

## **Dogmática y Pena**

- 1. Autonomía de la dogmática**
- 2. Objeto de la dogmática**
- 3. Criterio personal**
- 4. Bibliografía**

Según Sebastián Soler, para Carrara el orden social no se apoya sobre la concepción contractualista. La construcción de su sistema parte del dogma de la creación operada por un ser eterno e infinito, tanto en sapiencia como en bondad y en poder; siendo así, la creación debe tener un fin y estar regida por una ley, a la que llama ley suprema del orden, que tiene cuatro manifestaciones: la ley lógica, la física, la moral y la jurídica. Para el gobierno del hombre, no basta la ley moral, porque como ser dotado de la facultad de obrar, crea relaciones externas, sometidas al mismo tiempo a la ley física. El derecho ni es una relación inmediata con Dios ni lo es con las cosas: es una relación entre personalidades humanas. De ahí la ley jurídica, por la cual "al hombre, internamente libre, se garante el ejercicio exterior de su libertad". La ley jurídica vincula al hombre no como simple cuerpo –un cuerpo no tiene deberes- ni como simple espíritu –sin necesidades-, sino como ser corporal y espiritual. Es una ley natural, porque natural es esa doble condición del hombre. Pero la ley jurídica natural que da al hombre derechos, no puede concebirse sino acompañada de los medios de tutelarlos: la coacción externa, cuya razón última no es la justicia, pues esta, a su vez tiene que basarse en otro fundamento que es la ley suprema del orden, emanada de Dios. "La Justicia no es buena sino en cuanto es instrumento de orden". La Justicia, por sí misma, no puede explicar que el hombre tenga derecho a martirizar a sus semejantes, "por servir a una especulación estética". Con respecto a la facultad punitiva, es solamente un criterio negativo o limitativo. Lo que hace legítima la autoridad es la necesidad de que el derecho sea defendido, concepto este que no debe confundirse con la defensa social, pues la sociedad no tiene una razón de ser en sí misma, sino en cuanto es un "instrumento necesario de la ley moral". La tutela jurídica fundamento del derecho penal, no ha de entenderse en concreto sino en abstracto; no significa que el delito ha de extirparse de la sociedad: los hombres transgreden naturalmente las leyes, inclusive las divinas, cuya sanción es inevitable y tremenda. Es el principio abstracto lo que debe tutelarse ante su eventual negación. La pena no tiende, pues, a aterrorizar, sino a tranquilizar, restableciendo la confianza en el imperio de la ley. Lo decisivo para el acierto de la construcción fue el hecho de que Carrara situara al delito en la esfera ontológica correcta, como un ente jurídico, y no como un puro hecho de la naturaleza. El movimiento de liberación del derecho penal comienza con la obra del Marqués de Beccaria, la construcción de un sistema completo no fue realizada sino por Carrara.

Manifiesta Sebastián Soler que la expresión derecho penal tiene variados sentidos en el idioma castellano, pues sirve a un tiempo para referirse – según lo hemos hecho hasta aquí- a) al conjunto de normas dotadas de capacidad retributiva b) al estudio sistemático de esas normas y, finalmente, c) a cualquier otro estudio vinculado con la legislación penal en general o con su reforma. La misma expresión viene, pues, a designar tres objetos diferentes, ya que lo uno (a) es una parte de algún derecho positivo que tiene o ha tenido vigencia (derecho penal argentino, italiano, romano, visigótico); lo otro (b) es propiamente la sistematización doctrinaria de uno de esos derechos, su ordenación expositiva para un mejor conocimiento del mismo; lo otro (c) finalmente, sin las ataduras de un derecho vigente determinado, es un conjunto de indagaciones libremente articuladas sobre la idea central de ilicitud penal y sobre todas las implicaciones de ella.

Para discurrir con propiedad y sin equívocos sobre estos temas, debe distinguirse el derecho penal, la dogmática penal y la ciencia penal. El derecho penal, en el primero de esos sentidos, es propiamente el objeto estudiado por la dogmática penal y por eso es equivoco hablar de la dogmática como una "escuela" o como una corriente doctrinaria a la que también suele llamarse "técnico-jurídica". La dogmática no es una escuela sino un estudio emprendido dando por sentada la existencia de un derecho determinado.

### **AUTONOMIA DE LA DOGMATICA:**

El influjo de falsos criterios positivistas aplicados a la clasificación de las doctrinas jurídicas ha determinado grandes confusiones con respecto a los caracteres de la dogmática y a su función.

Por una parte, según decimos, se le ha querido calificar como una escuela mas dentro del cuadro de las escuelas posibles, y se la suele dar como originada en von Ihering. Tiene razón Maggiore cuando dice que el hecho de que se comience a hablar de dogmática a partir de la escuela histórica, no nos debe inducir a creer que aquella sea un invento alemán: "Savigni, Ihering y los demás, al construirla, no hicieron mas que interpretar el espíritu del derecho romano, poniendo al desnudo la enorme riqueza de principios teóricos latentes en las enseñanzas de los jurisconsultos".

Lo que caracteriza a la dogmática jurídica, no ya solamente a la dogmática penal, consiste en el objeto estudiado por ella, que es siempre un derecho positivo dado. Su existencia no es un accidente o el fruto de una opinión personal, sino una consecuencia ineludible del solo hecho de que existan

derechos positivos, vigentes, porque el solo reconocimiento de estos importa aceptar la posibilidad de la existencia de otro derecho no positivo, sea o no este un derecho ideal. La dogmática supone la distinción entre el derecho que es (de lege data) y el derecho posible (de lege ferenda) y se ocupa del primero.

Los ataques que se han dirigido a la dogmática están inspirados en la idea falsa de que ese estudio importa la negación de otros estudios referentes al delito, a lo ilícito, al delincuente o a la pena. Es tan groseramente falsa esa imputación como la de suponer que el estudio del sistema hipotecario del Código Civil implica negar la posibilidad o la conveniencia de conocer las estadísticas hipotecarias del país. Son estudios radicalmente diferentes, así como lo son la física y la historia. La dogmática no niega la conveniencia de estudios históricos, filosóficos o sociológicos; tampoco prejuzga siquiera acerca de los estudios críticos del derecho vigente. Afirma, si, que hay un derecho penal positivo del cual derivan gravísimas consecuencias para los súbditos de un determinado orden jurídico, y se empeña en establecer cuales son estas. En esto se muestra uno de los mayores servicios prestados por la dogmática, consistente en sacar el derecho de un tembladeral de opiniones y, en consecuencia, de la incertidumbre. No niega posibilidad o valor a otros principios jurídicos, pero separa y aísla, para estudiarlos, aquellos que tienen tras de si el respaldo de la fuerza pública, cuyo conocimiento es indispensable tanto para regular nuestra conducta, como para promover la reforma del derecho positivo cuando no lo juzgamos satisfactorio.

En contra de la dogmática como disciplina jurídica fundamental y autónoma, se han planteado algunos reparos que consideramos inconsistentes.

