

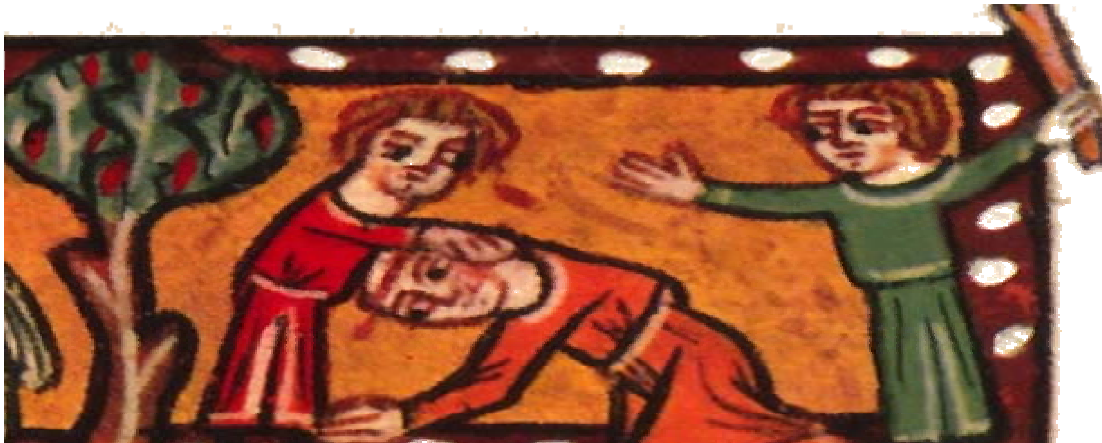
EL LIBERALISMO PENAL

(Primera parte: Cómo procurarse buenos precursores)

Por MATÍAS BAILONE ¹



*“Bienvenida Casandra
sigue y sigue bailando alrededor
aunque siempre seamos pocos los que
aun te podamos ver”
Charly García.*



Casandra era la hija de Príamo de Troya y en repetidas ocasiones anunció la destrucción de la ciudad. Nadie le creyó una palabra. Años antes había sido pretendida por Apolo, que en un acto de galantería le dio el don de la profecía, y luego ante el rechazo de Casandra, le quita el don de la persuasión, condenada a que sus vaticinios no sean creídos ni tomados en serio.

En las sociedades occidentales contemporáneas quienes anticipan la debacle (que en muchos casos es ya una realidad incontrastable) de los Estados de Derecho debido a

¹ Abogado, Doctorando en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires (2006). www.matiashailone.com.ar. Una versión de esta obra se encuentra publicada en el **S.A.I.J. Sistema Argentino de Informática Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación**, www.saij.jus.gov.ar



las políticas públicas en materia de seguridad y sistemas penales, transitan el mismo derrotero que la pobre Casandra maldecida por su amante². El iuspenalismo liberal cumple esta función, la de vaticinar en el desierto, la de señalar que el caballo de madera tiene soldados dentro, que luego destruirán Troya. Pero nadie escucha sus oráculos, porque mediáticamente es más atractivo el ‘discurso’ vindicativo de nulo contenido racional que el republicanismo garantista de nuestra Constitución Nacional.

Barruntar el porqué de esta minusvalía persuasiva de quienes desde el atalaya científico y iushumanista del derecho penal no pueden convencer al ciudadano común que el rey está desnudo, nos obliga a adentrarnos en la protohistoria del derecho penal. Los críticos siempre pretendieron demostrar la contracara del dios Jano punitivo que se esconde detrás de un sistema que enfrenta una no demostrada eficacia con las garantías ciudadanas.

Tal cual lo enseñara Zaffaroni, el derecho penal no es lo mismo que poder punitivo. Éste es el ejercicio estatal de la potestad penal, que no está en cabeza de los teóricos del derecho, ni del saber científico, sino en manos de las agencias que infringen dolor deliberadamente y que están habilitadas por normas positivas. Aunque también está el poder punitivo que se ejerce cotidianamente sin habilitación legal, y que no solo resplandece en estados autocráticos, sino igualmente en las democracias más publicitadas de nuestro tiempo.

El derecho penal como supuesto saber científico, en cambio, es la pretensión racional de contener o reducir el poder punitivo, que naturalmente tiende a la maximización y a la arbitrariedad, y como todo poder en un Estado de Derecho requiere un control externo. Así concebido, el derecho penal se posiciona como contradictor del poder punitivo des-
embozado. Zaffaroni lo definió como “aquel saber interpretativo de las leyes, fundamentalmente de las leyes penales, que tiene por objeto la moderación, reducción y limitación del ejercicio del poder punitivo”³.

