

# LA CRUZADA DE RICARDO NUÑEZ CONTRA EL DERECHO PENAL AUTORITARIO\*

POR CARLOS JULIO LASCANO (H)

Hace diez años tuvo lugar en nuestra trisecular Universidad Nacional de Córdoba un hecho de singular significación científica, que dejó imborrables recuerdos en quienes tuvimos ocasión de participar en sus exposiciones y debates.

Me refiero al "*Sexto Congreso Universitario Nacional y Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*", que sesionó los días 9, 10, 11 y 12 de septiembre de 1993.

En el acto de apertura de dicho evento pronunció las palabras preliminares el Profesor Emérito de esta casa, Dr. Daniel Pablo Carrera<sup>1[1]</sup>, quien recordó que en el prestigioso Instituto de Derecho Comparado de esta Facultad, su Director el Dr. Enrique Martínez Paz, profesor sabio y eximio comunicador del pensamiento de Rudolf Stammler, generó un ambiente académico de excelencia que contribuyó al perfeccionamiento de juristas de la talla de Sebastián Soler, Ricardo Nuñez, Ernesto Gavier, Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo.

El Profesor Carrera destacó la influencia del concepto stammleriano del Derecho como "voluntad autárquicamente vinculatoria" en los dos primeros trabajos que el joven Ricardo Nuñez publicó en el año 1939, mientras cumplía su adscripción a la cátedra de Derecho Penal, como asimismo en el valor que éste le atribuía a la ley como único límite objetivo frente a los avances abusivos de la autoridad.

Precisamente, he de centrar mis reflexiones sobre este último aspecto de las ricas enseñanzas de aquél a quien tengo el honor de brindar este humilde homenaje, por haber sido designado por vosotros los estudiantes para usar de la palabra en esta conferencia inaugural del "**XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Argentino de Derecho Penal y Criminología**".

Agradezco profundamente tal distinción hacia mi persona, porque en otras ocasiones he manifestado que me considero "nieto intelectual" del Profesor Ricardo Nuñez, dado que mi padre, su sucesor en la Cátedra de Derecho Penal, Parte Especial, de esta Universidad, tuvo la fortuna de ser uno de sus discípulos y de haber disfrutado de su entrañable amistad hasta su muerte.

Desde el momento en que asumí la cátedra de Derecho Penal, Parte General, de esta Facultad, ganada por concurso público, sin menoscabo de nuestra realidad sociocultural, "llegué a la convicción que -sin abdicar de las enseñanzas de nuestros maestros sobre la interpretación dogmática con arreglo a las palabras de la ley penal y a los principios de su sistemática- los estudios de nuestra asignatura debían buscar soluciones a las cuestiones que se plantean en nuestros días en los países de avanzada del derecho de raíz continental europea, con una

---

\* Conferencia pronunciada el día 1º de octubre de 2003 en el acto inaugural del "XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología" celebrado en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Publicado previamente en [www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar).

<sup>1[1]</sup> *Introito reflexivo*, en "Pensamiento penal vigente. Homenaje a Ricardo C. Nuñez y a José León Schwartz", Advocatus, Córdoba, 1994, p. 23.

orientación garantista fundada en los principios constitucionales del Estado de derecho que tutelan la dignidad de la persona"<sup>2[2]</sup>.

A quienes han visto en ello un heterodoxo apartamiento de los lineamientos trazados por el Maestro, debo recordar las palabras expresadas por el propio Ricardo Nuñez, en un artículo que escribió con toda hidalguía, en homenaje al Profesor Sebastián Soler, de quien se encontraba distanciado, publicado al producirse su muerte, en la siempre añorada revista "Doctrina Penal"<sup>3[3]</sup>:

*"Discípulo de un maestro no se es por acompañarlo en congresos, jornadas, encuentros o simposios o por poner la firma como compañía legislativa; ni se lo es por ser "estación repetidora". Se lo es cuando, sobre las bases fundamentales puestas por él, hasta corriendo el riesgo de que los tontos o interesados lo consideren su "enemigo", se lucha por advertirle sus errores y sus desviaciones, y a la par se intenta ir adelante por sus huellas, poniendo nuevos puntos de vista y tratando de salvar las incongruencias o vacíos señalados por la crítica o la experiencia".*

Al escoger el tema de esta disertación no tuve duda que debía hoy transmitirles a las nuevas generaciones de alumnos de grado de la carrera de Derecho y de jóvenes abogados provenientes de los más alejados rincones de esta Iberoamérica que a todos nos duele, que desde este rincón del interior de la Argentina, hace varios años se destacó el afanoso y constante empeño de Ricardo Nuñez -a lo largo de toda su existencia- por construir una dogmática de un Derecho Penal propio de un auténtico Estado de Derecho, que subordinado a los principios y garantías constitucionales, pudiera servir de límite eficaz al poder punitivo estatal.

En tal sentido, el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni -cuando Ricardo Nuñez aún estaba físicamente entre nosotros- escribió: "El Profesor de Córdoba ha dedicado su vida a cultivar un derecho penal respetuoso de las garantías constitucionales y lo ha ratificado con su conducta personal y cívica. No abundan estos ejemplos en el país"<sup>4[4]</sup>.