- a. Desde luego, un pensamiento jurídico estrictamente jusnaturalista asume una actitud solo aparentemente próxima a la dogmática, pues aun cuando procede por deducción de ciertos principios, estos son principios supremos considerados eternos, inmutables y universales a los cuales muchos partidarios de esa corriente acuerdan, además, cierto carácter de inderogabilidad, llegando así a desconocer, en el fondo, la distinción entre derecho positivo y derecho no positivo, puesto que por encima de toda contingencia histórica existiría una especie flotante de derecho vigente universal, y todo lo que a el se opusiera no sería propiamente derecho sino pura fuerza. La dogmática

no abre opinión sobre la verdad o el error de la teoría del derecho natural; se limita a reconocer un hecho histórico cultural patente: el de la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes, y el de su evolución en el curso de la historia. Ambos hechos señalan la posibilidad de regular de manera diferente una misma situación, y en consecuencia, la posible discrepancia en la valoración y tratamiento jurídico de aquella. Ante los eventuales desacuerdos entre un derecho positivo y una opinión particular, generalmente presentada como derecho ideal, la dogmática se atiene al prudente consejo de Beling: es hermoso, por cierto, que el derecho se mantenga en armonía con los demás reguladores de la vida, "pero si así no ocurre, a la validez jurídica de los preceptos no puede quitársele una coma".

- b. Carecen de importancia algunas críticas provenientes del campo positivista, ya que por una parte, parecen reconocer la legitimidad del estudio dogmático, y por la otra, se quejan de que los tratados dogmáticos no se ocupen de temas psiquiátricos, psicológicos o sociológicos. En sus comienzos, esta escuela parecía inspirada en la idea de construir un derecho penal científico, por oposición a los derechos penales político vigentes y variables. En el fondo, según se ve, esa es una idea bastante próxima a la del jusnaturalismo, con la diferencia de que los fundamentos invocados son, en un caso, reconocimientos metafísicos, como ocurre, según hemos visto, en Carrara, y en el otro caso, son metafísicos sin que sus propugnadores se percaten de ello, y nos presenten como científicamente demostradas ciertas conclusiones que, en verdad, presuponen tesis igualmente metafísicas, como la negación del libre albedrío y la aceptación general del determinismo.

### **OBJETO DE LA DOGMÁTICA:**

Esta forma de considerar el estudio del derecho penal como estudio de normas jurídicas es característico de todo estudio jurídico de una materia dada, y se llama estudio dogmático, porque presupone la existencia de una ley, y se propone sistematización, interpretación aplicación correctas.

En primer lugar, pues, estos estudios se caracterizan por el objeto sobre que versan, por los materiales que manejan, esto es, un conjunto de leyes, un sistema de normas vigentes, cuyo contenido elaboran. Apenas se comprende que se haya podido decir que la dogmática es pura lógica, toda vez que la lógica se caracteriza como ciencia del pensar en cuanto tal, de las puras formas que asume el pensamiento vaciándolo de contenido, mientras que la

dogmática se ocupa de los contenidos del sistema jurídico y no de la pura estructura lógica de este. Guarda con la lógica las mismas relaciones de cualquier otra disciplina que pretenda alcanzar un conjunto de conocimientos dotados de validez constrictiva. Hemos dicho ya que es un merito de la dogmática el de haber sacado las disciplinas jurídicas del plano de lo meramente opinable, y esto ocurre precisamente porque tiene un objeto perfectamente constituido con respecto al cual no todas las predicaciones son exactas.

La dogmática estudia un sistema de normas no ya en su momento estático, como fenómeno, sino en su momento dinámico, como voluntad actuante. La ley, así considerada, no es un modo del ser, sino del deber ser. Por eso juzgamos tan gravemente perturbatoria la superposición de puntos de vista normativos y causal explicativos. Por una parte, la interpretación sociológica de la norma puede conducir a negarla; por la otra, con aquellas confusiones también se resta pureza a las ciencias causal explicativas. Es típica en este último sentido la pretensión de constituir con material muy heterogéneo una sola ciencia enciclopédica, como la postulada por Ferri bajo el nombre de Sociología Criminal, imposible desde luego.

El pensamiento dogmático juega allí; en ese plano de realidad, a inserto en un proceso histórico y no meramente en un proceso doctrinario. Los objetos que la dogmática piensa no son opiniones, sino objetos de muy firme consistencia, de los cuales se puede tener con seguridad un saber constrictivo. Esos objetos son enunciados normativos en virtud de los cuales los hombres efectivamente serán juzgados. Por ellos gozaran o padecerán, vivirán o morirán, serán pobres o ricos, felices o infelices. El conocimiento que allí interviene va inserto en el proceso de la praxis; el conocimiento dogmático, además de no consistir en una mera opinión, sino en auténtico conocimiento de algo objetivo, es un conocimiento actuante, probado, determinante de realidad. Es un conocimiento que hace, que contribuye a cambiar el mundo porque va inserto en el proceso general de la praxis humano.

En este sentido corresponde destacar otra función dignificante de la dogmática: a través de ella los conceptos jurídicos van formando un corpus iuris de contenidos cada día mas generales e internacionalmente validos. Con muy pequeñas variantes de país a país, es posible hoy construir amplios sistemas de nociones jurídicas validas. Larga es la lista de conceptos que la experiencia y la comparación dogmática han ido tornando validos con tal extensión. Ello ocurre tanto en esa clase de figuras que von Ihering llama no independientes, aquellas que solamente son aplicables

con otra figura (capacidad, imputabilidad, dolo, error, negligencia), como las demás, comenzando en las nivelaciones realmente funcionantes en las practicas del comercio internacional (cheques, letra de cambio, crédito documentario), para alcanzar los actuales movimientos de efectiva y consciente generalización unificante o integración. El método eficaz para este tipo de desarrollos jurídicos no consiste en construir normas jurídicas en el aire, por decirlo así, sino en partir de bases dogmáticas mas amplias, de experiencias intercambiadas y contrastadas recíprocamente, mostrando el modus operandi de cada sistema, las ventajas e inconvenientes revelados por su efectivo funcionamiento.

La dogmática es el campo en el cual se da ese constante intercambio entre las abstracciones normativas y su confrontación con la realidad. Ella va poniendo, inventando o recordando hipótesis de hecho, y diciendo objetivamente la verdad que hace visible el desequilibrio ante el cual, si se presenta con ciertos caracteres y cierto grado de intensidad, se experimente un inquietante sentimiento de injusticia, de malestar, de deficiente convivencia que lleva a la modificación del derecho del cual el proceso partió.