² “Casandra en esto, como quien sabía // lo que guardaba a Troya el duro Hado, // mandándose Febo, lo advertía; // más siempre le fue el crédito negado. // Nosotros, miserables, aquel día // que a Troya estaba el último guardado // la ciudad y los templos adornamos, // colgando, como en fiesta, grandes ramos.” Virgilio, “La Eneida”, verso 245 y ss, de la traducción de Hernández de Velasco de 1555, RBA Editores, Madrid, 1995.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, en: Elbert, Carlos: “Encuentro con las penas perdidas”, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993. p.81.- La misma idea en Zaffaroni – Alagia – Slokar “Manual de Derecho Penal Parte General”, 2° edic., Ediar, Bs As, 2006, p. 5.; Zaffaroni – Alagia – Slokar “Derecho Penal Parte General”, 2°

Hasta el surgimiento del discurso crítico del sistema penal y la criminología etiológica, podíamos afirmar que el derecho penal era cualquier cosa, menos un saber que pretendía contener al poder punitivo. En la triste mayoría de los casos, las ciencias penales no sólo habilitaron y justificaron la potestad estatal de castigar, sino que dieron sustrato teórico a no pocos genocidios y violaciones de derechos humanos⁴. La versión científica del derecho penal que operaba dentro de los Estados de Derecho como legitimante del *ius puniendi*, es la que se mueve en el delgado límite entre racionalidad e irracionalidad, y la que se encuentra en una profunda crisis epistemológica. Zaffaroni ha hablado de una “pequeñísima minoría de nulo valor intelectual que no asigna importancia a las muertes [que produce el sistema penal] y que medra con el poder que las ampara... no tomamos pues en consideración este reducidísimo grupo de empresarios y empleados de dictaduras y agencias corruptas, que no puede afirmarse como representativo de un ‘pensamiento’.”⁵

El *Malleus Maleficarum*, la primera sistematización de prácticas penales, procesales y criminológicas, ideado como manual del Inquisidor medieval, no califica como derecho penal en el sentido que aquí le concedemos al término, de modelo de contención del poder estatal de atribuir culpas e imponer sanciones. El 'Martillo de las brujas' de los dominicos Heinrich Kraemer y James Sprenger de 1484 fue derecho penal en tanto organizador del *ius puniendi*, teorizador de la actividad de las agencias punitivas (inquisidores), pero nunca en cuanto a saber científico o discurso racional.

A la Ilustración le debemos un discurso, que además de no ser irracional ni contradictorio, era humanista e individualista en el sentido de colocar al individuo como bastión frente al cual el Estado no podía sino interactuar en el marco de un contrato social, que determinaba deberes y derechos recíprocos.



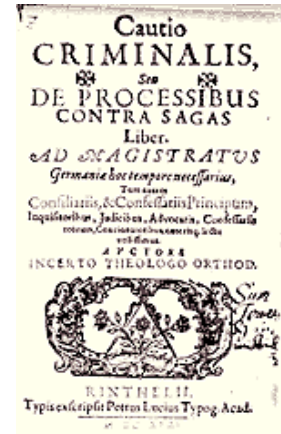
edic., Ediar, Bs. As., 2002, p. 3.; Zaffaroni – Pierangeli “Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1”, 6° edic, Dos Tribunais, San Pablo, 2006, p.63.; etc.

⁴ Carrara calificó de asquerosa (“Schifosa”) la pretensión del saber penal de legitimar, racionalizar y justificar el poder punitivo.

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl: “En busca de las penas perdidas”, Bs. As., Ediar, 1989. P. 18, nota 6.

Pero el primer discurso crítico del sistema penal fue anterior en un siglo y medio a Beccaria, y fue obra del jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, el gran contradictor del Malleus.

En 1631 Spee publica la “Cautio Criminalis” (Prudencia Criminal) donde critica el sistema penal de la época (la Inquisición) y sienta definitivamente las bases del saber crítico, que creíamos patrimonio de la segunda mitad del siglo XX. Le debemos a Zaffaroni este descubrimiento que nos hace vislumbrar las semejanzas de todo discurso crítico, así como las semejanzas de todo discurso legitimador⁶. Spee define al delito como una mera construcción procesal, afirmando que el sistema no funcionaba para ‘combatir a Satán’ ni para descubrir ‘brujas’, sino para algo se ocultaba detrás de esos fines manifiestos: la de sostener un aparato obsoleto que propiciaba la instauración del miedo y la dominación. El sistema convertía en brujas a cualquier mujer que se elegía para someter a infinitas torturas, y en medio de ellas, confesaban las más absurdas culpas para librarse del peligro inminente e insoportable del dolor de los tormentos. La conclusión de Spee fue tan brillante como obvia: si se aniquilaba el sistema, se acababan las brujas.



