineficacia²⁴ del orden jurídico penal, con la consecuente pérdida de valores acerca de la función extrema del derecho penal, lo cual ha creado esa confusión que lo presenta como “sanalotodo” social o “gestor ordinario de los grandes problemas sociales”²⁵ en lugar de restringirlo a la tutela de unos pocos derechos fundamentales²⁶.

No puedo detenerme más en este punto²⁷. Sólo quería introducir brevemente una caracterización del sistema punitivo actual con los puntos más salientes de la política criminal del momento, algo que se resume en una euforia tan alta por el derecho penal que se lo lleva a todas partes y de cualquier manera. Lo innegable para avanzar ahora en el camino argumental que pretendo recorrer es que existe comprobadamente esa tendencia a considerar al sistema punitivo de modo desmedido como algo digno de alabanza y aplicable del modo más amplio posible en todas las vicisitudes del control jurídico. Ésta es innegablemente la *Realpolitik criminal* de nuestro tiempo. Se considera que el derecho penal es la mejor solución y se lo lleva a cabo sin miramientos, sin respeto por la racionalidad jurídica, sin garantía judicial de los derechos fundamentales de la persona enfrentada al poder penal.

Esta visión del poder punitivo, catalogada aquí como neopunitivismo, es la que inspira también al llamado “derecho penal de los derechos humanos”. En este ámbito organismos internacionales de protección y organizaciones de activistas consideran, de modo sorprendente por lo menos, que la reparación de la violación de los derechos humanos se logra primordialmente por medio del castigo penal y que ello es algo tan loable

²³ Vid. GUARNIERI, *¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano*, trad. de A. SLOKAR y N. FRONTINI, Buenos Aires, 2003, p. 159. Acerca de las causas de las actitudes punitivas de la sociedad, vid. DIEZ RIPOLLÉS (nota 6), ps. 24 y siguientes.

²⁴ La proliferación demagógica de normas penales, sobre todo en torno a los problemas actuales de inseguridad en los centros poblados, está llamada, en principio, a quedar inefectiva (fenómeno calificado tanto de patológico como de providencial), lo cual muestra claramente su pura finalidad electoralista. Vid. al respecto FERRAJOLI (nota 22), ps. 18 y 27.

²⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 130. En esta actitud se puede ver una exageración de lo que DIEZ RIPOLLÉS (nota 6), p. 59, llama la extendida creencia de que el derecho penal es capaz de modificar la realidad social. Vid. también ALBRECHT (nota 16), ps. 471 y ss., quien caracteriza al derecho penal actual como *arma política* empleada demagógicamente para intentar solucionar cualquier problema social por más complejo que sea, algo que denomina también como la permanente e inmediata llamada al derecho penal propia del espíritu de un época contrailustrada.

²⁶ Vid. FERRAJOLI (nota 10), p. 714.

²⁷ Para más detalles remito a mi trabajo *Recodificación penal y principio de reserva de código* (nota 3).

y ventajoso que debe ser conseguido sin controles e ilimitadamente, especialmente con desprecio por los derechos fundamentales que como acusado debería tener quien es enfrentado al poder penal público por cometer dichas violaciones. Se cree, de este modo, en un *poder penal absoluto*.

Se ha invertido así, en los últimos tiempos, la función penal de los derechos humanos, que de protección del imputado han pasado, claramente, a promoción de la víctima mediante la condena a ultranza, sin límite ni tasa, de los sospechosos. Veremos a continuación de qué manera esta vocación incontenible e ilimitada por “lo penal” trastocó y transformó el movimiento en favor de los derechos humanos, desprestigiándolo por completo.

II. La metamorfosis de la filosofía penal de los derechos humanos: de muro de contención frente a la pena a vanguardia del castigo penal absoluto

II. 1. Unos orígenes bien orientados

Los denominados derechos humanos (dicho con más propiedad: los derechos fundamentales) surgieron, como es sabido por todos, para poner límites reglados al poder estatal²⁸. La idea es antigua y originalmente aparece, con marcados rasgos iusnaturalistas, en las leyendas de casi todas las culturas antiguas. Se cree en un orden normativo justo, que existe más allá de las decisiones de la autoridad, cuyo respeto asegura el desarrollo libre de las expectativas de las personas en un clima de convivencia social pacífica (piénsese en *Antígona*, por ejemplo). Muchas sociedades antiguas trataron de organizarse bajo este modelo (la germánica, las ciudades-Estado de la Grecia clásica, la República romana, etc.). De hecho el derecho natural, como es conocido, tiene su origen en Grecia, en las reflexiones de los filósofos clásicos que fueron los primeros en plantear los dilemas y aporías a los que se ven expuestas las personas frente a un orden natural y un orden positivo que muchas veces marchan por caminos distintos (por ejemplo, típico de esa época, la discusión sobre la esclavitud). Esta tradición de los sofistas, de PLATÓN y de ARISTÓTELES fue retomada en la Edad Media por TOMÁS DE AQUINO, pero conectada a las doctrinas cristianas²⁹. Pero ya en ese tiempo el mecanismo de controlar el poder público por medio de reglas comenzó a ser utilizado para poner límites a las autoridades centrales en favor no del pueblo, sino de colectivos poderosos, como ciertos miembros de la nobleza, corporaciones o autoridades locales

²⁸ Sigo en este punto también, en general y resumidamente, la exposición al respecto efectuada en mi trabajo citado en la nota precedente.

²⁹ Vid. GUZMÁN, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* (manuscrito), 2000, p. 38.

(son ejemplos de ello la *Magna Charta* inglesa, los fueros españoles, los estatutos universitarios o de las asociaciones de artesanos).

Con el Renacimiento aparece el racionalismo y se empieza a esbozar la Ilustración, al separarse el derecho, lentamente, de sus contenidos religiosos y morales. A la libertad de religión correspondía también la libertad de la ciencia. Y la ciencia jurídica libre de preconcepciones, revelaciones, magia y autoridades metafísicas e inspirada únicamente por el método racionalista redescubrió el derecho natural como instrumento, a partir del reconocimiento de la igualdad natural de todos los seres humanos, para formular todos los derechos fundamentales e imponerlos como límite infranqueable a la autoridad del Estado. El derecho natural comienza a renacer, aunque con diferencias de estilos y criterios, en las obras de los primeros autores modernos de derecho que pueden ser considerados ilustrados o racionalistas (GROCIO, con su *De iure belli ac pacis* de 1625 y HOBBS, con su *Leviathan* de 1651)³⁰. El primero más orientado a un *ius gentium* deducido de lo que siempre y para todos fue correcto, de modo de que se trata de un derecho que rige para todos los pueblos, un derecho internacional. El otro autor mencionado estaba más orientado a un derecho de autoridad estatal, dado que su obra constituye, en verdad, una teoría del Estado. PUFFENDORF, en su *De iure naturae et gentium*, de 1672, lograría la síntesis, por la combinación de ambos formando un verdadero sistema de derecho natural que debía ser respetado por el Estado y su derecho positivo. La dignidad humana sería el criterio rector, concepto que aparece por primera vez en el mundo jurídico con su Tratado. El resto fue refinar estas ideas, lo que hicieron sus discípulos, y concretarlas en la práctica, lo cual es fruto del constitucionalismo moderno³¹. Aquí precisamente se origina la idea de los “derechos del hombre” que después sería desarrollada por LOCKE y por los autores americanos y franceses, con el añadido de colocar como clave de bóveda del sistema a la división de poderes.

A partir de estas ideas, la Ilustración suministró, como es conocido, un nuevo modelo de política y de derecho. Políticamente, la Democracia burguesa se montó sobre la noción de Estado de derecho, esto es, de Estado con poder limitado, sin más poderes absolutos como los de las naciones del *Ancien Régime*. Esos límites están impuestos por el respeto del Estado a unos derechos naturales e inalienables de todas las personas, entre los cuales sobresalían la igualdad, la libertad, la propiedad, el honor y la felicidad. Los derechos naturales fueron plasmados (positivizados) primero por las declaraciones de derechos (el *Bill of Rights* inglés, ya en el siglo

³⁰ Vid. *ib.*, ps. 37 y ss., con más detalles acerca del iusnaturalismo racionalista moderno, de sus orígenes clásicos y de la influencia de la neoescolástica española.

³¹ Vid. WESEL, *Geschichte des Rechts*, München, 1997, ps. 365 y siguientes.

XVII, la *Declaración de la Independencia* de los EE.UU., en 1776, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* francesa, en 1789) y después por el movimiento del constitucionalismo, ya sea a través de la parte dogmática de las Constituciones, ya mediante añadidos o enmiendas a la Constitución puramente política. También fueron convenientemente separados derecho y moral.

En esta evolución se debe reconocer una gran influencia, por supuesto, a las nuevas relaciones sociales que, con el advenimiento del capitalismo, del liberalismo y de la incipiente Democracia, se complejizaban crecientemente. Con ese marco, el racionalismo pretendió encontrar en la naturaleza también las leyes perfectas e inmutables del funcionamiento de la sociedad justa. Los derechos naturales eran indiscutibles porque, en cierta medida, estaban en la naturaleza *more geometrico demonstrato* igual que la ética de SPINOZA³². A partir de las ideas de GALILEO³³ y DESCARTES también el derecho quedaba sometido al método matemático de las ciencias naturales, de allí que haya derechos inalienables reconocibles en la naturaleza, entre ellos, los más importantes, la libertad del ser humano y la igualdad de todas las personas, idea esta última que sirvió para desmontar definitivamente el Estado feudal³⁴.

Algunos de estos puntos de partida conceptuales del racionalismo jurídico parecen estar hoy, después de haber rendido sus nutritivos frutos, evidentemente superados. Así, por ejemplo, la existencia de unos derechos naturales. Todos reconocemos en ello, actualmente, una ficción refutada por los hechos, pues no hay seguridad para reconocerlos con rigor y sabemos que son empíricamente endebles, dado que en toda la historia, por ejemplo, no han existido nunca dos seres humanos iguales, no conocemos ni por aproximación qué es aquello a lo que llamamos “dignidad humana”, no tenemos una noción clara, precisa y uniforme de lo que consideramos felicidad, dudamos de la existencia misma de la libertad, de la verdad, etc., y no podemos dar certezas acerca de los contenidos y derivaciones de un principio jurídico llamado “del Estado de derecho”. Sin embargo, el racionalismo logró su objetivo principal, a saber, la positivización de esos derechos y la garantía de su eficacia³⁵. Hoy en día el princi-

³² Vid. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 2ª ed., 1983, ps. 500 y siguientes.

³³ Vid., con más informaciones acerca de la relación entre el moderno iusracionalismo y la revolución científica, GUZMÁN (nota 29), ps. 53 y siguientes.

³⁴ Vid. BANDIERI, *En torno al Código Napoleón: permanencia y cambio*, en AA.VV., *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, 2003, p. 214.

³⁵ “El racionalismo jurídico encerraba en sí mismo una voluntad de positivizarse, esto es, de transformar los principios naturales descubiertos por los filósofos en preceptos positivos promulgados e impuestos por los legisladores” (TOMÁS Y VALIENTE [nota 32], p. 504). Esta si-

pio del Estado de derecho y todos las demás prerrogativas jurídicas mencionadas (vida, libertad, igualdad, verdad, respeto de la dignidad humana), muchas de dudosa existencia empírica, son sin embargo el alma de las Constituciones políticas de todos los países civilizados y punto de partida y criterio rector de la regulación e interpretación de todos los demás derechos de las personas. Ya no son naturales, son convencionales y nos vienen muy bien para limitar el poder estatal, restringir su tendencia inevitable al abuso y hacer posible la convivencia pacífica en una sociedad democrática. A pesar de que no se sepa muy bien en qué consisten estas categorías, las sociedades avanzadas no están dispuestas a dejarlas de lado en vista de su rendidora utilidad. Han llegado hasta nosotros para quedarse, aunque con otra vestimenta.

Estos derechos, después de la hecatombe de la Segunda Guerra Mundial, han tratado de ser protegidos más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales, de modo que de las Constituciones pasaron a integrar los elencos de los grandes pactos de derechos humanos de la segunda mitad del siglo XX³⁶.

Toda este desarrollo tenía un sentido muy claro para el sistema punitivo. Los llamados “derechos humanos” cumplían la función de limitar y controlar el ejercicio del poder penal del Estado. Dado que el derecho penal permite las más duras de todas las injerencias estatales en la libertad de los ciudadanos, su intervención se debe limitar jurídicamente de la manera más drástica posible para intentar evitar su abuso y la arbitrariedad.