Cuando se mira el pensamiento dogmático con aire despectivo, según es hoy bastante común, se olvida que los objetos que ese pensamiento maneja son todos aquellos resultados de largos procesos históricos de acumulación de experiencias y de luchas, de padecimientos y de éxitos. Casi nunca son caprichos circunstanciales o inventos personales y teóricos. En ese proceso de la cultura humana, que es uno e indivisible, el derecho importa un constante sistema de confrontación de las construcciones normativas-valorativas que calan en lo mas hondo del espíritu humano. El derecho es el que saca del campo de la especulación y de la fantasía puramente imaginativa un rico material de convivencia y lo somete a la piedra de toque de la experiencia. Lo que antes de la confrontación no se veía, se ve después. El proceso es, a veces, secular, pero es el único modo que tiene el hombre de aprender. Después de siglos de esclavitud, cuando el innoble trafico alcanzo niveles insospechables para Aristóteles o Santo Tomas, después del descubrimiento de América, se comenzó a sentir colmada la medida y entonces lo que llamamos la moral, dividiendo el espíritu en compartimientos, comenzó a sentir que eso era repudiable. entonces se modifico el derecho de una manera irreversible, porque hoy es absolutamente seguro que nadie haría una ley para restablecer jurídicamente la esclavitud, es decir

para restablecer lo que en otros tiempos espíritus preclaros consideraban un derecho natural. Ese tipo de aprendizajes no le han llovido al hombre de las nubes; viene ex iure quod est. La función civilizante de la praxis jurídica es honda, poderosa y verificable. En ese proceso se da, sin duda posible, una evolución espiritual que importa progreso. La historia del derecho es la demostración mas palmaria de la existencia de un proceso enriquecedor.

El pensamiento dogmático no es un mero testigo de ese proceso; esta metido dentro de el y en esa posición histórica, relativa, espacial y temporal esta a la vez su modestia y su grandeza, frente a los devaneos de una ciencia jurídica mas ambiciosa. Si las normas son abstracciones cuya confrontación con la realidad arrojará una infinidad de resonancias inesperadas que reobran sobre el esquema originario, toda norma jurídica que haya alcanzado vigencia, contendrá historia de modo necesario. El pensamiento jusnaturalista de pretensiones suprahistóricas o ahistóricas será vano. En el plano vital, contendrá un defecto semejante al que, en el plano científico, contenía el pensamiento anterior a Balcon y Galileo.

La relatividad del pensamiento dogmático, histórico, limitado, encierra al mismo tiempo su dignidad, su poder, su actuación y su realidad.."

Los criterios expuestos importan reconocer que la dogmática es una disciplina normativa. En cuanto son normas los objetos elaborados por ella, necesariamente, el contenido de estos no solamente se compone de enunciados y conceptos que deber ser captados y definidos, sino, además, de valoraciones, ya que, según la demostración de Husserl, toda norma presupone una valoración. Esta cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son tutelados ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados.. En las leyes penales que, según hemos visto, son las que contienen una sanción retributiva, es posible señalar una valoración doble, con dos términos correlativos y de sentido contrario. Así por ejemplo, cuando se dispone: el que injuria será castigado con un mes de cárcel, implícitamente se ha reconocido que el honor (bien protegido) es un valor y que la cárcel es un valor negativo, un disvalor o un mal que debe ser evitado.

Estos valores, positivos y negativos, son objetivos, en el sentido de que no son creados o puestos por el interprete, por el juez. Si se castiga el duelo es porque, para el orden jurídico, esa forma de reparación honorífica es mala, y aquella prohibición rige aun cuando exista una discrepancia entre esa apreciación y la valoración social de ese hecho. Inversamente, la aplicación de una pena privativa de libertad se funda en que para el derecho, la libertad ambulatoria es un bien, un valor jurídico, aun cuando sea posible que exista alguien dispuesto a renunciar a ella gustosamente.

La correlación existente entre esas dos valoraciones inversas contenidas en toda ley penal es típica de esta clase de leyes y tiene importancia de establecer una verdadera jerarquía de valores, ya que cuanto mas severa sea una pena, mas valioso será, en general, el bien jurídico tutelado con aquella.

No toda transgresión a un sistema de valoraciones, importa necesariamente, sin embargo, una transgresión penal. Dentro de la escala de valoraciones jurídicas, como en toda escala de valores, existe un mas y un menos y, conforme con la jerarquía de cada valor, el derecho dispone de distintas forma de reacción. El derecho penal funciona, en general, como sistema tutelar de los valores mas altos, ello es, interviene solamente ante la vulneración de valores que una sociedad, en un momento dado, reputa fundamentales. La investigación de la realidad social, el estudio estadístico de los hechos sociales, el de las características psíquicas y orgánicas del hombre, son importantes para el derecho, por cuanto el mundo de las normas debe asentarse firmemente en la realidad, tanto para que la ley sea justa como para que sea eficaz. Pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados como valiosos o no valiosos y, como consecuencia, procurados o evitados. La ley, por lo tanto, regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivo perseguido y de una valoración de esos hechos.

Esas normas son reguladoras de conducta, no comprobaciones de hechos; su contenido es una exigencia, un deber ser, no una realidad, un ser. Lo que una ley natural predice es algo que, en sus líneas generales, efectivamente tiene que ocurrir; lo que una norma jurídica dispone, puede de hecho no ocurrir. La ley jurídica puede ser, efectivamente, transgredida.

Sebastián Soler define a la pena como: "Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar delitos". Para dicho autor de ese concepto se desprende que la exposición de la exposición de la teoría de la pena debe considerar a esta desde un doble aspecto: como amenaza y como ejecución, pues si bien la ejecución es solamente la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose solamente a uno de esos dos momentos. Por eso se diferencia, en la doctrina, la exposición que se refiere a la pena legal, de la que considera el aspecto ejecutivo. Para distinguir esos temas, Salleilles uso las expresiones "individualización legislativa e individualización judicial y administrativa", designaciones que se han hecho casi vulgares, aun cuando no son totalmente justas.

De dicha definición el mencionado autor desprende lo siguiente:

- A. la pena con carácter de retribución: La pena presenta siempre el carácter de una retribución, de amenaza de un mal, que se hará efectiva mediante los órganos del Estado y con un procedimiento prefijado, contra el autor de un delito. Importa, en su primer momento, una coacción moral, por la cual se ponen contramotivos a la comisión del delito. Este aspecto de la pena plantea al legislador la primera tarea delicada, que consiste en una valoración prudente y adecuada de las magnitudes penales. El cálculo que el legislador efectúa no importa sino una apreciación normal, conforme con la experiencia cotidiana, y tiene por base, sobre todo, la valoración del bien jurídico a que la pena se vincula, el mayor o menor grado de protección de que goza, los caracteres personales que la infracción pone de manifiesto, etc. El carácter de la pena, como retribución, es el que señala sus límites. Contrariamente a una creencia muy difundida según la cual el principio de retribución importa una base inadecuada y cruel para la pena, esa idea señala, en realidad, los verdaderos límites humanos de ella, pues pone en relación valores naturalmente limitados; el valor de los bienes jurídicos lesionados, por una parte; el disvalor de los males causados al autor, por la otra. Esta proporción tiene un límite natural en la vida misma del castigado, y además, límites culturales, que para el derecho obran también como límites naturales. Esa idea de retribución nos pone a cubierto de la utopía de la supresión de los delitos, por la cual se va gradualmente a los mismos resultados a que conducen la tesis del escarmiento y la corriente ascética: a la multiplicación e intensificación de los castigos. La pena es retribución, ese es su carácter sustantivo, aun cuando tiene otros fines; no es un

impedimento físico del delito, sino solamente un obstáculo que lo hace más difícil, que vincula a su comisión un motivo necesario de desagrado, con la amenaza de un mal.