Nuevamente debemos mencionar al Profesor Daniel P. Carrera<sup>5[5]</sup>, quien tras evocar que Carlos Fernández Ordóñez dijo que Nuñez lucía una *"estampa constituida por una mezcla de Abraham Lincoln y de boxeador jubilado"*, comentó que, aparte del acierto que fisonómicamente tenía esa expresión, lo encerraba también respecto que Nuñez -como Lincoln- fue un gran republicano y, como éste, respetó la dignidad humana, desde que si Lincoln luchó por la abolición de la esclavitud, Nuñez lo hizo por la libertad de los gobernados frente a las desmesuras de la autoridad, bregando sin descanso por el máximo respeto de su parte a las garantías constitucionales.

La figura desgarbada de Ricardo Nuñez y su idealismo me llevaron a asociarlo con el célebre don Quijote de la Mancha, que inmortalizara Cervantes, y como este personaje estaba ligado con el mundo de los caballeros andantes de la Edad Media, he llamado "cruzada" a su lucha contra los "molinos de viento" del autoritarismo penal.

No sabemos si ello hubiera sido o no del agrado de nuestro homenajeado, ya que las "cruzadas" medioevales transcurrieron en una época en parte sumida en la barbarie, en la que el arrojo de aquellos caballeros cristianos, fruto de una fe sin fisuras y el ansia de guerrear, junto con

---

<sup>2[2]</sup> Lascano (h), Carlos Julio, "Introducción" a la obra colectiva por él dirigida, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Advocatus, Córdoba, 2000, p. 6.

<sup>3[3]</sup> *Significado de Sebastián Soler para el Derecho Penal argentino*, "Doctrina Penal", Depalma, Buenos Aires, año 3, 1980, p.527.

<sup>4[4]</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El crimen organizado: una categorización frustrada*, "Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología", Edición homenaje a Ricardo C. Nuñez, Nueva Serie, N° 1, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Lerner, Córdoba, 1995, p. 251.

<sup>5[5]</sup> *Ricardo C. Nuñez: su ética laica*, "Homenaje y recordación a Ricardo C. Nuñez", Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Nuñez", Lerner, Córdoba, 2000, p. 11.

su ilimitado orgullo, destruyeron sin remordimiento las maravillosas ciudades y reinos que otros habían creado. Es que, aunque Ricardo Nuñez decía no creer en Dios, también expresaba su tolerante admiración o su sana envidia por quienes habían recibido el don de la fe y eran consecuentes con la práctica de sus ideas religiosas.

Lo cierto es que -le llamemos "cruzada", "lucha" o de cualquier otra forma- debemos rescatar el valor ejemplar de la postura coherente e ineludible de Nuñez en lo que pensó, dijo e hizo a favor del liberalismo penal para acotar los desbordes autoritarios del poder punitivo, porque se trató de una persona que siempre tuvo fe en el Derecho.

Y según sus propios dichos: "*Tener fe en el Derecho implica respetarlo. Redactar una ley, aunque se lo haga técnicamente bien, no satisface ese respeto; incluso no lo hace totalmente quien redacta una ley intrínsecamente justa. El Derecho es algo más que todo eso: es la norma vinculatoria y decisoria, consciente y voluntariamente adoptada por los ciudadanos con arreglo a la legítima estructura política de cada país. En una república no se respeta su derecho cuando la fuerza ayudada por el saber de los eruditos, sustituye la fuente popular de la ley por una fuente autoritaria, porque procediéndose así, se somete a los ciudadanos a una norma que les es totalmente ajena. En el **Manual de la Constitución Argentina** de Joaquín V. González, hemos aprendido los argentinos que eso es una dictadura (6ª ed., p. 282)*"<sup>6[6]</sup>.

El autoritarismo represivo constituye la negación del Derecho penal liberal. Ya desde los tiempos en que redactó la Parte General de su "Derecho Penal Argentino"<sup>7[7]</sup>, Nuñez enseñaba que "una concepción del Derecho penal se caracteriza sustancialmente como **liberal**, no por defender una posición jurídica particular del individuo en la sociedad con arreglo a una determinada concepción económica (p. ej., un liberalismo económico frente a un socialismo), sino por tener como finalidad esencial la protección del individuo y de la estructuración liberal o socialista de sus derechos. Su idea es, por consiguiente, compatible con todo sistema político que conciba a **la individualidad siempre como fin y nunca como medio para la totalidad**".

Precisamente era este último aspecto el que -según el pensamiento de Nuñez- distinguía al Derecho penal liberal de su antítesis, es decir, un Derecho Penal servidor de una concepción autoritaria del Estado, donde el valor supremo ya no es el individuo y sus derechos, sino una entidad distinta, que varía de un caso a otro (el proletariado en el stalinismo soviético, la raza o la comunidad en el nazismo alemán, o la nación en el fascismo italiano)<sup>8[8]</sup>.

También destacaba el Maestro que -además de los **objetivos** de una y otra concepción, que caracterizan a su sustancia- eran fundamentales los **medios** utilizados para su realización.