Aquí se debe hacer hincapié en una idea sencilla, pero central, que sirve de hilo conductor a las reflexiones de este trabajo: debido a que el poder penal representa una reacción radical, los límites y controles impuestos a su ejercicio deben ser también radicales³⁷.

□ tuación ya era clara a mediados del siglo XIX para Juan Bautista ALBERDI, quien en el preámbulo de su Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina de 1852 incluyó entre los objetivos primordiales del texto constitucional del país el de “fijar los derechos naturales de sus habitantes” (el Proyecto está anexado a su obra *Bases y puntos de partida para la organización nacional de la República Argentina*, Valparaíso, 1852; vid. al respecto RABINOVICH-BERKMAN, *Un viaje por la historia del derecho*, Buenos Aires, 2002, p. 274).

³⁶ Se gira en círculos. De la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, que tenía validez universal no local, estos derechos pasaron a las Constituciones. Después de ellas a esos grandes pactos internacionales. Y de ellos han vuelto a las Constituciones, incluso de los países que forman parte de esos pactos, de modo que, por ejemplo, en Argentina, el debido proceso es una garantía de la CN, art. 18, pero que rige también por aplicación directa del PIDCP, art. 14, o de la CADH, art.8, y que vuelve a aparecer en la CN, pero en la versión de estos pactos, por medio del art. 75, inc. 22. Parece que la exageración, la reiteración y la sobreprotección son, al contrario que en la vida normal, virtud y no vicio en esta materia.

³⁷ Vid., más detalladamente al respecto, PASTOR, *El principio de la descalificación procesal del Estado en el derecho procesal penal*, en AA.VV., *Homenaje a Francisco J. D’Albora*, Buenos Aires, 2005 (en prensa).

Esto llevó a que la relación entre derechos humanos y derecho penal fuera entendida, desde BECCARIA hasta FERRAJOLI, pasando por LOCKE, MONTESQUIEU, FILANGIERI y PAGANO, con el significado siguiente: en materia penal los derechos fundamentales se enfrentan al Estado como *freno* a su poder y en defensa exclusiva de los intereses individuales puestos en peligro por la *actividad* penal del Estado. Bien pensados y bien entendidos, los derechos humanos se ocupaban únicamente de la protección del imputado, de la persona que se enfrentaba al Estado y que se arriesgaba a sufrir las terribles consecuencias del poder penal público, cuya aplicación, por ello, no podía constituir, en modo alguno, un fin absoluto e ilimitado.

En resumen: los derechos humanos estaban concebidos exclusivamente para evitar la aplicación (abusiva) del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación (legítima o ilegítima).

II. 2. El neopunitivismo actual de organismos y activistas

II. 2. A. Descripción sucinta del fenómeno

En América Latina es actualmente un hecho público y notorio, pero también insólito, que los organismos internacionales de protección y las organizaciones de activistas de derechos humanos se han convertido en defensores del neopunitivismo más radical. El punto de reconocimiento de esta disfunción cultural se aprecia a partir de un marcado fundamentalismo de lo penal, que es el rasgo característico del neopunitivismo extremo. Aquí sólo ilustraré esta conocida patología jurídica con algunos ejemplos.

II. 2. B. Primer ejemplo: el caso de la masacre de “Barrios Altos”

En el caso denominado “Barrios Altos” la Corte de Derechos Humanos establecida por la CADH³⁸ se ocupó de una terrible masacre cometida a comienzos de los años noventa en Perú³⁹. El caso es conocido, tanto en cuanto a los hechos como respecto de lo decidido por la Corte con el allanamiento del Estado demandado, de modo que resulta innecesario relatarlo aquí una vez más. Por cierto que, para prevenir malentendidos, debe quedar claramente “en negro sobre blanco” lo siguiente: los hechos del caso son indiscutiblemente gravísimos, atroces y son justamente los que

³⁸ Que, por razones obvias, lleva el extraño nombre oficial de Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, tal como se la cita usualmente en este extravagante “neoespañol” de los iushumanistas).

³⁹ Caso “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)”, sentencia del 14/3/2001. Más detalles acerca del caso, de la sentencia de la Corte y del problema de la imprescriptibilidad pueden ser vistos en ZIFFER, *El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*, en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, 2005 (en prensa).

justifican, sin oposición racional atendible, la existencia de un instrumento tan violento y desafortunado como el poder punitivo. Que la prevención y la represión de hechos como esos por parte del derecho penal contribuyen al aseguramiento, aunque sólo sea tendencial, de los derechos fundamentales de las personas dañadas o amenazados por ellos, es algo que podemos suscribir de modo categórico, pues está sin duda más allá de lo opinable. Ahora bien, lo antedicho no puede servir de parapeto para que un sistema internacional de protección de los derechos humanos, fundado en aquel reconocimiento ético y en esta función política, caiga en la desidia de considerar que siempre, ilimitadamente, con relajamiento de los derechos de los acusados y sin alternativas hay que aplicar a estos casos el castigo punitivo (*poder penal absoluto*). Es de esperar, por el contrario, que quien trata de justificar su empresa en el entusiasmo desmedido e ilimitado por lo penal tropiece tarde o temprano con los principios de la cultura jurídica⁴⁰.

En la sentencia en cuestión la Corte, en lo ideológico, resumió y precisó un cierto mesianismo penal al reiterar y describir mejor que nunca su conocida exigencia intransigente de sometimiento a una única manera de concebir, sin alternativas, el derecho penal, la *sola ratio*, en contra de los postulados elementales de la cultura penalista. Esta postura trasciende las necesidades del caso, porque una cosa era declarar ilegítima una auto-amnistía, algo a todas luces correcto, y otra formular una ideología extrema según la cual en materia de graves violaciones de los derechos humanos son ilegítimas todas las opciones a la condenación penal. Si el derecho penal siempre debe ser y no puede dejar de ser aplicado por ningún motivo, ni derogado ni relegado por soluciones no punitivas, entonces de la *ultima ratio* de los manuales de derecho penal no queda nada. Para la Corte, respecto de las violaciones de los derechos humanos, el derecho penal parece ser un viaje de ida, un callejón sin salida. Esta confianza inmotivada y desmedida en lo penal como bienhechor ilimitado se expresa en los párrafos siguientes de la sentencia mencionada:

“41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”.

“42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidie-

⁴⁰ Si la defensa de los derechos humanos se erige como fin absoluto, se convierte también en cuestión tabú y se corre el riesgo de que cualquier idea de limitar jurídicamente el poder de reacción punitiva frente a sus violaciones sea descalificada como posición anti-derechos humanos.

ron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso”.

En esta sentencia, por lo demás, en el voto concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ se habla de la

“convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores –así como de otros participantes– constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales”.

Obsérvese que entre las causas prohibidas de impunidad agrega al final de la lista a “otras”, de modo que, por ejemplo, a la proscripción de la impunidad parece no escapar ni la absolución por falta de pruebas ni la que se funda en el no aprovechamiento de conocimiento obtenido ilegítimamente.

Como se puede ver se trata de una devoción por lo penal a ultranza y por la aplicación del derecho penal a cualquier precio (por cierto, a cuatro años de la sentencia de la Corte el proceso seguido en el Perú contra los implicados en la masacre no ha concluido). Es evidente que esta ideología de una punición infinita no admite alternativas al derecho penal. Afirmar esto de un modo tan categórico y sin tolerancia por soluciones sustitutivas de lo punitivo equivale a refundar un derecho penal medieval y contrailustrado ya superado por la humanidad hace mucho tiempo⁴¹.

⁴¹ El agrado por lo penal de esta decisión puede ser visto también en el voto concurrente (pero que parece más un comentario de lo resuelto) del Juez Antônio A. CAÑADO TRINDADE, quien señala, que la sentencia que él mismo ha dictando es “de trascendencia histórica” y que ha sido dictada después de “la memorable audiencia pública realizada el día de hoy, 14 de marzo de 2001, en la sede del Tribunal”. Estas calificaciones de sentencia histórica, memorable, debieron ser reservadas, naturalmente, para los comentaristas de la decisión, no para los autores.

Doctrina

Por ello, en materia penal, se puede decir que la jurisprudencia actual de la Corte IDH atrasa unos 200 años.

II. 2. C. Segundo ejemplo: el caso del infortunio del joven Bulacio

La aplicación de esta ideología es todavía más destacable en el caso “Bulacio”⁴². Si en “Barrios Altos” podíamos decir que los hechos eran atroces y gravísimos, en “Bulacio” no hay nada de esto. Los hechos también son muy conocidos por todos, así que no me detendré en repetirlos detalladamente. Baste con afirmar que no estamos ante una masacre. Aquí estamos ante la detención de una persona que intentaba disfrutar, aparentemente sin pagar, de un concierto, que parece haber recibido malos tratos de parte de la policía y que falleció no por ello, sino por otra circunstancia (esto último es tan claro que el sobreseimiento de los imputados de homicidio no fue cuestionado por los acusadores en su momento). Al Estado se le imputa, y lo acepta, el incumplimiento de varias disposiciones relativas a la regularidad de la ejecución de la detención, malos tratos y una falta de cuidado con el detenido que tal vez pudiera haber evitado su muerte. También se admite la violación por parte del Estado de su deber de esclarecer judicialmente el hecho en un plazo razonable y sancionar a los culpables, algo que se considera derecho del ofendido. Como se puede ver, de grave violación a los derechos humanos no queda, en verdad, rastro alguno. Allanado el Estado la Corte resolvió las reparaciones que quedaban en discusión. Además de las materiales e inmateriales resolvió, tras recordar su jurisprudencia pro penal a cualquier precio (punto 110), que el Estado debía castigar a ultranza a los imputados de los hechos. Se dijo al respecto que:

“111. La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia”.

“113. La Corte observa que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa del pedido fiscal de 15 años de prisión contra el

⁴² Caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18.9.2003. También sobre este caso se pueden ver todos los detalles y los problemas referidos a la imprescriptibilidad en ZIFFER (nota 39), donde es especialmente destacable el análisis que se efectúa respecto del carácter de la violación de derechos humanos tratada en el caso y su capacidad para restringir los derechos fundamentales del acusado, análisis que es seguido bien de cerca en este trabajo.

Comisario E., por el delito reiterado de privación ilegal de libertad calificada, la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal”.

“116. En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”.

“119. Además, conviene destacar que el Estado ha aceptado su responsabilidad internacional en el presente caso por la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, que consagran los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, respectivamente, en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares (supra 31-38). Asimismo, esta Corte ha tenido como probado (supra 69.C.6) que a pesar de haberse iniciado varios procesos judiciales, hasta la fecha más de doce años después de los hechos nadie ha sido sancionado como responsable de éstos. En consecuencia, se ha configurado una situación de grave impunidad”.

“120. La Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.

“121. A la luz de lo anterior, es necesario que el Estado prosiga y concluya la investigación del conjunto de los hechos y sancione a los responsables de los mismos”.

Esta sentencia sí que es realmente memorable. En el caso no existe imputación de una muerte dolosa, no puede hablarse de tortura, en todo caso de unos maltratos (que, por lo demás, fueron aceptados, no probados), de irregularidades respecto de los requisitos de la detención y de una falta de cuidado de la cual se desconoce si de haber sido evitada se hubiera impedido la muerte del infortunado BULACIO. Esto no puede ser nunca una grave violación de los derechos humanos. Además, se prescinde por completo de las violaciones a los derechos humanos del acusado, sometido a proceso por más de una década, cosa que inexplicablemente se le achaca a él por haber utilizado las facultades, derechos y recursos que le brinda la ley, algo que para la Corte es “abusivo”. Notable forma de interpretar los derechos del acusado por parte de un órgano puesto para supervisar el respeto de tales derechos. Se puede apreciar así como el fundamentalismo neopunitivista de la Corte IDH llega a su punto culminante.

II. 2. D. Tercer ejemplo: La Corte que no está sola y espera

El neopunitivismo es contagioso, es una plaga que lo invade todo, una pandemia. El imputado del caso Bulacio, acusado finalmente de hechos menores, no de una masacre ni de un homicidio, fue sensatamente sobreseído por prescripción después de trece años de proceso sin sentencia. El acierto de esta solución, sobre todo desde la perspectiva del derecho fundamental del acusado a un juicio rápido, no parece poder ser discutido. Dicha decisión, tras superar dos instancias, fue objetada también ante la Corte Suprema nacional. La decisión de nuestra Corte, por mera coincidencia seguramente, esperó a la sentencia previa de la Corte IDH, mencionada en el punto anterior.