La pena como disminución de un bien jurídico: La pena es un mal, porque es la disminución de un bien jurídico. Para castigar, el derecho quita lo que estima valioso. La pena es una lesión inferida como lesión, por el derecho. En consecuencia para saber, para saber si la pena es o no un mal, el punto de vista válido es el del derecho. Uno de los caracteres de mayor trascendencia de la pena es el de la mínima eficiencia, es decir, la elección de una pena debe representar el máximo de eficiencia con el mínimo de lesión.

El fin preventivo de la pena: No es justo hacer una separación del fin, como si se tratase de algo de lo cual la pena puede prescindir. El derecho todo es un modo del querer (Stammler), y la característica de todo acto de voluntad es la de mentar otra cosa que no es la acción misma mediante la cual aquello se obtiene o satisface. El derecho se mueve en ese mundo. A veces, en un cuerpo de leyes, encontramos algún precepto cuya finalidad se nos oculta: nos quedamos sin entender; es como si hubiésemos tropezado con una piedra en medio de un río siempre fluente. El derecho siempre dispone para. Es preciso librarse del error de confundir lo que la pena es con lo que la pena quiere. El ser de la pena constituirá el medio del cual el fin de la pena se sirve. Sobre la base de esta distinción, si miramos a la pena en sus dos momentos, el de la amenaza y el de la aplicación, veremos que ella es un mal cuyo fin es evitar el delito. Ese fin de la pena es el fin inmediato y que, por decirlo así, envuelve a todos los demás que suelen señalarse: restablecer la tranquilidad social, impedir los hechos de venganza, intimidar, corregir, inocuizar. Todo esto, cabe en aquella idea, porque no se trata con la pena de evitar un delito determinado, sino de evitarlos en general. Por eso, en este aspecto preventivo se distinguen dos funciones: la prevención general y la especial. Esta distinción no corresponde exactamente a los dos momentos de la pena, el de la amenaza y el de la aplicación. se refiere a los destinatarios del efecto preventivo. En ese sentido, es característico que la aplicación de la pena no solamente tiene el fin de prevenir los delitos futuros del condenado, sino que previene otros (venganzas), y constituye una reafirmación del poder de la pena, válida para todos como advertencia.

Prevención general: Temporalmente, el primer fin de la pena es el de prevenir la comisión de delitos, en general. no pudiendo estos ser impedidos por medios físicos, el derecho pone este obstáculo psíquico, consistente en una amenaza. Este aspecto de la pena ha sido criticado como falso e ineficaz. Tales críticas partes de dos ideas equivocadas: a) la pena-tratamiento b) la división de la sociedad en dos clases: los buenos y los delincuentes. En realidad, estas concepciones del

positivismo penal partían de una hipótesis científica no confirmada: la anormalidad patológica del delincuente. El principio de la prevención general podrá ser criticado como mas o menos eficaz; pero no es posible negar que una ley que prohíbe una acción e intenta evitarla, debe necesariamente contener una amenaza, y que no se puede amenazar ofreciendo un bien, sino prometiendo un mal. Que a ese mal se le llame sanción o tratamiento es un eufemismo sin consecuencias; su nombre tradicional es pena. La pena conminada en la ley es una amenaza, y no puede dejar de serlo, porque no hay otra manera de marcar como delictuosa una acción definida por la ley. Dentro de un sistema jurídico, serán delitos las acciones prohibidas bajo amenaza de esa específica clase de sanciones caracterizadas como retributivas. Este es el sentido del tercer principio de Feuerbach: nullum crimen sine poena legali. En lo tocante a su eficacia, los argumentos contrarios, no son tampoco exactos. Ya hemos repetido que no se puede aceptar el argumento de que no se suprime el delito, pues no es ese su objeto, sino dificultarlo. La experiencia cotidiana no muestra que muchas cosas no las hacemos, por evitarnos una molesta consecuencia. Ese principio hedonístico es el que inspira las leyes penales en este aspecto. En tal sentido, para la mayor eficacia, la pena debe también reunir ciertas calidades. Librándonos de la idea preventivista que lleva al aumento indefinido de la penalidad, la historia nos muestra que la mayor eficacia corresponde no a las penas muy severas, sino a las penas justas y proporcionadas. La mayor virtud de una pena legal es su perfecta coincidencia con la valoración media de los bienes que tutela. Las penas excesivas desprestigian al poder que las dicta, como poder débil, son reflejos de inestabilidad social, de insensibilidad política y moral; todo ello sin dar autoridad a la ley que las contiene.

La prevención especial: La confusión que hemos señalado en los números precedentes, acerca del valor jurídico y del valor psicológico de la pena como mal, ha sido la causa de graves incomprensiones en diversos sentidos. Nos hemos referido ya a la incomprensión de algunos por el aspecto jurídico, que les induce a negar la calidad de la pena como mal. Pero ese era un error teórico sin mayores consecuencias en la legislación. Juzgamos mas grave, por sus consecuencias sociales, el error opuesto, consistente en dar por equivalente el mal jurídico de la pena con el sufrimiento, el castigo para el individuo. Esa idea tiene por base el pensamiento de que la justicia absoluta es el único fundamento y fin de la pena; se satisface con la realización de un equilibrio simbólico, haciendo sufrir al que hizo sufrir, sin conocer a esa actividad jurídica ningún fin ulterior. Esto concede al ejercicio de una actividad puramente vengativa, cuyos motivos están todos en el pasado, despojada de toda preocupación por los resultados ulteriores. Así como no cambia la naturaleza de la pena cuando el delito se ha cometido, así tampoco cambia o desaparece el fin; este sigue siendo el de evitar nuevos delitos,

de manera que una de las virtudes que debe reunir el mal amenazado es que, al cumplirse, tenga eficacia preventiva con respecto a nuevas transgresiones. Tan importante es esta idea, que ella señala uno de los límites más firmes a la penalidad. Es, en efecto, posible castigar a un delincuente de muchas maneras. "Todo lo que como mal puede ser sufrido, puede constituir un medio penal"; sin embargo, aparte de las razones culturales a que ya nos hemos referido, el Estado rechaza el empleo de algunos medios penales, solamente por considerar que ellos, en vez de evitar delitos futuros, los favorece, creando causas, principalmente psicológicas, de delincuencias.

Si la pena conserva su pretensión de eficacia, de prevención, después del delito, la mejor pena será aquella que, aplicada, ataque las causas de delincuencia futura; la que, al traducirse en acto, muestre un mayor poder de influencia benéfica.