En tal sentido explicaba que al Derecho penal liberal "le corresponde *una forma o técnica de garantía para su realización*" que "tiende a hacer del poder represivo un **poder limitado** en su fuente (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale*) y en su aplicación (*prohibición de la extensión por analogía*), con un debido contralor de seguridad, consistente en la entrega de la facultad de establecer las acciones punibles y sus penas a un poder legislativo distinto del ejecutivo y del judicial, y la entrega a éste de la facultad de aplicar esa ley a los casos ocurrentes"<sup>9[9]</sup>

Agregamos por nuestra parte que la cita precedente pone de relieve la importancia que para la idea del liberalismo penal representa el principio republicano de la división de poderes.

---

<sup>6[6]</sup> *El origen bastardo de una reforma*, "Revista de Derecho Penal y Criminología", n| 1, La Ley, Buenos Aires, enero-marzo 1968, p. 35.

<sup>7[7]</sup> Nuñez, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino. Parte General*, t. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 46.

<sup>8[8]</sup> Ob. cit., p. 47.

<sup>9[9]</sup> Ob. cit., p. 46.

Finalizaba expresando Nuñez: “Todos estos principios están consagrados por la Constitución argentina... La jurisprudencia de la Corte Suprema que admitió el valor de los decreto-leyes del gobierno de *facto*, desconoció uno de los más importantes de esos principios”<sup>10[10]</sup>, el de legalidad.

Pero el propio Nuñez era consciente que el núcleo de una represión orientada por una concepción liberal del Derecho Penal, “no se ha de considerar resuelto, ...con la escritura constitucional o legal de preceptos liberales. La cuestión no es de puras formas, sino, esencialmente, de medios prácticos para su leal realización. ...sin un aparato político práctico que las preserve de la arbitrariedad, fundado esencialmente en la sana intención de sus aplicadores, esas formas pierden toda su sustancia viva, para convertirse en apariencias políticas engañosas que, por simuladoras, significan su misma destrucción”<sup>11[11]</sup>.

Las ideas precedentes fueron magistralmente sintetizadas por Nuñez con las siguientes palabras: “En nuestro país, las leyes de garantía son “palabras de buena crianza”, pelotas de jabón; y lo más grave es que no tienen otro valor para los hombres, incluso prominentes, que las deben redactar o aplicar”<sup>12[12]</sup>.

El autoritarismo penal fue enfrentado por Nuñez en forma decidida, sistemática y valiente, no sólo con su prédica en diversas publicaciones de las muchas y buenas que lo erigieron en uno de los máximos exponentes de la dogmática jurídico-penal argentina, sino también en numerosos votos que emitió como integrante de un Tribunal Superior de Justicia de nuestra Provincia que gozó de merecido respeto y prestigio.

Pero aún más importantes fueron los testimonios que Nuñez brindó con sus hechos. Me refiero a sus renunciaciones a la Secretaría del Tribunal Superior (1947) y a la vocalía de ese alto cuerpo judicial (1960), cuando gobernantes surgidos de la elección popular, ejercieron presiones autoritarias que significaron graves menoscabos al principio de la división de poderes y a la independencia del Poder Judicial. Prefirió “*quedarse en la calle, más bien, con las manos en los bolsillos, pero con la conciencia limpia y tranquila, con el alma valerosa e intacta*”, como le escribió otro gran jurista, su amigo Alfredo Orgaz<sup>13[13]</sup>.

Pese a que el 15 de mayo de este año se cumplieron seis años del fallecimiento del Dr. Ricardo Nuñez, su cruzada a favor de un Derecho Penal fiel a las garantías constitucionales continúa teniendo permanente vigencia para iluminar el camino de los hombres de Derecho hacia una ciencia jurídico-penal concebida en términos realistas, al servicio de las exigencias de aplicación de la ley al caso concreto.

En ese orden de ideas, compartiré con vosotros algunas reflexiones sobre la proyección de la *coherencia jurídica y republicana* de Ricardo Nuñez<sup>14[14]</sup> en dos cuestiones que –no sólo en las llamadas “sociedades post-industriales, sino también en las de nuestro margen latinoamericano– ocupan en la actualidad el centro de la atención: por un lado, el denominado “Derecho Penal del enemigo” como expresión de un “nuevo Derecho penal autoritario” y las garantías constitucionales; por el otro, la pretensión de descalificar a los cultores del Derecho Penal que defienden posiciones “*garantistas*”, frente a la demanda social de seguridad motivada por el incremento de la criminalidad, en especial la cometida con violencia.

---

<sup>10[10]</sup> Ob. cit., p. 47.

<sup>11[11]</sup> *Derecho Penal Argentino. Parte General*, t. I, p. 52.

<sup>12[12]</sup> *Derecho Penal Argentino. Parte General*, t. II, 1960, p. 358, nota 47.

<sup>13[13]</sup> Fragmentos de la carta de Orgaz a Nuñez, publicada en el diario “La Voz del Interior”, Córdoba, 3 de octubre de 1947.