En una resolución inaudita, la Corte Suprema reconoció, primero, que la prescripción declarada era correcta e inobjetable jurídicamente (consids. 3 y 4), pero, a pesar de que ello era fundamento suficiente para rechazar ya el recurso de los acusadores, dijo, en segundo lugar, que no lo haría, sino que, antes bien, lo acogería y dejaría sin efecto la prescripción porque ratificarla iría en contra de lo “decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 18 de septiembre de 2003 en el caso “Bulacio vs. Argentina”, en el que se declarara la responsabilidad internacional del Estado Argentino –entre otros puntos– por la deficiente tramitación de este expediente” (consid. 5). A pesar de que la Corte reconoció que no estaba ante un supuesto de imprescriptibilidad (por tanto, que no es uno de los casos de “grave violación de los derechos humanos” que la establecen [crímenes de guerra, contra la humanidad, en fin, las figuras del Estatuto de Roma]) dijo que, en virtud de que la Corte IDH sostuvo que igual el hecho era imprescriptible, no podía ser considerado prescripto (consid. 10).

La Corte, no obstante, reconoce la arbitrariedad de lo que está resolviendo y confiesa su impotencia:

“Corresponde dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado. En efecto, tal como ya se señaló en este mismo expediente (conf. Fallos: 324:4135, voto de los jueces Petracchi y Bossert), son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional” (consid. 12).

La sentencia reconoce también en qué forma la ideología penal, que en este trabajo se caracteriza como neopunitivismo, ha invertido los valo-

res de la cultura penal, de modo de olvidar que frente a un caso penal la prioridad la tienen los derechos del acusado para pasar a ceder el paso a una jurídicamente inconcebible prioridad de la víctima. Dice la Corte con toda claridad que:

“El fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable –íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho (conf. citas de Fallos: 322:360, voto de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 9º)–, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional” (consid. 14).

La corte también destaca, con razón, que la solución de suprimir en el caso los derechos del imputado proviene de un asunto finalmente no contencioso (el caso ante la Corte IDH) en el cual el imputado no fue parte, ni fue escuchado ni pudo participar en la verificación de unos hechos cuya existencia, sin prueba ni debate, fue sólo “reconocida” por acuerdo entre querellantes y Estado (consid. 15).

En fin, se trata de una sentencia jurídicamente inexplicable que introduce decididamente la “nueva ola del derecho penal de los derechos humanos” en el derecho argentino. De ahora en más, sean acusados de graves violaciones a los derechos humanos o no, los imputados no serán más las personas protegidas por los derechos fundamentales, sino aquellos que deberán ser siempre condenados a ultranza, sin reconocimiento de derecho superior alguno, pues el fin primordial del derecho frente a lo penal ya no es más la protección del imputado, sino de la víctima, y a la víctima sólo se la protege castigando y haciéndolo como sea.

Se reconoce expresamente en el caso que al imputado se le ha violado su derecho humano a la duración razonable del proceso. Frente a la sentencia de la Corte Suprema, que no obstante ello manda que siga sometido a un proceso así de reconocida duración irrazonable (y ya no se sabe además de cuánta duración más todavía), al imputado se le puede consolar, parafraseando la conocida figura pergeñada por DAUMIER para el tribunal de casación, diciéndole que no se preocupe por la violación de ese derecho fundamental por parte de la Corte Suprema, pues todavía puede llevar el caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para encontrar reparación por la flagrante violación.

II. 2. E. Cuarto ejemplo: La desfiguración total de la función de los derechos humanos en los casos “AMIA” y “Cabezas”

El señalado neopunitivismo de organismos y activistas se traduce en que siempre que un hecho grave ha sucedido debe haber castigo. Dado que estos actores de la política criminal no admiten, como se ha visto, forma alguna de no punibilidad, su ideología se efectiviza en que debe haber castigo de cualquier manera, a cualquier precio.

En Argentina tuvimos otros dos casos notorios de tergiversación de las funciones de los derechos humanos debidas al auge neopunitivista.

En el caso llamado “AMIA” (un atentado salvaje y atroz contra una institución tradicional de la comunidad judía argentina que dejó un sinnúmero de víctimas) no pudo establecerse absolutamente nada acerca de quiénes fueron los verdaderos organizadores del hecho. Aparentemente, quien habría sido el autor material, cuyo nombre no se conoce, murió en el momento de cometer el hecho. Creo que el primer error cometido en el caso, y cometido colectivamente, fue asumir con fundamentalismo una cierta soberbia ética y punitiva, algo que es común a todo este tipo de casos y que se aplica también a los hechos del llamado *nine-eleven*. Ese error consiste en creer que esos hechos son, ante todo y sobre todo, casos penales. Detrás de esta confusión se desencadena una serie interminable de malentendidos jurídicos. Resumidamente, en el proceso por la llamada “voladura de la AMIA” (los hechos son ya públicos y notorios) se llevó a cabo durante una década un enjuiciamiento sin pruebas contra personajes menores cuyos derechos fundamentales como imputados fueron arrasados, todo lo cual fue puesto fundada y valientemente al descubierto (aunque ya era más que conocido) por la sentencia que, según es de esperar, debe poner fin a esta farsa de proceso⁴³.

Otro ejemplo es el del desgraciado caso “Cabezas” (el asesinato de una persona mientras desempeñaba su trabajo en un lugar de descanso de la costa bonaerense [los hechos también son perfectamente conocidos por todo el mundo, en mi caso debo reconocer que los he estudiado a fondo recientemente por razones profesionales que por supuesto enturbian la imparcialidad de mi relato, aunque el lector podrá verificar mis afirmaciones por sí mismo]). En aras de que tan grave crimen no quede impune se buscó culpables más con la imaginación y el rumor que con la prueba. Así se llegó a una condenación inverosímil, a penas elevadísimas, de personas respecto de las cuales no existían más que indicios débiles y confusos de su participación en el hecho. Por lo demás, *todas las garantías judiciales de*

⁴³ Es de esperar, pero no seguro, pues ha sido recurrida, sin embargo me anticipo a pronosticar que una eliminación de dicho pronunciamiento resulta inconcebible, sobre todo porque se resuelva lo que se resuelva en las instancias subsiguientes la solución será siempre que el caso respecto de esos imputados se ha acabado para siempre.

los imputados fueron flagrantemente violadas. Por citar sólo un manejo de violaciones: el mismo tribunal que participó decididamente de la instrucción (fundó el procesamiento y prisión preventiva de los acusados) llevó a cabo el juicio y dictó la condena (sí, yo también me froté varias veces los ojos cuando leí esto por primera vez); la prisión preventiva y la acusación se fundó en la declaración de un perito médico que dijo que durante el examen de un imputado éste le reconoció quienes habían cometido el crimen; la falta absoluta de pruebas hizo que no se pudieran conocer los hechos y que por consiguiente la acusación fuera completamente indeterminada; se recurrió a recompensas, intentos de introducir la nefasta figura del arrepentido y hasta a ciertos procedimientos mágicos para obtener pruebas (sí, es cierto). Los imputados llevan también casi una década de proceso y casi otro tanto en prisión preventiva sin sentencia firme. El caso constituye la mayor vergüenza que se conozca en la historia de la protección de los derechos de los acusados en la democracia argentina⁴⁴.

Pero lo que ahora quiero destacar de estos dos casos sorprendentes es sólo el hecho extraordinario de que en ambos las instituciones de protección de los derechos humanos estaban del lado... *de los acusadores* (!). Las asociaciones de derechos humanos han patrocinado la iniciativa de un grupo de acusadores del caso "AMIA" de llevar el asunto ante la Com. IDH por violación de los derechos de las víctimas. En el caso "Cabezas" han actuado como querellantes en representación de una asociación profesional convertida inexplicablemente en víctima en el sentido jurídico-procesal. Efectivamente, es el mundo del revés. En lugar de ejercer una función de control del respeto de los derechos fundamentales de las personas enfrentadas a la violencia pública los supuestos defensores imparciales de los derechos humanos estimulan y participan alegremente del festín de violaciones de los derechos de los acusados.

II. 3. Corolario

Estos ejemplos muestran los estragos que ha causado el neopunitivismo en el llamado derecho penal de los derechos humanos. En resumen,

⁴⁴ Toda la información del caso y de las violaciones de derechos de los acusados cometidas se pueden ver en los textos de Marcelo A. SANCINETTI, *Análisis crítico del caso "Cabezas"*, t. I, *La instrucción*, Buenos Aires, 2000, y t. II, *El juicio*, Buenos Aires, 2002. Esta obra debería ser la de cabecera en los cursos de derecho procesal penal de nuestras Universidades, pues en ella se muestra con claridad lo que el proceso penal no debe ser y la necesidad de construir una dogmática procesal consecuente que sirva al aseguramiento de los derechos fundamentales de los acusados y a la interdicción de estas arbitrariedades. Desde el punto de vista del garantismo es un trabajo imprescindible. Así como el *Derecho y razón* de FERRAJOLI debe ser visto como la reelaboración de *De los delitos y de las penas* de BECCARIA, 200 años después, también la obra de SANCINETTI sobre el caso "Cabezas" debe ser vista como la reelaboración de la defensa que hizo VOLTAIRE del injustamente acusado y condenado a muerte Juan Calas.

la euforia en favor de las ventajas de la pena pública como solución primordial e irrenunciable para las graves violaciones de los derechos humanos (y de las no tan graves) ha llevado a organismos internacionales y a activistas a pregonar y practicar inexorablemente la violación de los derechos fundamentales de los acusados de esos hechos.

Teóricamente esta visión neopunitivista del derecho penal de los derechos humanos se descompone en tres secuencias analíticas: La trasnochada idea de un derecho constitucional al castigo penal, un estado de ánimo irracionalmente propenso a otorgar satisfacción punitiva a la víctima y el insensato repudio absoluto de toda solución que no sea penalmente condenatoria.

III. Observaciones críticas acerca de la desorientación neopunitivista: el supuesto derecho constitucional al castigo, la víctima como excusa y la fobia al derecho no penal

III. 1. Un inverosímil derecho constitucional al castigo

Una ilusión en favor de la existencia de delitos inderogables por razones constitucionales ha sido desarrollada a partir, por ejemplo, de decisiones como las del Tribunal Constitucional Federal alemán que consideraron inconstitucional la ley que establecía la impunidad para el aborto bajo determinadas circunstancias⁴⁵. Ello generó una doctrina, a partir de autores italianos pero después bastante divulgada, según la cual existen obligaciones constitucionales de punir como forma de proteger los derechos fundamentales. En principio se debe reconocer que una cosa es la idea provechosa de circunscribir facultativamente el derecho penal a la protección de los derechos fundamentales más importantes⁴⁶, algo que tiene una extraordinariamente fecunda capacidad para fundar los lineamientos filosóficos de un derecho penal liberal, y otra cosa es pensar que todo derecho reconocido por la Constitución tiene que estar tutelado penalmente⁴⁷. Pero si son todos los derechos fundamentales los que deben

⁴⁵ BverfGE 39, 1; 88, 203. En la primera de ellas (1975), retomada por la segunda (1993), se establece que el derecho constitucional a la vida, en este caso de la persona por nacer, obliga al legislador a establecer medidas de carácter penal para asegurarla.

⁴⁶ Ésta es, básicamente, la línea seguida por FERRAJOLI (nota 10), ps. 335 y ss., quien fue el primero que formuló esta idea, luego desarrollada en su obra citada; y de BARATTA, *Principios del derecho penal mínimo*, en "Doctrina Penal", 1987, ps. 623 y siguientes.