La aplicación de la pena tiene efectos preventivos de orden general, en cuanto muestra a los malvados la efectividad del mal amenazado, evita los hechos de venganza, etc. Pero el mayor influjo que debe ejercer es sobre el delincuente. El delito es, ante todo, conducta humana; pone de manifiesto deficiencias que, aun cuando sean referibles a otras causas, han actuado a través de un temperamento individual. En consecuencia, la pena, en el momento de su aplicación, debe atender, sobre todo, a la necesidad de suministrar a ese sujeto motivos psicológicos y sociales de buena conducta futura. A esto es a lo que se llama prevención especial. Es el efecto de evitación de nuevos delitos que la pena debe ejercer sobre el que la sufre.

Este capítulo del derecho penal ha experimentado considerable enriquecimiento teórico y práctico durante los últimos años, gracias a los progresos de la psicología y la psiquiatría, a la renovación experimentada por los sistemas penitenciarios y a la mejor comprensión de los aspectos causales de la delincuencia en general. Debe reconocerse, en este punto, la favorable influencia de modernos estudios antropológicos, emprendidos desde un punto de vista, estrictamente científico. Por otra parte, han sido de gran influjo, en el aspecto jurídico, los Congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal, la acción de Von Liszt y de Ferri, los proyectos alemanes y suizos de código penal, algunas leyes inglesas, norteamericanas y belgas, etc. En los últimos tiempos ha alcanzado importancia la acción de la Sección de la Secretaría de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes.

Los resultados de esa vasta acción ha traído al derecho penal, desde el punto de vista de la prevención especial, se refieren a los siguientes temas: tratamiento de defectuosos, nuevo régimen para menores, sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración, sistemas

de sentencias indeterminadas, condena de ejecución condicional, libertad condicional, "probation", perdón judicial, rehabilitación, ampliación del sistema de medidas de seguridad; todo ello sin contar los progresos de la técnica penitenciaria, la cual, dado el extraordinario desenvolvimiento de las penas privativas de libertad, tiene importancia capital.

Es tanta la importancia de la idea de prevención especial en el derecho moderno, que, en ciertos casos, altera profundamente el régimen de una sanción, y señala límites al interés del estado por la aplicación efectiva de ciertas penas, cuando estas, en el caso concreto, pueden dar resultados poco favorables en el sentido de la prevención de futuros delitos. En este aspecto, el ejemplo típico es el de las penas privativas de libertad de corta duración. La aplicación de estas muestra que a veces pueden tener ciertos efectos dañosos, cuando se trata de un delincuente primario: después de su entrada en la cárcel, el sujeto ha perdido el saludable temor que ello le inspiraba, sabe que está socialmente marcado como ex penado y que, en definitiva, "aquello" no era tan terrible; la policía lo tendrá siempre en sospecha; en la cárcel se ha encontrado con verdaderos criminales que pueden haber influido en su débil temperamento, por cumplir la pena de uno o dos meses, perdió su ocupación, abandono su familia, en la que, faltando el jefe, ha cundido la miseria, el desorden y hasta la inmoralidad; los hijos tienen al padre en la cárcel, a pesar de que el padre es, generalmente, el hombre mejor del mundo, etc. Son tantos los males que causa el cumplimiento de la pena privativa de libertad de corta duración, y tan manifiestos los riesgos de nuevos delitos que crea, que el Estado se ve obligado a optar por caminos menos peligrosos. El régimen de multas, la condena condicional, el perdón, la admonición, son procedimientos para evitar aquellos males.

En todos estos casos, prevalece la idea de renunciar, en mayor o menor medida, a la pequeña retribución, para evitar en el futuro la necesidad de una represión mayor. El delito pasado es incancelable, los futuros pueden todavía evitarse.

El gran maestro italiano Francesco Carnelutti refiriéndose a la pena manifiesta que: No se trata tanto de proteger al ciudadano contra la arbitrariedad del órgano investido del poder de castigar, del cual, a priori, no hay razón alguna para desconfiar, cuando se confía en el órgano al que se atribuye el poder de establecer las penas, sino más bien de representar en la mente del ciudadano las consecuencias a las que se expondrá cometiendo el delito; ahora que, mientras menos precisa sea la representación, menos actúa el contra estímulo. La pena tiene que ser tan grave que su amenaza pueda vencer al crimen; pero sin pasar el límite dentro del cual resulta justa su aplicación. Este límite se asemeja a la justa dosis de un veneno que solo hasta cierta cantidad es un remedio, pero no más allá. Representa un cómputo tan delicado, en que el

legislador solo se puede guiar por su sentido de justicia. No hay reglas que valgan; si acaso la experiencia. El problema de la determinación de la pena es basado sobre los dos términos de la amenaza y de la aplicación. La amenaza debe ser grave; la aplicación justa. No es fácil conciliar ambos términos; mas bien hasta cierto punto es imposible; para que la amenaza sea grave tiene que precisarse, es decir la pena debe ser fija, de modo que probado un hecho comprendido en la categoría prevista por la ley, dicha pena debe sin mas ser aplicada; para que la aplicación sea justa, debe ponderar el hecho en todas sus particularidades, y como estas no pueden ser enteramente previstas, la pena debe ser móvil, de manera que el Juez pueda dosificarla conforme aquella ponderación. En otras palabras, la gravedad de la amenaza requiere una pena legal, la justicia de la aplicación requiere una pena judicial; es decir, desde el punto de vista de la amenaza, se requiere la máxima coincidencia, y desde el de la aplicación, la máxima divergencia entre la pena en abstracto y la pena en concreto. Se perfilan, en correspondencia con la teoría jurídica del delito, la teoría jurídica de la pena, entendida como elaboración lógica de aquella parte de las normas penales que se refieren a la determinación de la misma. No nos parece erróneo observar que la teoría de la pena guarde con la del delito la misma relación que hay entre la farmacología y la patología. Por lo tanto compete a la teoría de la pena no solo el estudio de los varios tipos o formas de esta, sino también la adecuación de la misma al delito.