<sup>14[14]</sup> Así tituló la Profesora Aída Tarditti a su conferencia del 15/5/00, publicada en *Homenaje y recordación a Ricardo C. Nuñez*, Lerner, Córdoba, 2000, p. 15 y ss.

## 1. El “Derecho Penal del enemigo” como expresión de un nuevo autoritarismo penal y las garantías constitucionales

La sistemática violación de los derechos individuales y el desprecio a la ley, unidos al alarmante nivel de impunidad que se registra actualmente en nuestra República, donde con gran facilidad se comete toda clase de actos ilícitos, sin que, muchas veces, los responsables deban cumplir pena alguna y a menudo sin que los hechos sean siquiera investigados, han creado la sensación dominante de ausencia de justicia y seguridad y de inoperancia de un Poder Judicial en buena medida dependiente del poder político y de las presiones provenientes de los medios de prensa y de la opinión pública.

El oscuro panorama que presenta semejante realidad, nos plantea el interrogante de cómo poder hacer funcionar las categorías de la dogmática jurídico-penal o las propuestas de la Política Criminal en una sociedad fracturada e injusta como la que nos toca vivir.

También nos obliga a cuestionarnos qué sentido y utilidad tiene en nuestro margen, intentar aplicar los criterios político-criminales que en las sociedades post-industriales se postulan frente a la actual crisis que se deriva del fenómeno que ha dado en llamarse la “*expansión del Derecho Penal*”,

Ello significa que nuestra posición es por demás frágil, porque –inmersos en el colapso de la estructura socio-cultural que define a la anomia “*propia*” de nuestro país, que se suma a la crisis “*global*” de los sistemas penales del “*primer mundo*” que los han colocado en una situación que ha sido calificada de “*insostenible*”- debemos encarar la apremiante necesidad de buscar soluciones equilibradas que posibiliten lograr la máxima eficacia en la prevención y el castigo de la actividad delictiva, respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales y las garantías del imputado.

Lamentablemente, todo ello se ha complicado y acelerado mucho más aun a partir de la situación internacional posterior al 11 de septiembre de 2001, con el resurgimiento de la “*imagen bélica*” del Derecho Penal y su utilización política, que se nos pretende imponer desde la “*superpotencia*” hegemónica en su guerra contra el terrorismo.

Es oportuno aquí reflexionar sobre las siguientes palabras de Muñoz Conde<sup>15[15]</sup>: «cuando hablamos del “*nuevo Derecho penal autoritario*” nos estamos refiriendo a un Derecho penal más autoritario de lo normal; de un Derecho penal que se ha colado de rondón, “*por la puerta falsa*” de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado. Denunciar este Derecho penal, que algunos han llamado, y parece que asumido como inevitable, “*Derecho penal de enemigos*”, es hoy en día una tarea urgente y necesaria».

El profesor andaluz se pregunta: “¿Se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios de represión punitiva que

---

<sup>15[15]</sup> *El nuevo Derecho Penal autoritario*, ponencia mantenida por su autor en el Coloquio Internacional Humboldt, “La función mediadora del derecho como ciencia universal en una época de globalización y de lucha contra el terrorismo”, que, auspiciado por la Fundación Alexander von Humboldt de la República Federal de Alemania, reunió en Montevideo entre el 6 y el 8 de abril del año 2003, a un grupo de juristas ex becarios de la citada Fundación, procedentes de diversos países latinoamericanos, de España, Alemania e Italia. Se trata de un trabajo inédito que su autor ha tenido la generosidad de aportar para ser publicado en los próximos meses en el segundo volumen del Libro Homenaje al Profesor Claus Roxin, por su investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional de Córdoba en octubre de 2001, intitulado “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”.

caracterizan a un Estado dictatorial o autoritario? ¿Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y derechos fundamentales, y otro puramente policial, para “enemigos”, que haga tabla rasa de los principios y garantías características del Estado de Derecho?”

La tarea a desarrollar para contestar tales interrogantes es ahora más ardua, ya que debe desacreditarse el crecimiento del Derecho penal pese a que éste es reclamado por los ciudadanos y otorgado por sus legítimos representantes. Sin embargo, no debe ser ésta una tarea imposible, pues como afirma Lorenz Schulz, “en un Estado constitucional el proceder del legislador elegido democráticamente comporta una presunción de corrección, pero no la garantiza”<sup>16[16]</sup>.

La concepción de lo político como una “*relación amigo-enemigo*” fue elaborada por Carl Schmitt, quien consideraba que dicha distinción contribuye a una mayor homogeneidad social – condición necesaria de la democracia- a través de la eliminación del enemigo. “La homogeneidad que implica la relación amigo-enemigo es, por definición, discriminatoria y excluyente”<sup>17[17]</sup>.

La expresión “*Derecho Penal del enemigo*”, puesta en boga en los últimos tiempos por Günther Jakobs, no es nueva pues con palabras similares expresadas ya en 1882, por Von Liszt, en su célebre “Programa de Marburgo”, fue empleada por la concepción belicista propia de la civilización industrial para explicar el ejercicio de la potestad punitiva estatal como una *guerra a la criminalidad y a los criminales*.