La tortura como método probatorio (“infame crisol de la verdad” le llamaba Beccaria) fue el principal productor de brujas, ya que quizá sólo con la muerte podía el procesado demostrar su inocencia, puesto que la resistencia a los tormentos era catalogado como ayuda que daba Satán a sus vasallos. Lardizábal estaba persuadido de que “el tormento es una verdadera y gravísima pena, y que es una prueba no de la verdad, sino de la robustez o delicadeza de los miembros del atormentado”⁷. “El resultado de la tortura es un asunto de temperamento y de cálculo –decía Beccaria- que varía en cada hombre en proporción a su robustez y sensibilidad ... dada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de los nervios de un inocente, encuéntrase el grado de dolor que le hará confesarse culpable de un delito determinado”⁸. Todos los pensadores de la Ilustración se horrorizaron ante el espectáculo bár-

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal”, Lectio doctoralis en la Universidad Nacional de Rosario, Ediar, Bs. As., 2004, p. 33.; Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Friedrich Spee oder die ursprung Strafrechtliches Kritik”, en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie, N° 4, Universidad Nacional de Córdoba, Lerner, Córdoba, 2004, p. 11.-

⁷ Lardizábal y Uribe, Manuel de: “Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma”, Capítulo VI. Madrid, 1782.-

⁸ Beccaria, Marqués de (Cesare Bonesana) “De los delitos y las penas”, Capítulo XII De la Tortura. Milán, 1764.- “Señalaba Beccaria, entonces, la necesidad de suprimir el tormento y las confesiones secretas, pero decía que esta necesidad no sólo está guiada por el respeto a la persona sino también por razones de utilidad.



baro y feroz de las confesiones extraídas en medio de torturas, el recuerdo de las ordalías y los ‘juicios de dios’ estaban en la mente de los reformadores. Pagano escribió sobre el instinto humano de evitar el dolor y la propia extinción: “es contrario a la naturaleza constreñir al reo a renunciar, confesando, a los primeros deberes de la naturaleza, que impone la propia conservación, pero forzarlo con la tortura es violar la naturaleza misma”⁹. Pero además, desde un plano netamente procesal, los tormentos son prueba muy falible, ya que depende de la resistencia al dolor. “¿Conociendo la condición del hombre y su natural sensibilidad, cómo una confesión arrancada con violencia por medio de agudísimos dolores y tormentos no podría tener toda la certeza que buscaban para completar la prueba?” se preguntaba Lardizábal.

La Reforma del siglo XVIII imprimió en la conciencia política de su época y de la posteridad, la censura civilizatoria que se le impuso a la tortura y a sus instrumentos en las prácticas punitivas. Pero, como se señaló *ut supra*, el jesuita Spee con su pequeño libro sobre la prudencia criminal, había adelantado en centuria y media la discusión sobre la tortura: “Spee reclamaba la abolición de la tortura, argumentando que si no somos todos condenados por brujería, era simplemente porque aún no se nos había torturado, dado que no hay hombre capaz de resistirla, y menos una mujer, a la que consideraba más frágil, sin contar con que resistiendo, aporta también un indicio de culpabilidad”¹⁰.

De más está decir que el supuesto triunfo del pensamiento crítico no se debió a ningún sentimiento humanitario de la Monarquía Ilustrada, sino a lo que Foucault enseñó en 1975, que el poder punitivo mutó su técnica para poder cumplir mejor sus fines manifiestos y al mismo tiempo, poder traspasar su imperio a una instancia histórica distinta que renegaba de la barbarie anterior. La tortura, de alguna manera, pervive en los intersticios del sistema penal contemporáneo, en las prácticas policíacas más que en las judiciales. “Se ha indicado que al principio la tortura estuvo vinculada al prestigio de la confesión como prueba por excelencia; pero hoy que tal prestigio ha decaído y que existen adelantos científicos y técnicos que permiten averiguar con gran exactitud y seguridad los delitos sin necesidad de las inculpaciones de los propios reos, su perduración tiene otro sentido aún más grave que el que la animó en tiempos idos. Estigmatizada, suprimida en la leyes, punido su uso, negada