El Dr. Zaffaroni manifiesta una posición agnóstica respecto de la pena siendo todas las teorías elaboradas hasta ahora para explicarla falsas, la pena es una manifestación de poder que hay que contener, su fin no se lo sabe, entiende por derecho penal como el discurso que hacen los juristas para ofrecer un programa político de contención y reducción del ejercicio del poder punitivo a los poderes jurídicos, no admite que el poder jurídico ejerza el poder punitivo, sino que es poder de contención del ejercicio del poder punitivo. Siendo ello así, se esta hablando de etización del derecho penal, no del poder punitivo, porque el poder punitivo se ejerce selectivamente, recae sobre los mas vulnerables, sobre los que tienen menos defensas (como una infección), Esta selectividad es una característica estructural del ejercicio del poder punitivo, que le quita todo contenido ético, al ser un reparto completamente desigual. El derecho penal le debe exigir limites éticos, no se puede penar a un sujeto por actos que superan su capacidad de autodeterminación, dentro de la función de reducir hay que decir que este limite no se puede pasar. El ámbito de autodeterminación con que el sujeto actúa en la circunstancia particular, en la constelación situacional del acto, de la conducta, por lo que se habla de culpabilidad de acto pura. El derecho penal debe agotar el esfuerzo de contención o reducción. Hay sujetos que se encuentran en un alto estado de vulnerabilidad (por ejemplo: individuos sin cultura, sin trabajo, etc) y otros con un bajo nivel

de vulnerabilidad (persona con fortuna, poder, etc). Cuanto mayor es el esfuerzo que haya hecho el sujeto para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad menor es el espacio que le queda al poder jurídico para reducir o contener el poder punitivo, porque le faltaría la base ética para ejercer ese poder reductor. El poder jurídico reductor del poder punitivo tiene una relación inversa a ese esfuerzo personal, cuanto mayor es el esfuerzo que hizo el sujeto mas se reduce el espacio para reducir el poder punitivo y viceversa. Incluso el poder reductor se puede reducir a la nada ante un esfuerzo muy grande por alcanzar la situación de vulnerabilidad. El puente entre el injusto y la pena que es la culpabilidad resulta indispensable y su esencia estaría dada por el esfuerzo hecho por el sujeto por alcanzar esa situación de vulnerabilidad.

Edgardo Alberto Donna efectúa una severa critica sobre la teoría de Zaffaroni y da su opinión en los siguientes términos: La pretendida "teoría desde la marginación": El ultimo ataque a la dogmática penal aparece en la obra de Zaffaroni, que intenta fundar una nueva teoría penal desde la "marginación". En su ultimo libro intenta fundar su tesis que es casi una destrucción de toda su anterior obra dogmático-jurídica. Al margen de algunos errores de tipo conceptual, sobre los cuales no quiero entrar en detalle, pero que merecen ser anotados, la obra termina con la destrucción del concepto de culpabilidad en la teoria del delito. El primer aspecto que llama la atención es la tendencia a un tremendo reduccionismo, en cuanto a las ideas fundantes en materia penal. En un tramo de su obra se lee, luego de un breve resumen de casi cuatro líneas dedicados a Kant, que esta filosofía ha dado lugar a discursos jurídico-penales que "solo admiten penas retributivas". En este sentido, debo decir que los estudios de Naucke, Gössel y Kaufmann han demostrado lo contrario. Luego insiste en que el criticismo Kantiano del siglo XVIII fue una expresión del despotismo ilustrado y en la nota sostiene: "El rechazo Kantiano a toda posibilidad de resistencia a la autoridad agitando el fantasma de Hobbes, resulta muy claro en este sentido, pese a lo cual, suele pasárselo por alto y señalar a Kant como el garante del liberalismo penal". Esto, insisto, sin ninguna cita de Kant, sino remitiéndose al dicho de Mario Cattaneo. Pero mas adelante basándose en Marat realiza la critica al principio de libertad en el cual, según el autor, se basa el retribucionismo. Allí expresa, "La cuestión seria obvia en una sociedad justa, en que la pena alcanzase a todos los violadores del derecho y en que todos dispusiesen del mismo espacio social, pero en sociedades reales, en que esto no sucede -en ninguna y mucho menos aun en nuestro margen- la pena retributiva queda deslegitimada. Mas allá de la teoría abolicionista que parece defender Zaffaroni, va surgiendo una idea que luego termina definiéndose en su teoría de la culpabilidad. Hay dos clases de personas en este mundo: los marginados, que son la reserva espiritual del mundo, que no son libres pero van camino a serlo, y que, una vez que lo logren, este mundo será mas justo y mas bueno, y los

poderosos, a quienes se los puede definir como todos aquellos que no son marginados, y cuyos derechos humanos pareciera que no importan. A los primeros se les debe dar una especie de curatela social hasta que "se liberen". A mi juicio, la traspolación de ideas religiosas, del "pueblo elegido" que busca a Dios y lo lograra en un momento de la historia, aparece sin dudas como evidente. Solo una versión sobre este tema lleva a la conclusión de que es una ideología igual que las otras, sin ninguna base real. Pero es mas, pareciera que la marginación es buena por si, casi un merito, casi una vuelta al estado de naturaleza de Rousseau, tan criticado por el autor. El segundo problema que tiene la teoría que explicamos es que necesita otra vez –y tal como le paso a Hobbes- de alguien que determine quien es marginado y quien no lo es. ¿Como surgiría en la realidad, la forma de poner a las personas entre los poderosos del mundo o entre los marginados? ¿Cual es el criterio y quien es la persona?. Pero define Zaffaroni que es "lo marginal" como el gusta decir, e intenta una especie de definición: "marginal equivale a periférico, con respecto a los países centrales"; marginal es "la gran mayoría de la población latinoamericana marginada del poder, pero objeto de la violencia del sistema penal". Vamos entonces a dilucidar que es la culpabilidad en este "nuevo" sistema penal. Lógica consecuencia es deducir que "el procesado ya no es mas el responsable, porque no tiene por que responder legitimamente (ya que se lo somete a un poder deslegitimado). La responsabilidad es de la agencia judicial, que debe responder ante el procesado y ante la comunidad, dando cuenta de la forma en que ejerce o administra su reducida cuota de poder limitado." ¿Que es entonces la culpabilidad? Dice Zaffaroni: "Si bien el injusto se ha cometido, la culpabilidad no puede hacerse valer en el sistema penal, donde por definición estructural falta el titular del bien afectado, que es el verdadero acreedor a ese pago". La denominada agencia judicial (serian los jueces si mal no interpreto) debe encontrar un criterio racional (no se sabe que tipo de racionalidad) que no resulte eticamente descalificante, dice Zaffaroni. Como no puede acabar con el sistema penal debe limitarlo. Y acá aparece el determinismo social, la tarea social del marginado que, obviamente se eleva por sobre sus congéneres. Dice este autor: "Cuando una persona se coloca en situación de vulnerabilidad es cuando el sistema penal la selecciona y la instrumenta para justificar su propio ejercicio de poder. Es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la seleccion y no la comision de un injusto". Esta vulnerabilidad viene por un estado o por un esfuerzo. El primero es obviamente incobrable, de ahi que Zaffaroni diga que "puesta la agencia judicial en la necesidad de responder, no puede hacerlo en funcion de este orden de factores, sino de los que constituyen el esfuerzo personal por la vulnerabilidad, que por otra parte, son los que constituyen la esencia del aporte que la persona hace para el sostenimiento del ejercicio del poder que la selecciona y la criminaliza". Es que la pena es "irracional y parte de un hecho mas violento y amplio", de modo que se