⁴⁷ Se trata, aunque sólo en cierta medida, de las tesis de BRICOLA y sus seguidores. También de la Corte IDH, que en el caso "Bulacio", punto 120, exige de los Estados expresamente la "investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana", es decir, de toda infracción a cualquier derecho de los cientos que son protegidos por la Convención. Esto no puede ser tomado en serio, antes bien, hay que hacerlo con humor y preguntarse: ¿no será mucho?

ser protegidos penalmente, lo cual implica la protección penal también de todas sus manifestaciones, ello sería inconcebible, pues las disposiciones del Código Penal serían interminables: todo en el orden jurídico, en última instancia, es protección de derechos fundamentales. En efecto, decir que la Constitución o los grandes pactos de derechos humanos establecen una obligación de punir las lesiones de los bienes e intereses por ellos tutelados es lo mismo que no decir nada, pues las constituciones actuales y especialmente los tratados internacionales de derechos humanos contienen una regulación tan detallada de derechos que procesar penalmente sus violaciones haría nacer una sociedad punitiva total en la cual la mayoría de la población estaría envuelta en el desarrollo de las tareas penales⁴⁸. FERRAJOLI, constatando este fenómeno, señala que el moderno derecho penal ha llegado a afectar incluso a la fórmula del derecho penal mínimo, pensado como protección de derechos fundamentales, pero no de todos, y que esa fórmula ha sufrido en la actualidad muchas deformaciones⁴⁹. Él propone, como antes se mencionó, la tutela de algunos derechos fundamentales como contenido del derecho penal mínimo (los de la generalidad a través de las conminaciones penales, los del individuo sometido a proceso mediante las garantías judiciales)⁵⁰ pero ello es todavía extremadamente difuso –y por tanto discutible y opinable en concreto–.

No obstante estas objeciones, está bien instalada la noción de que hay delitos que por razones constitucionales son inderogables. Esto representa la elevación de lo penal a un rango absoluto, sobrenatural y metafísico. Un poder absoluto, sin embargo, no debería tener lugar alguno en una democracia. Y si lo sobrenatural y lo metafísico son ya de por sí cuestiones irracionales, vinculadas a lo penal nos pueden llevar a situaciones demenciales. Si en verdad el derecho penal es *ultima ratio*, tiene entonces que ser facultativo, nunca obligatorio. Visto el asunto con un mínimo rigor, las teorías y las decisiones que han pretendido reconocer una obligación constitucional o fundamental de punir son completamente extrañas al principio del Estado constitucional de derecho y se inscriben, sin lugar a dudas, en el amplio abismo del pensamiento neopunitivista, especialmente las sostenidas desde los organismos de control de la vigencia de los derechos fundamentales, porque de ese modo, desatendiendo su función misma de freno al poder penal estatal, se han convertido, al calor del más entusiasta activismo, en los impulsores más calificados del uso indiscriminado y sin límites del poder punitivo. Es un fenómeno llamativo, al que se suma el hecho de que la expansión neopunitivista actual, especialmen-

⁴⁸ Vid. FERRAJOLI (nota 22), p. 27.

⁴⁹ Vid. *ib.*, ps. 22 y siguientes.

⁵⁰ Vid. *id.* (nota 10), ps. 335 y siguientes.

te en lo que toca a saltarse las barreras del Estado de derecho en el enjuiciamiento de los crímenes más graves, ha sido ampliamente impulsada, en diversos campos, por las organizaciones no gubernamentales que se declaran defensoras de los derechos humanos, las cuales, como gestores atípicos o informales de la moral social⁵¹, se han convertido en demandantes permanentes de más derecho penal y de más condena, cayendo así en lo que SILVA SÁNCHEZ ha llamado la fascinación por el derecho penal⁵², que en las organizaciones de ese tipo de Argentina se ha manifestado en un verdadero fanatismo en favor del derecho penal, al que ven como si se tratara, según ya se mencionó, de la octava maravilla del mundo.

Una cuestión es que los bienes e intereses penalmente tutelados sean también bienes e intereses constitucionalmente protegidos (por ejemplo la vida, la integridad corporal) y otra que exista además una obligación de castigar penalmente la lesión de esos bienes o intereses. Así, un imputado torturado por un policía tiene un derecho absoluto a exigir del Estado el no aprovechamiento punitivo de la prueba obtenida en violación de sus derechos fundamentales y también a reclamar una reparación de los daños ocasionados por la violación. En cambio, no tiene un derecho absoluto a reclamar la punición del policía como autor de un delito, puede hacerlo, pero no hay un deber constitucional del Estado de castigar siempre al autor si, por ejemplo, el policía, a su vez, ha sido atormentado por otro policía para arrancarle la confesión del hecho: en este caso el Estado tiene, antes bien, una obligación constitucional de no punir al primer torturador.

Esto demuestra que desde el punto de vista jurídico la idea de un derecho punitivo constitucional es insostenible, pues respecto del penal el derecho constitucional no puede servir a dos amos al mismo tiempo, de modo que resulta imposible atender a la vez a los intereses (derechos constitucionales) de la víctima y del imputado. En este dilema la decisión del Estado constitucional de derecho y de los demás catálogos de derechos fundamentales es clara: prevalece el imputado, dado que, una vez que se ha convertido en sospechoso de un delito, él es quien se enfrenta al poder penal del Estado, mientras que la víctima sólo se enfrenta con individuos, aun cuando al cometer el delito esos individuos hayan cometido abusos de poder estatal o utilizado otros aparatos de poder. Lo decisivo es que ahora son imputados y que los derechos fundamentales, en materia penal y procesal penal, sólo pueden ser eficaces en una dirección, de modo que para el derecho constitucional no es posible tener por misión impedir el abuso del poder penal y reclamar a la vez la necesidad de perse-

⁵¹ *Vid.*, sobre esta caracterización, detalladamente SILVA SÁNCHEZ (nota 11), ps. 66 y siguientes.

⁵² *Vid. ib.*, p. 68.

guir y castigar obligatoriamente los delitos⁵³. Juzgar y castigar los crímenes es una función del Estado que si bien sirve, evidentemente, a la consecución de una sociedad más justa, no constituye un imperativo constitucional por cuanto, de serlo, neutralizaría un mandato constitucional de más peso, cual es el de evitar, por medio de los derechos constitucionales, la arbitrariedad en el ejercicio de esa facultad estatal, que no pasa de un deber-poder legal limitado. En el Estado de derecho y en el ámbito penal de los derechos fundamentales la función de protección constitucional está referida únicamente al individuo enfrentado a la violencia pública y caracterizada como control negativo: se establece lo que el Estado no puede hacer válidamente para procesar, juzgar y eventualmente condenar a un individuo, no lo que el Estado debe hacer activamente para condenarlo. Si fuera cierto lo que pregonan ciertos Tribunales Constitucionales de Europa y especialmente los organismos de protección internacional de los derechos humanos del ámbito americano, de que siempre existe una obligación de punir del Estado, entonces ello es evidencia de que se está pregonando condenar a cualquier precio, que es lo que se dice cuando se sostiene, entre otros artificios, la jurídicamente intolerable imprescriptibilidad de ciertos delitos. La misión de estos tribunales y organismos es exactamente la opuesta: penalmente sólo pueden controlar que en el enjuiciamiento y castigo de los delitos el Estado no viole los derechos fundamentales del imputado. La violación de los derechos de las víctimas, por falta de adecuada justicia, sólo puede recibir una respuesta civil, nunca una penal, menos una obtenida a toda costa⁵⁴. De otro modo, subiéndonos al tren de estas teorías neopunitivistas, el policía que fue torturado y respecto del cual sólo por ello pudo ser probado que cometió una violación de derechos fundamentales debería ser de todos modos condenado, pues absolverlo con la “coartada” de la inexistencia de pruebas válidas equivaldría a dejar de atender la obligación constitucional del Estado de punir la tortura. Nada más alejado del derecho constitucional, pero es lo que sostienen esos tribunales, alguna doctrina y esos organismos en estos tiempos de absoluta oscuridad institucional.

Por ello, siendo la Constitución, en materia penal, la garantía de los derechos fundamentales del imputado no puede existir una obligación constitucional de punir ciertos comportamientos, pues si así fuera se cae-

⁵³ Piénsese otra vez en la figura del derecho esquizofrénico trazada por MAIER (nota 1).

⁵⁴ *Vid.* ZIFFER (nota 39). Me parece que a un país no se le puede exigir que no aplique amnistías, que pueden ser políticamente necesarias, o que establezca delitos imprescriptibles, que son jurídicamente inconcebibles en un Estado (limitado y por tanto no absoluto) de derecho. Se lo puede condenar, local o internacionalmente, a indemnizar por no haber juzgado a tiempo o por haber tenido que recurrir a amnistiar ciertos crímenes, pero el crimen amnistiado o prescripto así se quedará y, además, dicho Estado no debería ser obligado a reconocer en su orden jurídico, como ya ha sucedido, a semejantes inconveniencias normativas.

ría fácilmente en los casos concretos en un dilema irresoluble: ¿cómo cumplir a la vez con el mandato constitucional de punir y con el también constitucional de hacerlo válidamente si en el caso ya no se ha procedido válidamente (el ejemplo mencionado de la tortura)? Dado que la respuesta a esta pregunta dice, sin discusión y más allá de lo opinable, que en ese caso ya no se puede punir, entonces resulta evidente que la tal obligación constitucional de punir es sólo un mito, algo completamente ajeno a toda consideración jurídica seria de las funciones penales del Estado constitucional de derecho. El deber prioritario de asegurar los derechos constitucionales del individuo enfrentado al poder penal del Estado neutraliza toda posibilidad de desarrollo de obligaciones constitucionales de tutelar penalmente.

III. 2. En nombre de la víctima

En vinculación con lo anterior se ha tratado de justificar el auge neopunitivista y su relajamiento de los principios de protección del derecho penal y del derecho procesal penal en las expectativas de las víctimas de los delitos al castigo de los culpables. Si el derecho penal ya no es pensado como *Magna Charta* del delincuente, sino como *Magna Charta* de la víctima⁵⁵, entonces todo garantismo está evidentemente perdido.

La euforia por la víctima, reconocida por Hans Joachim HIRSCH como la corriente de moda que se contrapuso a partir de mediados de los años setenta a la euforia por el autor (resocialización) propia de los sesenta⁵⁶, es también, indudablemente, la euforia por el derecho penal⁵⁷. Y si las víctimas lo son de hechos gravísimos y atroces, de graves violaciones de los derechos humanos, entonces los derechos que frente al poder penal protegen también a autores y sospechos de esos crímenes se diluyen hasta desaparecer.

Un aumento del derecho penal hasta el absoluto con liberalización de sus principios de control y limitación en nombre de la víctima es objetable, a mi juicio, por dos motivos. Primero porque, de conformidad con la actual euforia por la víctima, se sobredimensiona su papel frente al derecho penal y frente al derecho procesal penal distorsionando sus funciones en tanto que instrumentos del Estado y no de las víctimas (que a través de Estado y derecho han quedado convenientemente mediatizadas en una sociedad civilizada). El segundo motivo se refiere a “la apreciación de

⁵⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ (nota 11), ps. 53 y siguiente.

⁵⁶ Vid. HIRSCH, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, en AA.VV., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, etc., 1989, p. 699.

⁵⁷ Ilustrativo, casi gráfico, MAIER: el movimiento a favor de la víctima es un movimiento en favor de más delitos y penas más graves (nota 1).

que la ley penal constituye una garantía para el delincuente⁵⁸, pero que si en realidad lo fuera para la víctima sus principios podrían relajarse en favor de ésta y en perjuicio de aquél. Sin embargo, dado que el derecho penal sólo existe a través del proceso y que el enjuiciamiento se dirige tanto a culpables como a inocentes, entonces, principio de inocencia mediante, de la “garantía para el delincuente” no queda nada: se trata, en verdad, de garantías para las personas sometidas a persecución penal y que, por definición jurídica, no son delincuentes. Para su protección frente a las evidentes necesidades de prevención, control y castigo del crimen, es decir, para que esas necesidades no sean satisfechas de cualquier manera y a cualquier precio, existen el derecho penal y el derecho procesal penal (o, dicho con más propiedad, el derecho constitucional que ellos modestamente reglamentan). Si fuera por la víctima mejor sería que no hubiera derecho penal (a ella ya no le ha servido de mucho) y que pudiera prevenir los delitos por sí misma y, mucho más todavía, castigarlos a su modo. El derecho busca evitar estas “guerras civiles” y ello, que es bienvenido, supone el costo insuprimible de sacrificar las expectativas de reacción punitiva de la víctima. El Estado trata de protegerla, de ahí los tipos penales, pero si no lo ha conseguido, a partir de entonces, desde el punto de vista penal, sólo existe un conflicto entre el Estado y el sospechoso, en el cual la víctima, desgraciadamente, sólo representa el papel de espectador interesado, sin voz ni voto en la resolución penal del asunto. El Estado debe tratar de satisfacer esa expectativa pero también puede, en ciertos casos, renunciar a ella sin poner en juego su propia justificación y su existencia. Las formas del derecho son un límite a los comprensibles intereses de reacción de las víctimas. El neopunitivismo, en su vuelta a tiempos superados y primitivos, pasa esto por alto y ejecuta reacciones punitivas ya tan informales que los jueces penales parecen no ser más funcionarios neutrales regidos por el derecho, sino representantes eficaces de los deseos incontrolados de las víctimas. En verdad, en un Estado de derecho, la víctima sólo debería tener la prerrogativa de demandar la reparación de los daños sufridos por el delito y de demandar incluso una compensación contra el Estado o bien por la falta de previsión eficiente del hecho o bien por la falta de reacción jurídico-penal adecuada *ex post*. En este juego el derecho penal tiene el rol de evitar la arbitrariedad en la reacción y, por ello, siempre servirá de límite a esa actuación estatal contra el imputado, con independencia de las aspiraciones de las víctimas y sin que esos límites puedan ser sobrepasados para satisfacer las expectativas del sujeto que, siendo pasivo del delito, lo debe ser también de la reacción estatal.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 53.