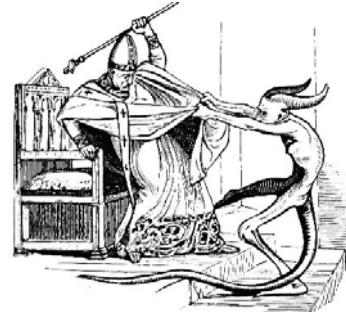
De acuerdo a la mejor manera de impartir justicia, aspiraba a otro procedimiento de averiguación de la verdad en el que reinasen la oficialidad, la imparcialidad, la prontitud y la publicidad”. Anitua, Gabriel Ignacio: “Historia de los pensamientos criminológicos”, con prólogo de Zaffaroni, Editores del Puerto, Bs. As., 2005. p. 95.-

⁹ Pagano, Francesco Mario: “Principios del Código Penal”, Traducido por Raúl Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2002 p. 111.- (original de 1803, Milán)

su aplicación, pervive en los hechos por la inercia y comodidad que domina a los encargados de investigar y descubrir los delitos y para satisfacción de su agresividad y su sadismo.¹¹

Retomando la obra de Spee, la configuración del discurso crítico que realiza, incluye además la crítica a la compartimentalización del saber penal, en estantes incomunicados los unos con los otros, lo que engendra una esquizofrenia que se reproduce en la profesionalización de funcionarios subalternos. “Mientras el discurso del Malleus es un discurso integrado de criminología etiológica (causas del mal, estudiadas por los demonólogos) y medios para reprimir el mal (derecho penal y procesal penal autoritario, el discurso crítico desintegra el discurso de la criminología etiológica y lo vincula a la criminología que centra su análisis en lo concreto de la operatividad del sistema penal, con lo que pone de manifiesto todas las falacias de los discursos legitimantes abstractos separados de los datos empíricos.”¹²

Antes de la reforma penal del Iluminismo, el discurso de Spee concluye con los postulados de toda crítica penal, reclamando por “la abolición de la tortura, el derecho a un tribunal imparcial, la legalidad de los delitos y de las penas, el principio o presunción de inocencia, la valoración racional de las pruebas y, especialmente, el ejercicio del derecho de defensa penal. Cabe destacar que muy rudimentariamente traza una distinción entre moral y derecho, pecado y delito, que a partir de su continuador, Christian Thomasius, pasará a ser tema clave de todo el pensamiento jurídico del racionalismo.”¹³



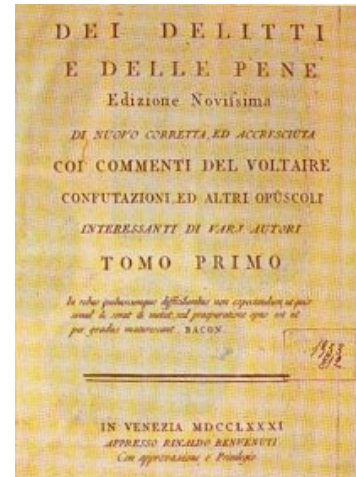
El Iluminismo focaliza su reforma en una severa crítica al antiguo régimen del absolutismo. Voltaire y Montesquieu fueron pioneros que abrieron el sendero para que el Marqués de Beccaria expusiera el pensamiento de su generación. En esa pequeña y solitaria obra de la inmensa producción de teoría económica y política de Beccaria, se sientan las bases de lo que Ferri llamó ‘la escuela clásica’, cuya única homogeneidad fuerte era la simple clasificación ferriana.

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Friedrich Spee oder...” op. cit. p. 22.-

¹¹ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: prólogo a ‘Observaciones sobre la tortura’ de Pietro Verri, Bs. As., Depalma, 1977.-

¹² Zaffaroni, E. Raúl: “Friedrich Spee oder...” op. cit. p. 23.-

El modelo de Beccaria era de cuño contractualista (Rousseau), donde cada ciudadano cedía una mínima parte de su libertad al Estado en pos de la vida en sociedad y de ver garantizadas el resto de sus libertades (el derecho a la seguridad y a la tranquilidad). Cada delito era la usurpación privada de un hombre de las porciones de libertad que habían sido depositadas por cada ciudadano en la creación del Estado Penal. Al depósito común de las libertades cedidas por los ciudadanos era menester defenderlo de las usurpaciones privadas de los propios hombres, para ello se echa mano a las penas como ‘*motivos sensibles*’ que *contradeterminan* al delito. De aquí surge el derecho de punir del soberano. Pero la mayor preocupación de Beccaria fue teorizar sobre cómo punir, y aquí es donde emerge la influencia de la escuela escocesa, que en Bentham es mucho más clara.¹⁴



El utilitarismo de Beccaria sería ampliado quince años después en la magna obra de Jeremy Bentham: “*Introducción a los principios de la moral y la legislación*” de 1789. Para éste, el objeto general de todas las leyes es aumentar la felicidad total de la comunidad, y para Beccaria: “la máxima felicidad dividida en el mayor número”.