La distinción entre un Derecho penal *para la generalidad* y un Derecho penal *especial* para los “*enemigos*” -o sea, los “*extraños a la comunidad*”- que fue formulada por Edmund Mezger en el marco de un régimen totalitario como el nazi, fueron retomadas en Alemania por Jakobs, en 1985 bajo la vigencia plena del Estado de Derecho.

Quizás lo novedoso sea la implicancia que tiene su actual uso, que en su forma más extrema, en el plano de las relaciones internacionales se aplica con la pretensión de convalidar la tesis de la *guerra preventiva abierta* desatada, luego del 11 de septiembre de 2001, por el “*imperio americano*” erigido en superpotencia militar, tecnológica y económica que domina el escenario de la globalización de los comienzos del nuevo milenio, contra cualquiera que pueda poner en riesgo su seguridad y hegemonía.

En el ámbito interno denota **la absolutización del valor seguridad** en desmedro de las garantías constitucionales, dando lugar a un *nuevo Derecho Penal autoritario* propio de un *Estado policial*.

El ex Catedrático de la Universidad de Bonn Günther Jakobs planteó la dicotomía “*Derecho Penal del ciudadano versus Derecho Penal del enemigo*”, al entender los límites de la actividad punitiva estatal como *ataduras* que “son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. ...el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes

---

<sup>16[16]</sup> SCHULZ, en *Irrwege*, p. 129.

<sup>17[17]</sup> ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2000, p. 266, donde cita textualmente el siguiente párrafo de CARL SCHMITT, *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, p. 13 y ss.: “Toda democracia se basa en el hecho de que no sólo lo igual tiene que ser tratado igual sino que necesariamente lo desigual no ha de ser tratado igual. A la democracia pertenece necesariamente, primero, la homogeneidad y, segundo –en caso necesario-, la exclusión o destrucción de lo heterogéneo [...] La fuerza política de una democracia se muestra en su capacidad para eliminar o alejar lo extraño y lo desigual”.

tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa”<sup>18[18]</sup>

El Profesor Jakobs en trabajos posteriores explicitó la categoría del *Derecho Penal de enemigos*, propia de una *guerra abierta contra la delincuencia* donde –como en toda guerra- vale toda suerte de abusos y extralimitaciones, con tal de obtener la victoria.

Así, en la ponencia intitulada *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*<sup>19[19]</sup>, Jakobs afirma que “el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo”. Agrega que se trata también de una defensa frente a agresiones futuras.

Tales conceptos han sido interpretados por Muñoz Conde<sup>20[20]</sup> en el sentido que sobre la confirmación de la identidad normativa de la sociedad predomina la necesidad de la seguridad cognitiva y que al “enemigo” se lo entiende como “no persona”. Esto último ha merecido su certera crítica: en un Estado de Derecho respetuoso de la dignidad humana nadie –ni siquiera el “enemigo”- puede ser definido como “no persona”.

Jakobs<sup>21[21]</sup> sostiene que las particularidades que exhibe el Derecho penal de enemigos son: 1) el adelantamiento de la punibilidad que amplía las posibilidades de castigar comportamientos muy alejados de la lesión de un bien jurídico, cambiando la perspectiva del hecho pasado a uno que se va a producir en el futuro; 2) la falta de una reducción de la pena proporcional a dicha ampliación de la esfera de punibilidad; 3) el paso de la legislación de Derecho Penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia económica, terrorista, organizada, etc.; 4) la supresión o el debilitamiento de las garantías procesales, donde la incomunicación del procesado es actualmente el ejemplo clásico.

Agrega el profesor alemán que con tal lenguaje –anticipación de la punibilidad, combate con penas draconianas, restricción de las garantías procesales- “el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”<sup>22[22]</sup>.

El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, sino en forma presuntamente duradera, en su comportamiento (delincuencia sexual), en su ocupación profesional (delincuencia económica, tráfico de drogas), o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada), ha abandonado el derecho y no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de un comportamiento como persona.

Silva Sánchez<sup>23[23]</sup> se plantea la pregunta de «si puede admitirse una “*tercera velocidad*” del Derecho penal, en la que *el Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*».

---

<sup>18[18]</sup> JAKOBS, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, ponencia presentada al Congreso de los penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M., en mayo de 1985, en “Fundamentos del Derecho Penal”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 237 y 238.

<sup>19[19]</sup> Traducción de Teresa Manso Porto, publicada en “Cuadernos de Conferencias y Artículos” n° 24, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2000, p. 29 y ss. El mismo trabajo, fue publicado como *La ciencia penal ante los retos del futuro*, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, “La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio”, Valencia, 2003.

<sup>20[20]</sup> Edmund Mezger y *el Derecho Penal de su tiempo*, p. 118.

<sup>21[21]</sup> *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, pp. 31 y 32..

<sup>22[22]</sup> Op. cit., p. 32.

<sup>23[23]</sup> *La expansión del Derecho Penal*, 2ª edición, revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pp. 163 a 167.