En esta cuestión se puede ver, una vez más, la disfunción actual del sistema penal. SILVA SÁNCHEZ nos ilustra acerca de esta distorsión según la ve JEROUSCHECK: si “la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito, tiene, al menos en principio, una deuda frente a aquélla, consistente en el castigo del autor”⁵⁹. Esto es así, pero no siempre, pues si sólo la condena del autor paga la deuda social con la víctima dicha sanción debería poder ser alcanzada a cualquier precio lo cual debería incluir no sólo el aprovechamiento, por ejemplo, de pruebas ilícitas, sino incluso la introducción en la legislación de métodos de investigación que hoy se reputan ilícitos (y así hasta llegar, más sensatamente para esa idea, hasta la derogación de todas las formas, las que serían sustituidas por el castigo directo y sin proceso de los sospechosos).

En realidad, el Estado tiene en la prevención del delito y su castigo un deber con toda la comunidad y no sólo con la víctima, si no satisface la prevención la deuda con la sociedad sólo podrá ser saldada políticamente y la deuda con la víctima compensatoriamente. La situación no es diferente si no satisface la deuda de punir al autor: la expectativa del castigo es prioritaria⁶⁰, pero no indispensable, se puede pensar también en impunidad penal y mera reparación del daño a la expectativa de punición del culpable que tenga la víctima.

Al igual que en el supuesto de las imaginarias obligaciones constitucionales de punir, aquí también correcto es lo siguiente. Al no poder atender a la vez a los intereses de la víctima y del imputado, los cuerpos encargados del control de los derechos fundamentales en materia punitiva (sustantiva y procesal) sólo pueden atender, penalmente, a la situación del individuo que se enfrenta a persecución y posible condena por el Estado. La víctima no está en esta situación y por eso sólo puede tener exigencias atendibles en el campo no penal, nunca un derecho absoluto, como lo caracteriza el neopunitivismo, a que el autor sea efectivamente juzgado y castigado.

Por ello resultan tan extraordinariamente preocupantes las situaciones tratadas en el apartado anterior, en las cuales, al calor de la euforia por la víctima, se ha deformado el derecho penal para elevarlo a recurso de los recursos, con lo cual se le ha dado una larga temporada de vacaciones a la función de los derechos humanos en materia penal, que es la de asegurar ante todo los derechos fundamentales de los acusados.

III. 3. El temor del iushumanista frente a lo no penal

Parte de esta visión distorsionada del derecho penal proviene de una consideración unilateral de lo penal, contraria a la naturaleza real del po-

⁵⁹ *Ib.*, p. 55.

⁶⁰ ¡Para eso están penas y delitos!

der punitivo. En efecto, el neopunitivismo considera que el poder penal sólo se ejerce por medio de la incriminación y el castigo. Sin embargo, mucho más que con ello, el poder penal se ejerce, en verdad, también no incriminando y no castigando.

La ceguera frente a la no punibilidad se aprecia en la jurisprudencia de la Corte IDH que, como por ejemplo en el caso “Bulacio”, dice, respecto del proceso penal seguido a los sospechosos, que “no existe un pronunciamiento firme por parte de las autoridades judiciales sobre el conjunto de los hechos investigados. *Nadie ha sido sancionado* como responsable de éstos” (punto 69, destacado no original). Ello resume una visión inhumana del derecho penal según la cual todos los casos deben ser esclarecidos y siempre los culpables deben ser condenados. Esto no sólo contradice la idea central de la cultura penalista según la cual por razones axiológicas la no punibilidad es siempre preferible al castigo, sino que también contradice la naturaleza humana, pues se está pensando en un sistema perfecto del que no se escapa, por ningún motivo, ningún culpable (entonces, no podría haber nunca casos de falta de pruebas, ineficacia en la investigación, fuga del sospechoso, actuaciones ilegítimas, errores, etc.). Se trata de una visión mesiánica y fundamentalista del poder punitivo que está completamente divorciada de los cánones de la cultura penalista.

En el mismo caso la Corte IDH sostiene que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”. Eso significa que hay que borrar de todos los manuales y tratados de derecho procesal penal el capítulo referido a los obstáculos procesales y no sólo el de prescripción, sino “cualquier obstáculo”, es decir, todos los obstáculos (por ejemplo son unos 17 en el Tratado de MAIER [*Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003, t. II, pp. 102 y ss.] y en el Manual de VOLK [*Strafprozessrecht*, München, 3ª ed., 2002, pp. 114 y ss.]). Esto muestra que el divorcio entre los organismos de derechos humanos y la cultura del derecho procesal penal no podría ser mayor.

Obsérvese que, en contra de lo sostenido por la ideología neopunitivista que informa las ideas del moderno derecho penal de los derechos humanos, la ciencia clásica del derecho penal, en cambio, parte no de la “lucha contra la impunidad”, que es una meta obvia o no jurídico-penal en sentido moderno, sino del principio opuesto y que es un principio de principios frente a la arbitrariedad, que se expresa en la preeminencia de la no punibilidad de un hecho, de cualquier hecho, por encima del punirlo a cualquier precio. Desde el punto de vista axiológico éste es el fundamento ético de todo poder penal. El alma de un derecho penal liberal y civilizado es la idea de no punibilidad, sobre todo la no punibilidad de eventuales culpables. Lo que diferencia a la aplicación del derecho del pu-

ro ejercicio de la fuerza es justamente que llegado el caso jurídicamente se prefiere la injusticia de no condenar a quien probable o seguramente es culpable, antes que cometer la injusticia de juzgarlo y/o condenarlo de cualquier manera. El derecho penal tiene una cultura milenaria ya en torno a esta preferencia que en los últimos siglos se ha ido refinando y reafirmando, a pesar del actual retroceso que supone el auge antiliberal y neopunitivista, tanto nacional como internacional. La decisión señalada se puede reconocer en principios básicos de la cultura jurídico-penal como los de *ultima ratio*, utilidad, legalidad, inocencia, *in dubio*, carga de la prueba, juez ordinario, amplios medios de defensa, última palabra, derecho al recurso, revisión de la sentencia, etc. Estas son todas prerrogativas del imputado en un modelo punitivo liberal, de las que no dispone el acusador y que muestran la preferencia del derecho por la impunidad antes que por la aplicación de la pena a cualquier precio. Por tanto, el poder penal sólo puede ser realizado válidamente dentro de los límites impuestos por el derecho, todo lo que caiga fuera conduce a la no punibilidad.

De este modo, no resulta defendible la idea absoluta de acabar con la impunidad, pues supone que esta meta, tal como sucede en el sistema interamericano con repercusión para el derecho interno, tiene que ser siempre alcanzada y que la ausencia de respeto por los principios básicos del derecho punitivo no podría nunca excluir la necesidad de la sanción, pues ello sería contrario al combate contra la impunidad. Desde el punto de vista jurídico, en cambio, sucede todo lo contrario, el sistema se reconoce civilizado no por los múltiples casos en los que los culpables son condenados, sino por aquellos en los cuales se toma la costosa decisión de no punir en consideración a las formas y al respeto irrestricto de los derechos fundamentales del individuo acusado. Las formas se convierten así, como se dice popularmente, en la esencia y en la garantía de la Democracia. Habrá civilización sólo allí donde no haya punibilidad para los casos en los que no se hayan respetado las formas establecidas por la cultura jurídico-penal para la determinación, enjuiciamiento y castigo de los hechos punibles. La impunidad, naturalmente, no es un valor perseguible, pero es un valor preferible bajo el supuesto de que en determinado caso no se pueda proceder o condenar con respeto de todos los derechos fundamentales del imputado y de sus garantías judiciales.

Adviértase que la Corte IDH y la Corte Suprema nacional, respecto del caso “Bulacio”, toman el camino opuesto: a pesar de que el hecho no es una grave violación de los derechos humanos y de que han sido violados los derechos del acusado, él debe ser condenado de cualquier manera.

En contra de ello, se debe decir que, en verdad, el poder penal se ejerce prohibiendo y no prohibiendo, condenado y absolviendo, castigando y perdonando. Si falta cualquiera de estas funciones el poder penal queda desequilibrado y asimétrico. El no castigo de un hecho penal no debe ser visto como algo tan aberrante. No es algo estimulante, claro, pero

tampoco es, en ciertos casos, algo tan nefasto, e incluso muchas veces puede hasta ser lo más conveniente y políticamente deseable. Es parte del juego de lo penal, no hay poder que no contenga también en su interior la faz negativa de no ser ejercido. A esta situación no escapa el poder penal. La ideología de la punición infinita que subyace al estilo penal neopunitivista confronta también con el instrumental penal por esta razón. El régimen actual del derecho penal de los derechos humanos desconoce que lo decisivo en la administración política del poder penal no es sólo la decisión de punir, sino también la de no punir. Político-criminalmente ambas facetas conforman el mundo posible del poder penal. El no punir incluye tanto el poder de no criminalizar en abstracto ciertas conductas como el de otorgar gracias, perdones y amnistías respecto de quienes han sido declarados culpables, como también la obligación de no condenar ilegítimamente, esto es, en contra de los derechos fundamentales, de la ley o de la prueba. Un poder penal estructurado unilateralmente como mero poder de punir es un poder penal políticamente desfigurado que pierde legitimidad y capacidad de rendimiento respecto de sus funciones. Además la función de no prohibir o de perdonar trasciende lo judicial, dado que pertenece también, o fundamentalmente, a las otras dos instancias del poder democrático. Sin la intervención de esas otras dos ramas del poder, también del penal, una democracia real no es posible, de modo que se debe reconocer que la potestad de punir se ejerce también desde un punto de vista negativo, esto es, no prohibiendo y no castigando culpables o posibles culpables, ya sea sobreseyendo, absolviendo, amnistiando, indultando, etcétera.

Así pues, el rasgo característico del sistema penal del Estado constitucional de derecho consiste en que, asumiendo el ideal de castigar todos los delitos como propio, valioso y digno de fomento, se prefiere, sin embargo, cierta cuota de impunidad antes que tolerar que el castigo sea alcanzado de cualquier manera (no hay un *poder penal absoluto*). Por ello la idea de cierta cuota posible de impunidad por falta de respeto de las formas es la clave de la paz jurídica: se desprecia a sí misma una sociedad que está dispuesta a alcanzar sus fines trasgrediendo las reglas que ella se ha impuesto. En palabras de HASSEMER, “una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión prometa la mayor ganancia”⁶¹.

⁶¹ *Apud* DÍAZ CANTÓN, *Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1999/A, p. 333. En el mismo sentido del texto, esto es, a favor, como rasgo distintivo de civilización, de una limitada cantidad de no punibilidad preferible al castigo a ultranza, *vid.* ZIFFER (nota 39). Una interesante distinción razonable entre amnistías legítimas e ilegítimas formula DENCKER, *Crímenes de lesa humanidad y derecho penal internacional, observaciones críticas*, trad. de A. KISS, en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, 2005 (en prensa), con el fin de mostrar que no es sensato, en ciertos casos y bajo determinados requisitos, renunciar fóbicamente a todo mecanismo de no punición.

IV. El desprestigio del “derecho penal de los derechos humanos”

Entiendo que la política eufórica pro-penal de activistas y organismos, aquí expuesta y criticada, parece haber sido un error catastrófico. Su mayor consecuencia, y la más desgraciada, es haber sumergido a los derechos humanos en un inevitable desprestigio. ¿Cómo es posible que se llegara a esto? Es decir, ¿por qué el movimiento de defensa de los derechos humanos se puso a la vanguardia de la violencia punitiva a ultranza?