La idea de ver a la Ilustración penal como un todo monolítico que compartía premisas básicas de pensamiento es un engaño de la posteridad. Tanto de sus críticos y denostadores, como Ferri y el positivismo, como por parte de quienes de alguna manera somos tributarios del pensamiento liberal en cuanto basamento de lo que Alvaro Pires llamó “la racionalidad penal moderna”.

El nacimiento de la ciencia del *homo criminalis* demandó la destrucción de toda teorización previa, o el archivo en el desván del desuso de lo que etiquetaron como ‘Escuela Clásica’. Semejante a la actitud del emperador Huang Ti, que nos refiere Borges, que

¹³ Zaffaroni, E. Raúl: “El derecho penal liberal y sus enemigos” lectio doctoralis en ocasión del doctorado honoris causa en la Universidad Castilla La Mancha, 2004. Publicado en Zaffaroni “En torno de la cuestión penal”, B de F, Montevideo, 2005, p. 169.-

¹⁴ Sobre la influencia de la escuela escocesa en Beccaria ver: Beirne, Piers: “Hacia una ciencia del homo criminalis, De los Delitos y las Penas de Beccaria” (1993), en NDP, 2002 A, Editores del Puerto, Bs As., p. 3.- Ver



quemó todos los libros anteriores a él y mandó a construir la muralla china¹⁵. Abolir o reescribir el pasado de acuerdo a nuestra visión del presente es una actividad no menor en la historia del pensamiento.

Zaffaroni nos dice que el sello omnicomprensivo de prepositivista es algo común del positivismo. “Ninguna duda cabe, pues, acerca de que el marbete de “clásico” es de autoría positivista, extendido a todas las áreas con ése u otro nombre y, en modo alguno reducido al campo penal y criminológico. Esto no puede menos que llevarnos a sospechar inmediatamente de ese rótulo simplista y simplificador y a preguntarnos si no encierra una trampa ideológica. (...) Pues bien, si prescindimos del marbete, veremos de inmediato que él cubría a una serie de autores que van desde Feuerbach hasta Binding y desde Beccaria hasta Carrara y Pessina, dejando a la vera del camino -más o menos púdicamente- a otros a los que parece ignorarse o descuidarse “por su menor importancia”, tales como Marat, Röder o la presencia española de Dorado Montero”¹⁶.

Pero además, la tergiversación de la obra de Beccaria en particular y de la herencia de la Ilustración en general, es propia de quienes toman las banderas más nobles de aquel movimiento. La burguesía en ascenso, como principal motor de aquellas reformas liberales, pretendía que los sectores del privilegio del antiguo régimen no quedasen fuera de las



reglas del capitalismo que daba origen al poder burgués. “Sus preocupaciones las llevarían a limitar la esfera de la autoridad, a circunscribirla entre límites precisos, únicamente como salvaguarda de las reglas mínimas del vivir social que pudieran garantizar el libre juego del mercado”¹⁷. El movimiento ilustrado fue principalmente eso, un intento de poner límites al poder absoluto, por parte de la burguesía, que luego culmina en el positivismo cuando el poder burgués no tuvo ya necesidad de pugnar con la nobleza¹⁸.

también sobre Beccaria: Melossi, Dario: “Stato, Controllo sociale, Devianza”, Bruno Mondadori, Milano, 2002, p. 15; y Cerezo Mir, José: Obras completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2006, p. 122.-

¹⁵ Borges, Jorge Luis: “La muralla y los libros”, en ‘Otras Inquisiciones’, Emecé, Bs As. 1952, p. 5.-

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Los llamados ‘clásicos’ y la nueva crítica al derecho penal”, conferencia pronunciada en la Universidad Libre de Bogotá el 15 de agosto de 1985. De próxima aparición en Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Navegando laberintos”, Hammurabi, 2007, en preparación.