Responde que ello *existe* ya, en amplia medida, en el Derecho Penal socio-económico, y que su ámbito debe reconducirse ya a la primera, ya a la segunda velocidad mencionadas

Y vuelve a interrogarse Silva Sánchez: ¿significa esto que no debe quedar espacio alguno para un Derecho Penal de *tercera velocidad*?. Responde que ello es ya más discutible, si se considera la existencia de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida como Estado, donde cabría hablar, en términos de Jakobs, de un “*Derecho Penal del enemigo*” -caracterizado por el abandono duradero del Derecho- o de un “*Derecho de guerra*” (Silva Sánchez) como instrumento de abordaje de hechos “*de emergencia*”, en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción.<sup>24[24]</sup>

Afirma el profesor español que la discusión fundamental versa sobre la **legitimidad del “Derecho Penal de la tercera velocidad”**, que habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia. Agrega a continuación: «Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo “*Derecho*” o es ya, por el contrario, un “*no Derecho*”, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos “*excluidos*”». <sup>25[25]</sup>

El catedrático de la Universidad Pompeu Fabra sostiene que la justificación del Derecho Penal de la *tercera velocidad* -ensayada por algunos en el sentido que se trataría de un “*mal menor*” frente a fenómenos excepcionalmente graves que no ofrezcan peligro de contaminar al Derecho Penal “*de la normalidad*”- obliga a una revisión permanente e intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulación de esa índole. Concluye: «...en mi opinión eso no está sucediendo, sino que los Estados, por el contrario, van acogiendo con comodidad la lógica, que Moccia criticara con agudeza, de la “*perenne emergencia*”. A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los “*enemigos*” tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer».

Agrego de mi parte, que más apropiado sería hablar de una “*marcha atrás*” del Derecho Penal, que de una “*tercera velocidad*”. Es que no estamos para nada convencidos que dentro del Estado de Derecho sea viable la coexistencia pacífica de dos modelos diferentes de Derecho Penal, uno respetuoso de las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para “*enemigos*”, que renuncia a la aplicación de los principios característicos del Estado de Derecho, los cuales son vinculantes por mandato constitucional<sup>26[26]</sup>.

Con el pretexto de la denominada “*guerra contra el terrorismo*”, un proyecto de ley -que para no dejar dudas sobre su inspiración fue firmado por el senador Miguel Pichetto el 11 de septiembre de 2002, a un año de los atentados contra las Torres Gemelas de Nueva York y el edificio del Pentágono en Washington- intenta asignar un rol a las Fuerzas Armadas, tal como pretende el gobierno de los Estados Unidos y contiene graves restricciones a los derechos individuales garantizados constitucionalmente. El artículo 1º del proyecto expresa que intenta legislar “*facultades de carácter excepcional*”.

El artículo 2º define en términos convencionales “*terrorismo internacional*”. El 3º se refiere a lo que denomina “*terrorismo doméstico*”, entendido como “*aquel cuyas actividades se concretan dentro del territorio nacional y que carece de dirección exterior*”. Ejemplifica en forma

---

<sup>24[24]</sup> *La expansión del Derecho Penal*, pp.163/166.

<sup>25[25]</sup> *Op. cit.*, p. 166.

<sup>26[26]</sup> MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho Penal autoritario*.



genérica con “grupos” o “individuos” que hagan uso “de la fuerza” para lograr “objetivos políticos, sociales, religiosos, económicos, culturales, financieros o de cualquier otra índole”. La amplitud de esta definición –que entra en colisión con el *mandato de certeza* emergente de los arts. 18 y 19 C.N.- podría abarcar cualquier actividad, organización o persona que moleste al gobierno, desde un sindicato que pare en reclamo por los salarios o condiciones laborales, hasta los vecinos de un barrio que protesten por la falta de semáforos, los piquetes en rutas o avenidas en demanda de alimentos o subsidios, o algún periodista fastidioso.

Pensamos que el art. 1° de la denominada “**Ley del arrepentido**” n° 25.241<sup>27[27]</sup> contiene una descripción más precisa y concreta de los que se consideran “**hechos de terrorismo**”: “*las acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor, y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas*”.

Las proyectadas disposiciones antiterroristas que permitirían medidas penales y procesales penales extraordinarias e incompatibles con las garantías liberales, hacen aplicables las reflexiones sobre las reformas al Código Penal español en esa materia, formuladas por Cancio Meliá<sup>28[28]</sup>, para quien la eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, determina que difícilmente puede parecer exagerado hablar de un *Derecho penal de autor*, pues la regulación tiene una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos –los “enemigos”- más que en la definición de un “hecho”.

Por nuestra parte, entendemos que -sin descuidar los aspectos de combate y erradicación- debe darse prioridad a la prevención del terrorismo, con programas de entrenamiento de seguridad pública, defensa civil y salud pública.

Este cambio de acento desnuda los usos espurios que desde Estados Unidos se intenta dar a la denominada “*guerra contra el terrorismo*” y la incoherencia de quienes repiten ese discurso pero -en vez de prevenir posibles ataques en sus países- sólo se preparan para reprimir a la oposición.