Creo que la respuesta está, junto a la gravedad de los hechos y la consiguiente irritación en caso de impunidad, en cierta soberbia ética del ius-humanismo. Se trata de una actitud que puede terminar siendo una patología jurídica. En el principio de todo están las palabras “derechos humanos”; suenan bien, tienen que estar bien. Las personas, en la vida, pueden ser médicos, comerciantes, penalistas, panaderos. Hasta aquí apenas si pervive todavía en la colectividad un preconcepción de estatus en alguno de estos casos. Esas profesiones no nos dicen nada aún acerca del desempeño de cada persona, acerca de quien tal vez sea un buen o un mal panadero, un médico clásico u homeopático, un comerciante decente o embustero, un penalista liberal o autoritario. No lo sabemos del mero dato de conocer su profesión. En cambio, cuando alguien se presenta y dice “me dedico a los derechos humanos” no hay más lugar para ambigüedad alguna: el personaje es alguien admirable, honrado, digno, justo, solidario, preocupado por el bienestar de todos, dispuesto al sacrificio para defender la justicia y los derechos de los otros. En fin, un ser excepcional y extraordinario, para orgullo de su familia y admiración de los colegas. El novelista Tom WOLFE, que ya en *La hoguera de las vanidades* explicó mejor que BECCARIA el núcleo cultural de la cuestión penal al hacer afirmar a un personaje, hasta entonces entusiasta del castigo pero luego sometido injustamente a un proceso penal, que “un conservador es alguien que todavía no ha sido detenido”, nos resuelve ilustrativamente también el problema intelectual de los derechos humanos con un razonamiento del que aquí me permito esta paráfrasis: La violación de los derechos humanos es algo grave, entonces el defensor de los derechos humanos ya no piensa, sino que se indigna, y quien se indigna, es digno, no se puede discutir más con él, no hay argumentos y, entonces, no se puede contra-argumentar o el oponente se convierte en un indigno⁶². Además, para restablecer la dignidad, vale todo. Así los derechos humanos se transforman en fin absoluto ilimitado y en un tabú indiscutible e incensurable. En su nombre se puede hacer todo, pues de cualquier manera la dignidad de la empresa está puesta tan alta que nada la amenaza.

⁶² Tom WOLFE dice literalmente al respecto –algo que en el texto ha sido parafraseado– que “la mayoría de los que se dicen de izquierdas, en lugar de pensar se indignan, y eso les reviste de dignidad” (entrevista concedida a “El País Semanal”, Madrid, 20.3.2005, p. 16).

De esa soberbia este desprestigio. Su misión incuestionable ha llevado a los activistas de derechos humanos al atrevimiento de tomar las riendas penales para llevar el sistema punitivo a cualquier sitio como si nadie los estuviera mirando. Han creído, en contra de todo el conocimiento penal, que el sistema punitivo es algo bueno y adecuado para la protección de los derechos humanos. Pero sólo han separado al mundo de un modo macabro. Conservan la función de protección de los derechos humanos del imputado “normal”, “ciudadano”, pero respecto del imputado “excepcional”, “enemigo” (el violador de los derechos humanos) exigen pena de cualquier manera y a ultranza, sin advertir siquiera, con cierta ceguera, que ese derecho penal excepcional se está filtrando también al otro campo.

Las organizaciones defensoras de los derechos humanos han advertido en sus informes, permanentemente, acerca del infrahumano estado de las cárceles en Argentina. Dicho en términos técnicos, se han referido al incumplimiento flagrante e intolerable del mandato constitucional según el cual las cárceles deben ser sanas y limpias (CN, art. 18). En efecto, según es sabido por todos, la ejecución de la pena privativa de libertad se lleva a cabo en Argentina (en América Latina en general) de un modo más que inhumano y salvaje, con todo desprecio por el trato mínimamente digno que debe recibir toda persona privada de libertad, sea procesado o condenado. Hasta tal punto se extiende esta calamidad que esas mismas organizaciones inundan los tribunales con recursos de invocación constitucional para que los detenidos sean liberados si no se les puede asegurar una prisión digna.

Tienen razón, ni una palabra más se puede decir al respecto.

Ahora bien, ¿cómo se entiende, entonces, que esas mismas organizaciones, en los ratos libres supongo, se dediquen a pedir prisión preventiva y pena privativa de libertad para algunos imputados? No sé si son asociaciones esquizofrénicas, para usar la metáfora de MAIER, pero si sé que actitudes semejantes privan de toda autoridad moral y, consiguientemente, de toda credibilidad, a las instituciones que las practican.

Esto es otro subproducto de la desorientación de los derechos humanos producida a partir de su explicable, pero jurídicamente intolerable, cambio de paradigma de ser garante de un derecho penal limitado y controlado a demandante de un poder penal absoluto⁶³. Tanto es esto así que

⁶³ En el paroxismo de la exaltación punitiva se colocó una prestigiosa y renombrada organización defensora de los derechos humanos de Argentina que actuó como querellante en el proceso por las muertes sucedidas en diciembre de 2001 durante la caída de DE LA RÚA. En ese proceso la posición de esta institución respecto de esas muertes, ocasionadas aparentemente por la policía durante la represión de los disturbios, es atribuírselas al ex-Presidente por ser el superior de los policías en la organización jerárquica del poder. Una forma de participación que, encubiertamente, tiene demasiado sabor a inquisitiva imputación dolosa o a una in-

ya no tiene sentido argumentar racionalmente en las cuestiones del derecho penal de los derechos humanos, pues todos los problemas y conflictos, que en las demás ramas del derecho pueden tener, después de agotada una rigurosa carga argumental, una respuesta “X” o una respuesta “Y”, aquí tienen siempre la misma respuesta: todo, pero todo, sea lo que sea, se resuelve siempre en contra del imputado; y después se dan largos discursos con invocaciones al derecho de gentes, a *Grotius*, a antiquísimos textos religiosos, a rebuscadas interpretaciones de reglas anacrónicas y perdidas, todo lo cual no pasa de mero ejercicio literario frente a decisiones que ya están tomadas de antemano, de forma unánime y siempre en la misma dirección. Ninguna discusión sobre el tema escapa a este, también desde el punto de vista intelectual, decepcionante escenario.

A esta incómoda situación se ha llegado porque las organizaciones defensoras de los derechos humanos –públicas, semipúblicas o privadas– y los organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales han seguido la deriva neopunitivista. Nacidas y establecidos para proteger en este ámbito al individuo enfrentado al poder penal, se han transformado en los últimos tiempos en los principales impulsores de la aplicación del derecho penal a los individuos⁶⁴. Esto contribuye al desprestigio del discurso de los derechos humanos⁶⁵, a desacreditarlos dado que parecen el último engaño de Occidente⁶⁶, lo cual constituye una catástrofe cultural, pues resulta evidente que, en materia penal, no se puede servir, como ya se mencionó, a dos objetivos al mismo tiempo, de modo que resulta imposible atender a la vez a los intereses punitivos (o de la víctima) y a los de los derechos fundamentales (o del imputado). La formulación de una teoría de los derechos fundamentales frente al poder penal no admite esta bipolaridad debido a que, o bien se recuesta el interés permanentemente sobre el lado del individuo acusado, o bien se lo hace para siempre en interés del castigo⁶⁷. Por lo demás, a esta altura de la ex-

□ concebible responsabilidad penal objetiva. Por lo demás, parece llamativo que el entonces Presidente, quien, por cierto, durante todo su gobierno había sido acusado precisamente de ser incapaz de hacer algo, haya organizado de la noche a la mañana una masacre de tales proporciones.

⁶⁴ Acerca de esta tendencia por parte del llamado derecho internacional de los derechos humanos advierte MAIER, *Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal*, en AA.VV., *Estudios en homenaje al Profesor Enrique Vescovi*, Montevideo, 2000, p. 37.

⁶⁵ Vid. PISARELLO, en su introducción a FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, I. ANITUA, M. MONCLÚS MASÓ y G. PISARELLO, Madrid, 2004, p. 14.

⁶⁶ Vid. FERRAJOLI (nota 65), p. 46.

⁶⁷ El interés de la víctima del delito, que en el proceso penal debería estar representado exclusivamente por la fiscalía, tiene una protección más débil que el del imputado, en términos de garantías judiciales de sus expectativas jurídicas. Así, por ejemplo, mientras que toda

perencia histórica resulta evidente que propiciar castigos no debería ser una función de los defensores de los derechos humanos, sobre todo en estos tiempos confusos en los cuales, justamente para los hechos punibles más graves, se pregona desde el poder infligir ese castigo por medios que van desde los jueces sin rostro a los testigos sin nombre, de los arrepentidos a los agentes encubiertos, de las penas gravísimas a las prisiones preventivas interminables, de los campos de concentración como el de Guantánamo a la detención ilimitada sin causa de los sospechosos de terrorismo, y de la coacción moderada en el interrogatorio del imputado al asesinato selectivo y preventivo de los implicados.

Esta mutación de la filosofía de los derechos humanos en el campo penal, producida por medio de activistas y organismos de protección que han asumido de forma militante una guerra en favor del castigo punitivo de lo que ellos, a veces con razón (por ejemplo el caso “Barrios Altos”), a veces exageradamente (*v. gr.* el caso “Bulacio”), llaman “graves violaciones de los derechos humanos”, ha llevado un notorio descrédito a los derechos humanos.

El llamado “derecho penal de los derechos humanos”, lamentablemente, no está a la altura de las exigencias de la cultura penalista actual⁶⁸. A favor sólo parece quedar el fin que, como ilusión, el sistema persigue: tratar de evitar por medio de la violencia estatal que ciertos hechos atroces sucedan en el mundo o queden sin sanción⁶⁹. Esto se persigue por medio de formulaciones sonoras acerca de las ventajas de la pena, lo cual, además de no dejar de ser insólito, podría no ser más que un mero *slogan*, un producto de cierto “fetichismo penal”⁷⁰, y tiene como consecuencia el

□ sospecha de parcialidad contra el imputado debe conducir a la exclusión del juez sospechoso, sólo en casos extremos de manifiesta arbitrariedad podría suceder lo mismo por el temor de parcialidad a su favor.

⁶⁸ Al respecto sigo la exposición sobre el estado actual del entusiasmo penal universal formulada en mi trabajo *El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones jurídicas críticas*, en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005 (en prensa).

⁶⁹ Sin embargo, para este caso rigen las palabras de DEMANDT: “Los peores males se cometen con la mejor intención –con los ojos cerrados” (*Derecho y poder como problema histórico*, en *id.* [comp.], *Los grandes procesos de la historia*, trad. de E. GAVILÁN, Barcelona, 2000, p. 269). *Vid.*, respecto de cómo lo noble se puede convertir en tocosco, EIROA, *La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción*, Buenos Aires, 2004, p. 19, n° 1, con referencias a BOBBIO y al *Doctor Zivago* de BORIS PASTERNAK. Sobre el carácter ilusorio del derecho penal, *vid.* las conclusiones de PRITTWITZ, *Internationales Strafrecht: Die Zukunft einer Illusion?*, en “Annual Review of Law and Ethics”, t. 11 (2003), ps. 486 y siguiente.

⁷⁰ Según ZOLO, *The lords of Peace. From the Holy Alliance to the new International Criminal Tribunals*, en HOLDEN [comp.], *Global Democracy*, London, 2000, p. 81, “one of the slogans most used by the supporters of these new International Criminal Tribunals is: ‘There cannot be peace without justice’. I believe that, propaganda aside, this shows an oversimplified notion of the relationship between justice and world peace, justice being considered only from a judicial point of view. But there is somet-

pensar que ese fin, por su elevado valor en términos de justicia ética, puede ser alcanzado de cualquier forma (derecho penal del enemigo, “razón penal de Estado”, etcétera).