¹⁷ Anitua, Gabriel Ignacio: “Historia de los pensamientos criminológicos”, ob. cit., p. 96.-



Piers Beirne afirma que los penalistas y criminólogos de la manualística contemporánea han leído el opúsculo de Beccaria como “un proyecto humanista, inspirado en la tradición de los *philosophes* franceses y motivado por la humanitaria oposición del autor a la arbitrariedad y la bárbara crueldad de la justicia criminal europea de mitad del siglo XVIII, que tiene entre sus principales objetivos la reforma de la irracionalidad judicial (incluyendo la tortura judicial y la pena de muerte) y el planteo de un enfoque utilitario del castigo basado en un cálculo del placer y el dolor”¹⁹. Así es caracterizado Beccaria como el fundador de la criminología clásica, anclado en una concepción del libre albedrío del ser humano. Nada más lejano a la realidad de su pensamiento, cuando se refiere al libre albedrío sólo en una obra menor sobre contravenciones de 1791, y en ‘De los delitos y las penas’ insiste en el determinismo, que “parece decididamente contrapuesto con la clásica confianza en el libre albedrío que es comúnmente atribuida a esta obra”²⁰. Los positivistas son los responsables de haber catalogado de librealbedristas a los ilustrados, así como de unificar el pensamiento en muchos aspectos disímil, de pensadores que sólo compartieron la necesidad de limitar y racionalizar el poder punitivo.

Los motivos de esta lectura parcialmente distorsionada de la obra de Beccaria están menos inspirados en motivos de defenestración, que en los de rescatar de aquella centuria de las luces un modelo crítico racional del sistema punitivo así como un límite preciso al poder estatal.

Que el siglo XVIII, como ha dicho magistralmente Rivacoba, lejos de ser antiguo, pretérito o remoto, “conserva permanentemente presencia y coetaneidad, mientras la humanidad distinga de las cosas y respete por encima de todas ellas al individuo humano y se esfuerce por ajustarse en su organización y su vida en común a la concepción liberal de que hoy nos enorgullecemos como la más imbuida de sustancia moral que hayan elaborado las mentes y sentido los corazones”²¹. La centuria de la libertad, igualdad y fraternidad, dio nacimiento al derecho penal liberal individualista, y a la “deuda perenne que tienen aún hoy para con él los derechos político y punitivo de la cultura occidental: la concepción liberal de

¹⁸ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Criminología, una aproximación desde el margen”, Temis, Bogotá, 1988. p.116.-

¹⁹ Beirne, Piers: ob. cit. p.9.-

²⁰ Beirne, Piers: idem.-

²¹ Rivacoba y Rivacoba, Manuel: “La reforma penal de la Ilustración”, en Rivacoba “Violencia y justicia” (obras selectas), Universidad de Valparaíso, Chile, 2002. p.62.-



la vida en relación; su forma exterior democrática; el sometimiento de los poderes públicos a un estatuto fijo y general, que rige, ante todo, la propia actuación estatal, y, en fin, coronando la sede donde expuesto queda el hombre a las mayores restricciones de sus bienes jurídicos más importantes, la articulación de un sistema penal respetuoso de la libertad exterior e interna del hombre, y celoso custodio de su seguridad.”²²

Por no menores cuestiones de política criminal se entronca el garantismo penal en la tradición liberal dieciochesca, esa es la tarea que le cupo a Luigi Ferrajoli en su célebre “Diritto e Ragione” (1989). Sobre ello dijo Zaffaroni: “Nuestro pensamiento no nace de una incubadora ni inventamos la pólvora, el pensamiento jurídico se construye finamente y quien pretenda ignorar el pasado, quien intente pensar sin dialogar con los que han pensado antes, hace uno, dos o tres o más siglos, lo más probable es que quede preso de tesis contradictorias y se pierda en la incoherencia, o bien, reduzca el saber jurídico a un pobre tecnicismo, análogo al de los prácticos que explicaban cuándo y cómo debía aplicarse la tortura mientras Beccaria escribía su librito”²³.

“En el vocabulario crítico, la palabra precursor es indispensable, pero habría que tratar de purificarla de toda connotación de polémica o de rivalidad...”

Jorge L. Borges, de “Kafka y sus precursores” en “Otras inquisiciones”.

Fin de la primera parte

matias@matiasbailone.com.ar

²² Guzmán Dalbora, José Luis: “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana”, publicado en revista digital IUSPENALISMO, www.iuspenalismo.com.ar, p. 2.-

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Laudatio* en el otorgamiento del doctorado honoris causa a Ferrajoli, Universidad de La Plata, 2005.-