Es que -como recientemente nos ha enseñado el Profesor Muñoz Conde, en su ponencia sobre *El nuevo Derecho Penal autoritario*- «al amparo de la situación internacional, se está legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho». Concluye expresando que «se antepone el valor “seguridad” a cualquier otro valor, utilizando como pretexto para no hacer los cambios

---

<sup>27[27]</sup> B.O. 117/3/00.

<sup>28[28]</sup> ¿“Derecho penal” del enemigo?, conferencia en el Seminario en Homenaje a Günther Jakobs, organizada por la Universidad Austral de Buenos Aires, en el mes de abril de 2003. Véase, del mismo autor, “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de L.O. 7/2000, en “Jueces para la Democracia”, n° 44, julio/2002, p. 19 y ss. En la p. 26 concluye: “El Estado no debe perder los nervios frente a los delitos terroristas. Y cuando recurre al “Derecho penal” del enemigo –como lo hace en algunos puntos de la regulación de los delitos de terrorismo-, el ordenamiento jurídico entra en una situación de pánico. No debe hacerlo porque ello no es legítimo: tales delitos son “muestra de un déficit de libertades”. Y porque no sirve para nada: no elimina ni disminuye los delitos que pretende combatir. Y también porque introduce en el Código, bajo el amparo de la Ley, elementos que sólo pretenden ser Derecho penal, pero no lo son”.

económicos y sociales necesarios para reducir los niveles de pobreza y hacer valer una mayor justicia social en el mundo».

En la Argentina –donde los índices de pobreza han superado la mitad de la población y hemos debido padecer numerosas muertes de niños por desnutrición en un país reconocido a nivel mundial por la abundancia de sus materias primas alimenticias- el Estado de Derecho se encuentra en gravísima emergencia y jaqueado por la corrupción en todos los ámbitos, situación para la cual no existen soluciones mágicas y mucho menos frente a la profundidad de la crisis que nos agobia, que no sólo es económica, sino también política, pero fundamentalmente moral y cultural.

Si el proceso de deterioro que nos condujo al actual estado de cosas fue lento y progresivo, no podemos pretender revertirlo a corto plazo, pero sí comenzar a transitar el camino con hechos concretos, para lo cual es indispensable que cada uno apelemos a nuestra conciencia individual y evitemos acudir a mecanismos de autojustificación de las propias culpas, intentando responsabilizar a otros, como “*chivos expiatorios*”.

Estamos convencidos que el mayor desafío de la hora consiste en diseñar una verdadera política de estado en materia penal que permita alcanzar un punto de equilibrio entre el parámetro empírico de “*eficacia*” y el patrón valorativo de “*garantías*”, es decir, entre el Derecho Penal como manifestación de la pretensión punitiva del Estado que busca preservar la convivencia mediante la prevención y el castigo de las conductas antisociales que afectan los bienes jurídicos más relevantes, por una parte, y por otro lado, la reglamentación garantística del debido proceso “*fundado en ley anterior al hecho*”, que asegure el resguardo de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, sin caer en la dialéctica amigo-enemigo, cuya pretensión de homogeneidad social puede implicar mayor discriminación y exclusión de algunos sectores.

Es así que, como respuesta al primer interrogante que formulamos inicialmente, podemos afirmar que resulta poco sostenible en el marco del Estado social y democrático del Derecho, la *concepción belicista* de un Derecho Penal moderno, pues ella posee componentes autoritarios que –so pretexto de un Derecho de emergencia para combatir el terrorismo o proteger a toda costa el valor “*seguridad*” frente a la delincuencia organizada- podrían derivar en una criminalización de la protesta social.

En alusión a la segunda pregunta, sin cuestionar la afirmación de Bernd Schünemann, en el sentido que Gracia Martín “*aboga por una modernización del Derecho penal pero sin renunciar en ningún punto, como hace el concepto de “Derecho penal del enemigo”, a los principios del Estado de Derecho*”<sup>29[29]</sup>, pensamos que su pretensión de construir un nuevo Derecho penal guiado por “*el criterio rector de que sus contenidos deben estar constituidos en su mayor parte por los comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad*”<sup>30[30]</sup>, parecería representar un *Derecho penal de “autor”* (que reclama el castigo de un *modo de ser* del sujeto), de signo inverso al del positivismo criminológico, y al mismo tiempo, un irracional proceso expansivo del Derecho Penal que –en una suerte de efecto *boomerang*- podría acentuar la injusticia, la desigualdad y la selectividad en perjuicio de los sectores de menores recursos.

Tales conclusiones tampoco deberían conducirnos a la aceptación acrítica de la llamada “*Dogmática deslegitimadora*”.

Sobre el particular comparto las atinadas reflexiones de Enrique García Vitor, quien en una reciente comunicación epistolar me expresó, refiriéndose a la llamada *Dogmática*

---

<sup>29[29]</sup> Presentación del libro “*Prolegómenos ....*”, p. 17.

<sup>30[30]</sup> GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 217.