impone la tarea de limitarla y dice luego: "La condición de prisionero del momento político no es producto de la razón sino de la guerra". En síntesis, la culpabilidad por vulnerabilidad opera siempre como límite máximo de violencia tolerada, siempre por debajo –o cuando mas coincidente- con el límite que surgiría de la mera culpabilidad por el injusto, ya que se trata de un concepto mucho mas abarcativo y reductor de este. La síntesis, a mi juicio, es que en este esquema la culpabilidad ya no es por el acto, sino por el autor. Hecho este que acepta Zaffaroni, pero diciendo "que poca importancia tiene calificar a la culpabilidad como de autor" y nada obstaría a aceptar una culpabilidad del autor, "pues siempre sería mas limitativa de violencia penal deslegitimada que la versión tradicionalmente aceptada por el derecho penal liberal". Esta teoría no es otra cosa que la teoría de Lombroso al revés. Hay seres humanos incapaces de motivarse de acuerdo a la norma, solo que en vez de encerrarlos –como decía el medico italiano- debemos premiarlos o, por lo menos, consentirles sus daños. Poco vale aquí el papel de la victima, aunque sea también marginada, la culpa se diluye en "la historia". La duda sigue en mi mente: ¿Quién es el poderoso que decidirá quien es el marginado? La historia nos enseña quien es el poderoso de turno. Marat, citado –quizá con admiración- por Zaffaroni, era uno de los elegidos que decidía quien debía ir a poner la cabeza bajo la guillotina. Los derechos fundamentales, la igualdad, la libertad, todo ello en manos de un grupo de elegidos que determinarían, en un momento de la historia, cuando y como se sancionara a una persona. Palabras tales como ética o racionalidad suenan huecas si no se las llena y define de manera clara y precisa. Si así no se lo hace, sería mejor dejarlas a un lado.

Es necesario analizar, frente a las criticas que recibe la ciencia penal, el valor de ella. La dogmática se halla cuestionada tanto desde la política de signo de derecha como de izquierda. Sin embargo, creemos que la dogmática penal tiene algo que decirle al hombre actual. Interesa hacer resaltar ahora una hipótesis de trabajo que se podría enunciar de la siguiente manera: la única forma de poder respetar los derechos básicos esta en un Poder Judicial independiente que, cuando interprete la ley, haga dogmática penal. Dicho en otros términos, la dogmática penal hace a la cara interna de los derechos fundamentales. No se conoce otra forma civilizada de aplicar judicialmente la ley si no es mediante la dogmática penal.

La pregunta siguiente es: ¿Y la dogmática penal para que sirve? Para poder lograr que esa pena o esa sanción se imponga justa e igualitariamente. Por eso aparece adecuado repetir con Maurach y Zipf: "En consecuencia, los criterios contenidos en postulados dogmáticos representan una solución casuística adecuada, en un marco de objetivos político-criminales preestablecidos y de la mayor ausencia de contradicciones intrasistemáticas posibles. Desde un punto de vista

funcional, en el contexto general de la obtención de normas jurídicas, la dogmática debe garantizar una aplicación igualitaria y previsible, transparente, del derecho; la dogmática no es un fin en si mismo, sino un medio para lograr una garantía del poder punitivo estatal, desde el punto de vista del estado de derecho". En síntesis, es bueno que se busquen nuevas vías para lograr una mejor convivencia entre las personas, que se discutan cuales son las mejores, pero que, en el ámbito de la ciencia, deba ser dentro de un cierto método y en una discusión que no pase de lo fáctico a lo a priori y viceversa, sin anunciar antes tal cambio de niveles, que no solo sorprende al lector, sino que, además, lo confunde.

### **CRITERIO PERSONAL:**

Creo que es cierto que el poder punitivo actúa selectivamente en función del estado de vulnerabilidad del individuo, pero no estoy de acuerdo cuando se habla de esfuerzo personal para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, nadie hace un esfuerzo para alcanzar dicho estado, lo que sucede es que el estado de vulnerabilidad no es inmutable, va cambiando, ya lo dijo Heraclito, no te bañaras dos veces en el mismo río, dicho estado cambia por distintas razones y cuando el individuo que estaba en un nivel prácticamente nulo de vulnerabilidad es alcanzado por las redes del poder punitivo significa nada mas que dicho estado de vulnerabilidad ha variado y que se encuentra en un estado de vulnerabilidad muy alto, por ejemplo, en el curso de posgrado el Dr. Zaffaroni puso el ejemplo de los jerarcas nazis juzgados en Nüremberg y manifestó que ante tal esfuerzo por caer en la situación concreta de vulnerabilidad prácticamente el poder jurídico no tenia base ética para reducir o disminuir el ejercicio del poder punitivo, mi punto de vista es que los nazis no hicieron ningún esfuerzo para alcanzar un estado de alto nivel de vulnerabilidad, todo lo contrario, los crímenes no fueron un esfuerzo por alcanzar dicho estado, si hubieran logrado terminar la fabricación de la bomba atómica seguro hubieran arrasado con medio mundo y lo mas probable es que hubieran ganado la guerra, con lo cual tenemos que hubieran cometido aun mas crímenes que los que cometieron y sin embargo se encontrarían en un estado prácticamente de invulnerabilidad absoluta, por lo cual no creo que la esencia de la culpabilidad este dada por el reproche al esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad SINO POR EL ABUSO QUE HIZO EL INDIVIDUO DE SU ESTADO DE BAJA VULNERABILIDAD, ESTADO DE BAJA VULNERABILIDAD NO ES OTRA COSA QUE UNA SITUACION DE PODER EN LO SOCIEDAD (lo que no quiere decir que ocupe un cargo, se puede ser poderoso sin ocupar cargo alguno) QUIEN EN TAL SITUACION DE BAJA VULNERABILIDAD O PODER COMETE UN DELITO EN PERJUICIO DE SUS SEMEJANTES LO QUE HACE ES ABUSO DE PODER, en este ejemplo los nazis hicieron un abuso de su poder, se transformaron en señores dueños de la vida y la muerte de sus

semejantes sin tener que rendirle cuenta a nadie, poder que usaron monstruosamente y por lo que tuvieron que responder una vez que perdieron su estado de vulnerabilidad por haber perdido la guerra, QUIEN ABUSÓ DE UN PODER EN PERJUICIO DE SUS SEMEJANTES NO TIENE BASE ETICA PARA RECLAMAR QUE EL DERECHO LE REDUZCA EL PODER PUNITIVO QUE SE LE QUIERE EJERCER, NI EL DERECHO TIENE BASE ETICA PARA PROTEGERLO DEL PODER PUNITIVO, otro ejemplo: es común citar que el conocido gangster Al Capone fue preso por no pagar impuestos, ¿donde estaría ahí el esfuerzo? cuando había cometido muchos otros crímenes mucho mas graves y el poder punitivo no lo había atrapado, cuando fue preso lo que ocurrió es que había cambiado su estado de vulnerabilidad, desde un nivel muy bajo a uno muy alto, porque la organización criminal de la que formaba parte y dirigía hasta ese momento, decidió en una conspiración dirigida por Frank Nitti sacarlo de la dirección de la mafia y entregarlo como chivo expiatorio, y no se le juzgo por los otros crímenes por la sencilla razón de que los conspiradores en tal caso hubieran tenido que ir presos también por ser cómplices, pero en ellos no había cambiado su estado de vulnerabilidad que seguía siendo de un nivel muy bajo por el poder que tenia la mafia en los EE.UU.. También el caso del año 1962 de los famosos monjes mafiosos de Mazzarino juzgados en el Tribunal de Justicia de Mesina, defendidos por quien creía en la legitimidad y justicia de la pena como lo expuse en este trabajo, el gran maestro Francesco Carnelutti (que aclaró además que lo haría sin cobrarles nada), que fueron primeramente absueltos groseramente de los cargos de asesinato y extorsión, pero luego mas que todo por cuestiones políticas (se había organizado una comisión parlamentaria para investigar la Mafia y estaba por llegar a Sicilia) varió el estado de vulnerabilidad de los monjes y en un nuevo juicio fueron condenados a treinta años de prisión.