Sin embargo, todo lo que es penal, por el hecho de ser necesario, no deja de ser un mal. La visión demasiado optimista que ve en el poder punitivo una buena nueva en “la cruzada contra el mal” desatiende la naturaleza pasada y presente del poder punitivo y los fundamentos axiológicos de una cultura jurídica construida sobre la idea de la pena como mal (necesario) y de la lucha por contener la tendencial inclinación al ejercicio arbitrario de todo poder punitivo⁷¹. Es por ello que el modelo neopunitivista actual del derecho penal de los derechos humanos puede ser descrito como una involución en la historia de la cultura penalista, pues se trata de un sistema que, presidido –a veces solapada, a veces abiertamente– por el principio *in delictis atrocissimis potest iudex iura transgredi* (“razón penal de Estado”), retrograda la evolución jurídica a tiempos premodernos. En virtud del extraordinario valor que se otorga a su función, este poder penal represor de las violaciones de los derechos humanos es absoluto y resistente a reconocer límites, tal como sucedía en el pasado con la Inquisición universal, que en razón de lo que se consideraba una elevada misión tampoco necesitaba restricciones jurídicas. Un programa de poder

□ *hing else to considerer. The slogans shows a sort of criminal fetishism, naively applied to international relations, which ignores centuries of theoretical debate on the problem of the ‘preventive efficiency’ of criminal sentences –and in particular of prison sentences– and the doubts raised about the effectiveness as a rehabilitation process of a stay in prison”.*

⁷¹ “Cualquier forma de poder está abierta al abuso, y no existe ningún motivo para pensar que el poder que obtiene su legitimidad a través de los derechos humanos no pueda acabar tan abierto al abuso como cualquier otro” (IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política y como idolatría*, trad. de F. BELTRÁN ADELL, Barcelona, 2003, p. 72). Sobre todo porque en el caso del derecho penal se trata innegablemente del poder, de un poder al que se intenta domesticar por el derecho pero que, al ser ejecutado, puede derivar en abuso (*vid.* PRITZWITZ [nota 69], p. 482). ZAFFARONI, que en su obra indudablemente considerara que el poder penal es ilegítimo (en tanto que “ poder irracional”), más allá de las lógicas funciones de límite y control que reconoce en el derecho, ha tratado no obstante de justificar un poder penal excepcional, diferencial y en cierto modo legítimo para las graves violaciones de los derechos humanos. La idea de estos dos sistemas penales simultáneos, el irracional o ilegítimo y el no tanto, es recurrente en su obra desde hace unos veinte años. Me centro ahora en sus *Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad* (“Nueva Doctrina Penal”, 2000/B, ps. 437 y ss.), donde sostiene una vez más su idea –reproducida aquí muy simplificada– de que los autores de esos hechos, por haber sido otrora detentadores de un poder punitivo irracional, no podrían ahora oponerse a que se les aplique a ellos o tratar de contar con garantías jurídicas estrictas. Pero reconoce expresamente que su argumento parece paradójico. A mí me parece, en efecto, una aporía sobre la cual no se puede construir la solución del delicadísimo problema tratado. Por el contrario, me parece que la grandeza del Estado de derecho consiste en no tratar tampoco a los sospechosos y autores de crímenes gravísimos como ellos supuesta o realmente trataron a los demás.

penal cuya ideología se orienta marcadamente hacia la noción de punición infinita, porque está convencido del carácter histórico y trascendental de su cometido, tiene los mismos puntos de partida axiológicos y teleológicos que la Inquisición histórica⁷². Al ponerse los fines metafísicos de la punición por encima de los límites de la cultura jurídica la protección penal de los derechos humanos vuelve a ser presentada como derecho natural, es decir, como axioma tan infundamentado como irrenunciable.

Este esquema neopunitivista ha colaborado al descrédito del movimiento en favor de los derechos humanos que, con la excusa de asegurarlos respecto de unas personas, tiende a la necesidad de violarlos respecto de otras, cuando en realidad un sistema jurídico-penal con verdadera autoridad y entereza morales preferiría no contribuir a violación alguna de los derechos fundamentales de nadie, limitándose al control del ejercicio del poder penal. En otras palabras, los derechos humanos en materia punitiva deben mantenerse siempre del “lado del imputado”, sea quién sea el imputado, sea cual fuera el crimen atribuido, aunque ello suponga eventualmente una cierta cuota de indeseable, pero inevitable, impunidad.

Así pues, la obtención de la punición como fin irrenunciable del régimen lleva a poner a la visión punitiva de los derechos humanos en contradicción con el principio ético del derecho penal, según el cual resultaría inmoral que el castigo de la violación del derecho se persiga por medio de la violación del derecho⁷³. Esto desacredita las expresiones del movimiento en favor de los derechos humanos que ven al poder penal no como el lugar donde normalmente los derechos fundamentales son lesionados, sino como el mecanismo adecuado para repararlos y protegerlos. Al hacer esto, el movimiento se pone en “fiscal”, y al ser acusador ya no puede defender –perdiendo de ese modo toda autoridad moral– los derechos de los autores de las violaciones a los derechos humanos expuestos a lesión al ser enfrentados al poder penal. Las graves degradaciones de la protección efectiva de los derechos fundamentales de los autores de las presuntas violaciones graves de los derechos humanos ha producido de este modo un innegable desprestigio de los derechos humanos⁷⁴.

⁷² Vid. IGNATIEFF (nota 71), ps. 101 (“la idea de los derechos humanos es inevitablemente religiosa”), 105 (“lo sagrado ha servido a menudo para justificar la iniquidad”) y 107 (donde postula que “no existen objetivos ‘sagrados’ que puedan justificar el trato inhumano hacia otros seres humanos”).

⁷³ El sistema “acabará, en realidad, violando los principios que dice defender” (IGNATIEFF [nota 71], p. 72). Para ZIFFER (nota 39), de este modo se “destruye el sentido mismo de aquello que se pretende proteger”.

⁷⁴ Vid. PISARELLO (nota 65), p. 14. DENCKER (nota 61), sostiene que respecto del derecho internacional penal, “justamente en interés de los derechos humanos, debería pensarse, más bien, en la necesidad de limitaciones a sus normas”. Para ZIFFER (nota 39), “tales restricciones,

V. Conclusiones y perspectivas: el futuro de la función “penal” de los derechos humanos

Todo lo tratado hasta aquí muestra que el “sistema punitivo de los derechos humanos” pareciera ser objetable desde el punto de vista de la ciencia moderna del derecho penal y de los valores de la cultura jurídico-penal de hoy en día. Ello se debe, para decirlo resumidamente, a su adscripción sin alternativas a un poder penal absoluto, fundado en la ideología de la punición infinita, rasgo característico del neopunitivismo, que aleja al sistema de los cánones y postulados de la cultura penalista moderna.

Ante ello, la imagen iushumanista del derecho penal debe ser completamente recreada para que pueda cumplir en la materia su función específica y necesaria. Se debe asumir que los derechos fundamentales sólo pueden cumplir, respecto del sistema punitivo, una función de control y límite del poder y no de aprobación acrítica y amplificación de ese poder. La indispensable promoción de los derechos fundamentales y la prevención y reparación de sus violaciones debe provenir ante todo de ámbitos no penales, del derecho civil, del amparo constitucional, de la protección de la democracia, de las políticas sociales de prevención (no por vía de represión oficial), del sistema jurídico del trabajo y de la seguridad social y de los regímenes indemnizatorios, no de la pena. Cuando aparece en escena el derecho penal, porque una persona, *cualquier persona*, es imputada de haber cometido un delito, entonces el sistema de los derechos fundamentales, los organismos de protección y las asociaciones de activistas sólo puede estar al lado del imputado enfrentado al poder, nunca del lado del poder enfrentado al individuo, pues su tarea, en este último caso, se neutraliza y desaparece, al desvanecerse, como ya fue demostrado, su credibilidad y su autoridad moral.

En este sentido, desde el punto de vista ético-filosófico es preciso que el movimiento de defensa de los derechos humanos, tanto el activismo como el segmento institucional⁷⁵, sea reencauzado, respecto del po-

por definición, significan asumir la posibilidad de que la efectiva aplicación de una pena se frustre; pero si un ejercicio limitado del poder punitivo es lo que nos define como sociedades civilizadas, no parece que el precio sea demasiado alto”.

⁷⁵ La orientación de las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos fundamentales no puede ser decidida por ellas libremente como si se tratara de particularmente a los valores de la Democracia y el Estado de derecho. El carácter cuasi-público de estas instituciones es un hecho innegable, aunque ellas sólo reclaman de esta situación los privilegios sin aceptar los deberes. En verdad se presentan como tales y son tratadas como tales, incluso ahora con inusual participación, por ejemplo en Argentina, en los procedimientos de designación de funcionarios judiciales (pero no solamente), a pesar de su dudosa legitimación democrática, sus incontroladas estructuras de decisión y sus no neutrales fuentes de

der penal, en un carril unilateral para protección del acusado, renunciando a toda megalomanía penal que se traduzca en la huida al derecho penal como instrumento de represión. Se requiere para ello, indispensablemente, una abstinencia acusatoria. Los organismos de protección podrán condenar a un Estado que coaccione para obtener confesiones en los procesos penales, por ejemplo, y podrán condenar a ese Estado por no haber conseguido, a la vez, que el autor de la coacción fuera condenado, pero no podrán exigirle que efectivamente lo condene. Se podrá exigir del Estado en general medidas de prevención, incluidos todos los medios posibles, también lo penal, pero lo decisivo aquí es que esos organismos y asociaciones no podrán imponer ni reclamar nunca la persecución y castigo de una persona concreta respecto de hechos determinados, y mucho menos con carácter apremiante y absoluto. A lo sumo a la víctima no satisfecha penalmente en un caso dado le debe quedar sólo la posibilidad del resarcimiento civil de la expectativa frustrada, pero nunca un “crédito penal seguro” que es lo que enturbia la situación actual de unos derechos humanos que desvarían en su desesperación por conseguir condenaciones penales hasta el punto de haber derogado, respecto de los imputados en esos casos, toda oportunidad de ser sometidos a un proceso penal justo, civilizado y a recibir la eventual aplicación de un derecho penal normal.

Se debe poner fin así para siempre a toda demanda punitiva de organismos y activistas, único camino que les permitirá, en todos los casos y no en algunos, tal como corresponde a su misión declarada, proteger los derechos fundamentales frente al poder penal público.

Para motivar esta conclusión se debe partir de la falta de sustento argumental serio y riguroso de la salida contraria: la deriva neopunitivista comprobada difícilmente encuentre una justificación intelectual. Al respecto se puede decir que es seguro que el neopunitivismo de los derechos humanos no ha surgido de la Universidad y de los centros de discusión de la cultura penalista. Las obras del derecho penal están mayoritariamente dedicadas a desarrollar mecanismos para limitar y controlar el ejercicio del poder punitivo, no para ampliarlo o llevarlo a todos los rincones de la vida. En ellas se puede ver un gran esfuerzo intelectual por establecer regí-

financiación. Además nutren de personal a los organismos y se nutren de ex-funcionarios de organismos (si no es que estos, tras sus funciones, no han puesto ya su propia asociación). Por ello, los expertos en derechos humanos, sean de organismos sean de organizaciones, deben revisar su ideología penal, pues al final suelen ser los mismos en los organismos que en las organizaciones (basta con hacer una investigación de archivo de los últimos veinte años para ver de qué manera, al menos en el ámbito “interamericano”, las mismas personas han intercambiado funciones entre organismos y organizaciones de un modo endogámico altamente llamativo).

menes generales de aseguramiento de los valores de un derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales de la persona que sufre el ejercicio del poder penal (por ejemplo, el sistema garantista de Luigi FERRAJOLI) y también subregímenes, como la teoría jurídica del delito y la dogmática procesal, que pretenden, por vía de una sistemática racional, la interdicción tendencial de la arbitrariedad, dentro de lo posible, en la aplicación de las normas penales y procesales. Una euforia por la víctima (de graves violaciones de los derechos humanos), cuya consecuencia sea el abandono de la protección de los derechos humanos de los sospechosos de haber cometido esos crímenes (o de los autores), de modo que respecto de ellos no rijan los principios clásicos limitadores del poder penal, no existe en las obras más trascendentes de derecho penal más que aisladamente⁷⁶. Esto demuestra que, en principio, en la literatura científica del derecho penal más significativa, desde la Ilustración por lo menos, no hay una tendencia neopunitivista como la que se ha apoderado de organismos y activistas, al menos a partir de lo que muestra su desempeño en los casos aquí mencionados.

Se puede afirmar con rotundidad un divorcio entre la ciencia del derecho penal y la visión del castigo público que sostienen tales organismos y agrupaciones de activistas.