*deslegitimadora*: «cuando más nos alejamos de la norma como centro de nuestras vidas los más perjudicados no son los “poderosos” del sistema, sino los “pobres desgraciados” excluidos. En otros términos, cuanto más deslegitimación del sistema, menos garantías para los “pobres tipos” y mucho más poder arbitrario para los “poderosos”, que por eso lo son, precisamente. Creo que la dogmática se construyó como sistema de garantías para el ciudadano, por tanto dejemos de ser “no ciudadanos” y comencemos a ejercer nuestros derechos».

## **2. La pretensión de descalificar a los cultores del Derecho Penal que defienden posiciones “garantistas”**

Hemos manifestado que Ricardo Nuñez sostuvo que la normativa constitucional argentina, en específica relación con el Derecho Penal, consagra un sistema de garantías que conforman un marco de protección de los derechos del individuo frente al eventual abuso y a la prepotencia de poder estatal y determinan que la Constitución nacional sea propia de un modelo liberal y no de una concepción autoritaria del Estado.

Quienes hoy en día defienden dicha posición, son descalificados por algunos sectores con el mote despectivo de “*garantistas*”, y se postula una falsa antinomia: “*garantismo vs. antigarantismo*”<sup>31[31]</sup>.

En esa línea se ha llegado al extremo de considerar “*desconcertante*” que se pretenda incorporar a la Corte Suprema a un jurista de la dimensión de Eugenio Raúl Zaffaroni porque sostiene ideas garantistas, en “*momentos en que la sociedad argentina sufre los embates de una escalada del delito verdaderamente estremecedora y experimenta un angustioso estado de desprotección ante el avance de la criminalidad*”<sup>32[32]</sup>.

En el último ejemplar de la revista “*Pensamiento Penal y criminológico*”<sup>33[33]</sup>, con acierto Gustavo Arocena, recuerda las reflexiones de Silva Sánchez<sup>34[34]</sup> en el sentido que resulta cuestionable que, frente a los crecientes reclamos sociales de una ampliación de la protección penal que ponga fin –al menos nominalmente- a la angustia derivada de la inseguridad, el Estado no solamente acoja acriticamente tales demandas irracionales, en lugar de introducir elementos de racionalización, sino que incluso las retroalimiente en términos populistas.

Sostiene Arocena que –sin perjuicio de lo superficial que resulta buscar las soluciones al *problema de la seguridad* en el endurecimiento de la respuesta penal –en lugar de hacerlo, por un lado, en las causas profundas del fenómeno delictivo, y, por el otro, en lo *instrumental*, en la protección efectiva de las personas y los bienes-, parece impostergable destacar que la Corte Suprema de Justicia, como cabeza del Poder Judicial de la Nación, es el intérprete final de la Constitución y supremo custodio de las garantías constitucionales.

Por ende, concluye correctamente que el Alto Cuerpo no debe dar a los asuntos que se someten a su consideración *el mayor rigor que la sociedad demanda*, pues ello, de ordinario, concretiza una irreflexiva respuesta que aparenta solucionar algo que en modo alguno logra resolver.

“En su lugar, aquél debe *asegurar la vigencia irrestricta de las garantías que la Constitución consagra*, como una forma de que la prudencia de su investidura presupone consolide un garante férreo de las notas que definen a una república democrática y a un Estado de Derecho”.

---

<sup>31[31]</sup> Arocena, Gustavo A., Zaffaroni. *A modo de prólogo*, en “Pensamiento Penal y criminológico”, Revista de Derecho Penal Integrado”, año IV – N° 7 – 2003, Editorial Mediterránea, Córdoba, p. 12 y ss.

<sup>32[32]</sup> Diario “La Nación” del 13 de julio de 2003, p. 26.

<sup>33[33]</sup> Ob. cit. en nota 32.

<sup>34[34]</sup> *La expansión del Derecho Penal*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 20, y 29/30.

En apoyo de las anteriores reflexiones, quisiera recordar la preocupación que en una distante ocasión, en su querida Santa Catalina, Ricardo Nuñez le expresó a Daniel Carrera: que *la normativa jurídica efectivamente hiciera posible y pusiera al resguardo de desmanes de la autoridad el enlace solidario de "hombre a hombre", indispensable en la existencia social ordenada y digna*<sup>35[35]</sup>.

Finalizo haciendo mías las palabras que otro de sus discípulos más destacados, Jorge de la Rúa, pronunciara en la despedida de los restos mortales del Profesor Nuñez:

*“Como verdadero republicano, amaba la libertad, y entendió desde siempre que no hay libertad sin derecho, pero que tampoco hay libertad sin el hombre. Por eso su infatigable defensa de las garantías constitucionales, como base de un Estado democrático de individuos libres. Pero a la par que defendía al hombre, reclamaba para su patria, a veces con desánimo, la imagen ideal y cultural del ciudadano, como baluarte del sistema, para lograr el paso superador de la democracia a la república. Hemos logrado, a veces, la democracia, decía a menudo, pero no hemos construido la República. Por eso podría decirse que defendió sin desmayos al hombre, destinatario único de la libertad, pero murió añorando al ciudadano libre de una República libre”.*

---

<sup>35[35]</sup> Carrera, Daniel P., ob. cit., p. 24.