Ante la manifestación de Francesco Carnelutti, de que no se trata tanto de proteger al ciudadano contra la arbitrariedad del órgano del poder de castigar, del cual no hay razón para desconfiar, tal frase no es de extrañar proviniendo de un libro editado en el año 1941, de un autor italiano, en esos años se enseñaba que la autoridad máxima de la Italia Fascista, Benito Mussolini Il DUCE, "siempre tenía razón", pero los acontecimientos posteriores demostraron que esto no era así. La autoridad se equivoca y a veces no se equivoca (pero igual comete injusticias).

Considero que las exposiciones de Soler y Donna con respecto a la pena y la dogmática, son un sistema ideal pero que en la practica no garantiza que las penas se van a aplicar y repartir con justicia, o sea que sean aplicadas también a los culpables de abusar de su estado de vulnerabilidad salvo que el mismo cambie a un nivel muy alto, las penas en los hechos se aplican a los infelices, a los pobres, a los autores

materiales de hechos criminales (carne de cañón que usan los poderosos a los que no se investiga y ni siquiera se los molesta), particularmente creo en la honradez intelectual de los creadores de la dogmática que pretendieron evitar el abuso del poder punitivo, pero así como los poderosos de turno se las arreglaron para utilizar la religión cristiana que predicaba el amor, el respeto, la verdad y la caridad, como pretexto para quemar gente en la hoguera, para robar, y para asesinar (La Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias de Fray Bartolomé de las Casas da un claro panorama de esto), también así fue manipulada la dogmática dando una apariencia al ciudadano común de que quien comete un crimen será castigado y que nadie va a ser castigado por algo que no hizo porque se respetaran sus derechos y se sabrá la verdad, pero en los hechos esto no ocurre por incapacidad del propio sistema, por incapacidad de funcionarios y también por corrupción. Quienes se encuentran en un estado muy bajo de vulnerabilidad, están en tal estado porque tienen dinero, tienen poder, relaciones, etc, por lo cual también le es fácil financiar campañas, conseguir puestos, en los poderes ejecutivo, legislativo y aun judicial, y también conseguir puestos para otros, que desde tales puestos serán sirvientes no del bien público sino del que los coloco en tal situación de poder, de allí se van formando castas de individuos que no alcanzan la situación concreta de vulnerabilidad por mas aberrante que sean los crímenes que cometan, que por otro lado cuando los cometen se valen de otros individuos descartables de los que cada tanto alguno puede ir preso así el ciudadano común que no es conciente del estado de vulnerabilidad altísimo en que se encuentra cree que no hay impunidad.

Mas allá de las diferencias de sistema jurídico se suele poner a los Estados Unidos como un faro que guía a la humanidad hacia la libertad, la igualdad y la justicia, importándose institutos y sistemas de ellos, pero es uno de los mas claros ejemplos de arbitrariedades e injusticias, y de como un sistema que proclama derechos y garantías es manipulado, los pobres son asistidos por defensores oficiales que llegan a dormirse en las audiencias, los negros e hispanos son llevados a la pena de muerte con mucha mas facilidad que los blancos, mientras que los poderosos y mafiosos gozan del mayor de los respetos y prestigios ya cite el ejemplo de Al Capone, que fue preso porque lo decidió la propia mafia, y ahora en este momento se esta viendo que se hace con Joseph Salvati, que estuvo treinta y tres años preso siendo inocente acusado junto a otros tres hombres inocentes que murieron en la cárcel de un asesinato que no habían cometido, por la sencilla razón que el FBI en ese momento dirigido por J. Edgar Hoover decidió que los verdaderos autores del crimen que eran mafiosos no tenían que ir presos, pero el ciudadano común debe sentir que se hace justicia y así se le hizo sentir, los tres acusados gritaron su inocencia, lloraron, y nadie los escucho, hay que ser muy ingenuo para creer que esto es un caso aislado, sino que forma

parte de una metodología, lo único que tiene de aislado es que en este caso se descubrió la verdad.

Asimismo creo que el reparto en base al estado de vulnerabilidad no es una particularidad propio del poder punitivo, sino de todo el poder que se da en la sociedad, porque la idea de poder, implica nada mas que eso, poder, una relación de fuerza de avasallamiento, y así tenemos una sociedad en la que unas minorías explotan a las mayorías, individuos que amasan fortunas (muchos por medios delictivos) mientras niños mueren de hambre, el poder punitivo no se ejerce como un fin en si mismo sino como un medio, el de proteger esta relación de explotación y aprovechamiento, protegiendo mediante el ejercicio y amenaza de la pena todo un sistema criminal. La función del derecho es filtrar estos poderes, proteger y defender a la persona común del abuso del poder, si el derecho cumple esta función se podrá hablar de Estado de Derecho sino es una ficción, una pantalla y se vive en la barbarie por mas que se la disfrace de civilización. La realidad social lamentablemente indica que no se hace cumplir al derecho esta función como se debiera, el libro de Franco Caviglia, La larga sombra de Yabrán es rebelador en este aspecto.

Es evidente que ante tal panorama descripto no se mejora nada aumentando la cantidad de delitos, ni la gravedad de las penas, la situación se mejora con educación, con trabajo, reprochando el abuso de poder, y sobre todo cumpliendo con la Constitución Nacional que no debe ser un papel sino la principal de las leyes, algo evidentemente muy difícil de lograr ya que parece que la miseria y la injusticia es un negocio para muchos (personas e incluso países), pero es algo por lo que vale la pena bregar.

### **Bibliografía:**

DERECHO PENAL ARGENTINO, Sebastián Soler, Tipográfica Editora Argentina, Tomo I 1987, Tomo II 1988.

TEORIA GENERAL DEL DELITO, Francesco Carnelutti, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

TEORIA DEL DELITO Y DE LA PENA, Edgardo Alberto Donna, Editorial Astrea, 1992.

LA VIRTUOSA COMPAÑIA (LA MAFIA), Norman Lewis, Editorial Seix Barral S..A., Barcelona 1969.

También se ha extraído información de Revista Viva (Diario Clarín) del domingo 29 de septiembre de 2002.