Esto debe ser revertido, según entiendo, si se recurre a la cláusula general y abstracta que vincula la decisión de los organismos de supervisión a la preeminencia del derecho tal cual la entiende la ciencia jurídico-penal. En efecto, hay una regla de garantía de la calidad de las decisiones de los organismos establecida en los grandes pactos de derechos humanos que crean instituciones de control. En el espejo de la CADH se puede ver que ella exige que los miembros de la Corte sean “juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales” (CADH, art. 52.1). Esto significa, ante todo, que se espera del personal de la Corte, en materia penal, no sólo que tengan la profesión de jurista, que es obvio, sino que apliquen el arte y la ciencia del derecho penal tal como se los entiende hoy en día. Se exige que se trate de personas egresadas de la Facultad de Derecho de una Universidad, es decir, personas que, respecto del derecho penal y procesal pe-

⁷⁶ JAKOBS, el único autor de renombre que ha defendido un derecho penal similar al criticado en este trabajo, es decir un derecho de excepción, con menos garantías, para cierto tipo de imputados y autores, para lo cual recurrió a la expresión “derecho penal del enemigo”, es unánimemente criticado por un sinnúmero de detractores en todo el mundo. *Vid.* más detalladamente al respecto mi trabajo *El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, en AA.VV., *Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Buenos Aires, 2005 (en prensa).

nal, estén convenientemente formadas, tanto en los aspectos normativos como en la metodología que esas ramas del orden jurídico requieren para conseguir la resolución argumentalmente correcta y no arbitraria de los casos concretos que se le planteen. Imponer formalmente un cuerpo de juristas implica, en abstracto, establecer un modelo de organismo de supervisión en el cual se considera un valor ineludible, respecto de las cuestiones penales, el dominio de los cánones de funcionamiento de la hermenéutica penalista y la aplicación razonada de las obras más destacadas del tema.

Esta exigencia metodológica del trabajo penal de los organismos de control (y por tanto también de las asociaciones de activistas), que aquí se pretende fundamentar teóricamente en la “cláusula de los juristas” citada, no encuentra en la práctica actual un reflejo adecuado. En efecto, en la argumentación, en la fundamentación, los principios básicos reguladores del derecho penal y procesal penal, ya como metodología de trabajo, no son utilizados en la toma de posición penal de organismos y activistas. Las referencias a la literatura penal relevante son casi nulas, algo difícil de entender si pensamos que se pretende un trabajo de jurista. En otras palabras, la diferencia entre el tratamiento que a la cuestión penal dan organismos y activistas es, respecto del tratamiento que le daría un jurista, notable. Por ejemplo, la forma en que la Corte IDH cumplió con la carga argumental en la sentencia “Herrera Ulloa” respecto del derecho del condenado al recurso, más allá del acierto jurídico-procesal o no de la parte resolutoria (yo creo que en gran medida la Corte acierta), difícilmente sería aprobada como exposición teórica sobre el tema⁷⁷. En “Barrios Altos”, una sentencia acerca de las tareas, alcances y funciones del derecho penal, que un Juez de la propia Corte IDH considera “histórica” y “memorable”, no se menciona ni se cita en apoyo de lo que se dice ni una sola obra de derecho penal o procesal penal clásico o contemporáneo. Estos ejemplos sirven sólo para describir la diferencia metodológica que hay entre el jurista ideal y el tribunal concreto en el modo de fundamentar sus decisiones de relevancia penal. Esto no debería ser así, pues, por un lado, algún sentido teórico tiene que tener la “cláusula de los juristas” y, por otro lado, el de jurista es un trabajo base, un método de análisis, fundamentación y decisión de cuestiones legales que se exige, como piso mínimo de su actuación, respecto de todos los que desempeñan funciones vinculadas al arte del derecho penal, aunque después sus funciones espe-

⁷⁷ Dicha sentencia y mi comentario *Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia. ¿La casación penal condenada? (A propósito del caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, pueden ser vistos en CDJP [Casación] n° 4, 2002, ps. 257 y siguientes.

cíficas sean bien diferentes (juez, docente, dictaminador, defensor, tratadista o acusador). O bien no debe exigirse más que los máximos funcionarios del sistema internacional de supervisión de los derechos humanos sean juristas o bien debe esperarse que ellos resuelvan los casos de implicancia penal siguiendo la metodología de análisis y argumentación de la ciencia jurídico-penal y especialmente respetando los principios de la cultura penalista.

Si este nexo que vincula en lo penal al juez (y por consiguiente al activista) de “derechos” humanos con el jurista hubiera sido respetado nunca se hubiera caído en el actual neopunitivismo del derecho penal de los derechos humanos. Como ya fue señalado y es conocido, la ciencia penal de los juristas ha alcanzado un grado extraordinario de refinamiento y fundamentación con el fin de plantear la desconfianza más absoluta respecto del desafortunado instrumental penal y crear en torno a él mecanismos de límite y control, tanto desde el punto de vista de la afirmación de principios como desde la técnica construida para un aplicación e interpretación no arbitraria de los preceptos penales y procesales. Un poder punitivo absoluto como el que pregonan organismos y activistas es justamente el modelo jurídico que con más fuerza argumental resulta refutado por la ciencia penal⁷⁸.

Si los organismos y los activistas de derechos humanos se reconocen juristas, entonces deben devolver la mirada a esa cultura penalista y aplicar sus principios y sus cánones, abandonando para siempre la idea de que sus intereses y deseos concretos puedan estar por encima de las decisiones objetivas del derecho, para que no se piense que en la invocación de valores y verdades absolutos y generales se está ocultando en realidad la persecución de logros bien particulares.

Así, volviendo al punto de partida de este trabajo, no se trata aquí de defender un abolicionismo inverosímil e inconcebible del derecho penal, mucho menos de su inaplicabilidad a los crímenes más graves, sino tan sólo de afirmar una visión del poder punitivo que respecto de todos los hechos vea siempre al derecho penal como lo que realmente es. No se trata de la octava maravilla del mundo, alcanzable a cualquier precio, como cree el neopunitivismo. Tampoco de un instrumento ilegítimo repugnante a la condición humana, como parecen verlo el abolicionismo, el agnos-

⁷⁸ Dice ZIFFER (nota 39), con razón, que “aun cuando se trate de crímenes atroces y aberrantes la persecución penal no puede ser ejercida ilimitadamente y de cualquier manera. En este sentido, un derecho procesal penal en el que el solo hecho de la imputación por crímenes atroces y aberrantes basta para que quien debe enfrentarse a ella lo haga privado de garantías básicas es difícil de justificar en un estado que pretenda seguir siendo definido como ‘de derecho’”.

ticismo y las otras corrientes similares. Antes bien, el poder penal es un mal tan desconfiable y desafortunado como imprescindible. La tarea de las personas de derecho que desempeñen respecto del derecho penal funciones públicas o semi-públicas de supervisión de derechos fundamentales debe ser la de trabajar para limitarlo, controlarlo, en fin, evitar su irresistible expansión y su tendencia a la manipulación y la arbitrariedad.

En el dilema entre el castigo a las violaciones de los derechos humanos y el respeto por los derechos humanos del acusado prevalece, como prioridad, la protección al imputado.

Sería conveniente además introducir, aunque ello sólo sea posible como hipótesis teórica que debe presidir la metodología del análisis de casos penales desde el punto de vista de los derechos humanos, un *principio de anonimato*, que se refleje en la práctica de evaluar los casos sin atender a la identidad de los involucrados, para evitar las usuales distorsiones que se generan por razones emotivas comprensibles pero que no deberían tener peso alguno en la resolución de los problemas jurídico-penales, pues estas distorsiones impiden que el derecho trabaje de un modo neutral e igualitario, es decir, de un modo racional y libre de objeciones.

Los organismos internacionales de control y las organizaciones de defensa y promoción de los derechos humanos, entonces, deben velar para que los principios y garantías de protección del acusado sean respetados. Si en lugar de ello van a seguir representando este inapropiado papel de acusadores neopunitivistas a la búsqueda de una punición infinita, desprestigiando el valor estratégico de los derechos humanos, será necesario establecer nuevos organismos y nuevas organizaciones que protejan seriamente los derechos fundamentales de los individuos acusados y sometidos al poder penal y que los protejan no sólo frente al Estado, sino también ante aquellos organismos y organizaciones que, nacidos para brindar esa protección frente al poder penal público, han degenerado hoy en inauditos promotores de un poder penal absoluto. O quizá sea preferible que toda protección y defensa desaparezcan, pues así los derechos de todos los imputados estarían mucho mejor protegidos, lejos de las insólitas decisiones actuales del neopunitivismo que, a partir de los casos más graves, han llevado el relajamiento y la banalización de los derechos fundamentales de los acusados también a los hechos más leves. En cuestión de minutos esta visión fundamentalista de lo penal habrá llegado a todos los rincones del sistema punitivo. No se necesita ser adivino para predecir lo que va a ocurrir cuando protección de los derechos humanos se extienda a protección de la seguridad y lo fácil que va a resultar equiparar, aunque sean cosas distintas, violación de los derechos humanos e inseguridad, de modo de llevar a este último campo los postulados antigarantistas del derecho penal de los derechos humanos. Sorprendente es que muchos de los actores que promueven, pregonan y aplican el neopunitivismo del dere-

cho penal de los derechos humanos se presenten como gestores sociales y políticos que trabajan para conseguir un mundo mejor, sin advertir que es totalmente insensato pensar en un mundo mejor por medio del derecho penal y, mucho menos aún, por medio de un derecho penal como el neopunitivista, que es algo mucho peor que el ya desafortunado pero racional y limitado derecho penal liberal clásico⁷⁹.

⁷⁹ Puede llamar la atención que en este trabajo no se diga nada acerca precisamente del problema de la persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por la dictadura militar en Argentina en los años setenta. Quien quiera informarse más detalladamente sobre ello deberá recurrir, por todos, solamente al libro de SANCINETTI y FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1999. Por mi parte, mi silencio se debe a que se trata de un problema que no entiendo. Todo era más claro en el momento en que Argentina, en 1983, recuperó la juridicidad democrática. Era indudable entonces que los autores de esos graves crímenes debían ser sometidos al derecho penal normal. Así sucedió con los altos mandos militares, como los miembros de las Juntas y los jefes de otros cuerpos que fueron sometidos a proceso y muchos de ellos condenados. Desgraciadamente, la actuación del derecho penal normal fue dejada de lado en los demás casos por medio de las conocidas disposiciones que lo derogaron para los casos concretos (las leyes denominadas “de punto final” y “obediencia debida”). En aquel entonces, juristas sabios y valientes, como David BAIGÚN, Julio MAIER y Marcelo SANCINETTI, entre otros, demostraron desde la ciencia del derecho y sin “segundas intenciones” que se podía argumentar jurídicamente para demostrar la incorrección jurídica de tales normas. Eran tiempos difíciles para decir eso, ser entonces “defensor de los derechos humanos” no traía ganancia alguna, sino riesgos (y SANCINETTI al menos sufrió persecución por expresar su posición jurídica sobre el tema). Pero esas leyes, y los posteriores indultos de los condenados y de algunos procesados, rigieron, mal que nos pese y a pesar de los esfuerzos de los notables juristas mencionados. Lo que no entiendo ahora es de qué manera un país, que para bien o para mal, había *cerrado definitivamente* un problema lo vuelve a abrir décadas después (esto no pasó, por ejemplo, en el caso de los crímenes del nacionalsocialismo europeo que nunca se dejaron de perseguir, ni con los crímenes de la dictadura española que nunca fueron perseguidos, ni con los crímenes cometidos en Sudáfrica cuya amnistía sigue firme). Claro es, hoy resulta fácil y redituable hacerlo. Me parece que si en 1987 y 1988 fue tan llamativo no aplicar el derecho penal normal a todos los crímenes de la dictadura militar, puede ser que tratar de hacerlo hoy pueda terminar llamando la atención más todavía. Sobre todo porque no estamos ahora ante la aplicación del sistema penal normal, sino ante uno muy extraño, “armado” para la ocasión y de forma poco ortodoxa en el respeto de los derechos fundamentales de los acusados. Se ha desembocado en un poder penal de mera instrucción, de pura prisión preventiva y amplificación por los medios. Es extraño, al menos para mí, que un país se comporte de esa manera. Que cierre asuntos propios de una generación, que los deje cerrados más de una década, que otra generación los abra de nuevo, pero que reabiertos no se ocupe nadie en serio de ellos. Obsérvese que, respecto de la situación y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las denominadas “leyes del perdón” hace años que inexplicablemente se espera todavía una nueva decisión de la Corte Suprema (una hubo ya en los años ochenta). Y no debe perderse de vista que en esta materia, como se dijo, no se juzga, no se condena, sólo se declaran inaplicables las normas de no perseguibilidad, se somete a los sospechosos a proceso con prisión preventiva y ahí se los deja. Confieso entonces, a la vez que mi perplejidad, mi total ignorancia sobre este tema tan extraordinario como espinoso y mi consiguiente incapacidad para explicarlo satisfactoriamente desde el punto de vista jurídico.