

ISSN 2317-1898

TRIBUNAVIRTUAL IBCCRIM

Tribuna Virtual – Ano 01 – Edição nº 01 – Janeiro/Fevereiro de 2013.

Publicação com periodicidade quinzenal



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

1ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa

2º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna

1ª Secretária: Heloisa Estellita

2º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

Assessor da Presidência: Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Marta Saad

OUVIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

Biblioteca: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Boletim: Rogério Fernando Taffarello

Comunicação e Marketing: Cristiano Avila Maronna

Cursos: Paula Lima Hyppolito Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos: Leandro Sarcedo

Iniciação Científica: Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mesas de Estudos e Debates: Andrea Cristina D'Angelo

Monografias: [Fernanda Regina Vilares](#)
Núcleo de Pesquisas: [Bruna Angotti](#)
Relações Internacionais: [Marina Pinhão Coelho Araújo](#)
Revista Brasileira de Ciências Criminais: [Heloisa Estellita](#)
Revista Liberdades: [Alexis Couto de Brito](#)
Tribuna Virtual IBCCRIM: [Bruno Salles Pereira Ribeiro](#)

PRESIDENTES DOS GRUPOS DE TRABALHO

Amicus Curiae: [Thiago Bottino](#)
Código Penal: [Renato de Mello Jorge Silveira](#)
Cooperação Jurídica Internacional: [Antenor Madruga](#)
Direito Penal Econômico: [Pierpaolo Cruz Bottini](#)
Habeas Corpus: [Pedro Luiz Bueno de Andrade](#)
Justiça e Segurança: [Alessandra Teixeira](#)
Política Nacional de Drogas: [Sérgio Salomão Shecaira](#)
Sistema Prisional: [Fernanda Emy Matsuda](#)

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS

19º Seminário Internacional: [Carlos Alberto Pires Mendes](#)
Cursos com a Universidade de Coimbra: [Ana Lúcia Menezes Vieira](#)

GESTÃO DA TRIBUNA VIRTUAL IBCCRIM

Coordenador-Chefe

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Coordenadores Adjuntos

Adriano Scalzaretto

Guilherme Suguimori Santos

Matheus Silveira Pupo

Conselho Editorial

Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Adriano do Nascimento Silva, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Machado, Camila Garcia, Carlos Henrique da Silva Ayres, Christiany Pegorari Conte, Danilo Ticami, Davi Rodney Silva, Diogo Henrique Duarte de Parra, Eduardo Henrique Balbino Pasqua, Érica Akie Hashimoto, Fabiana Zanatta Viana, Fábio Suardi D' Elia, Francisco Pereira de Queiroz, Gabriela Prioli Della Vedova, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Suguimori Santos, Humberto Barrionuevo Fabretti, Ilana Martins Luz, Janaina Soares Gallo, José Carlos Abissamra Filho, Luiz Gustavo Fernandes, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marcela Veturini Diorio, Marcelo Feller, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Rafael Lira, Ricardo Batista Capelli, Rodrigo Dall'Acqua, Ryanna Pala Veras, Thiago Colombo Bertoncetto e Yuri Felix.

APRESENTAÇÃO

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pauta-se, acima de tudo, pela defesa das liberdades individuais dos cidadãos e pela proteção de seus direitos fundamentais.

Seja para abrir os caminhos entre as veredas das ciências, seja para municiar o campo de batalha da defesa da liberdade, proporcionar meios de difusão do pensamento sempre esteve entre as principais atividades do IBCCRIM em seus 20 anos de existência. Assim o comprova o Boletim do IBCCRIM, a Revista Brasileira de Ciências Criminais e a Revista Liberdades.

Poder falar e ouvir são pressupostos fundamentais do exercício da liberdade. É também falando e escutando que se desenvolve o processo dialético de lapidação de ideias, maneira pela qual se constrói a verdadeira e legítima ciência.

Na verdade, uma publicação científica é antes de tudo uma tribuna, onde o pensamento humano se amplifica, onde as ideias se libertam e ganham voz, uma voz que não serve às palavras do poder, mas sim ao poder de uma palavra: liberdade.

Inspirado por esses ideais surge um novo espaço de intercâmbio de ideias e de fomento do pensamento científico adequado à modernidade tecnológica globalizada. Assim é concebido este periódico: uma Tribuna Virtual do IBCCRIM.

Uma plataforma globalmente acessível, que tem como objetivo receber e difundir os conhecimentos das ciências criminais para além das barreiras territoriais - essa é nossa tribuna.

Após 20 anos de incansável defesa das garantias fundamentais, esperamos que nesta Tribuna o vigor científico surja do embate de ideias, experiências e pontos de vista plurais e democráticos, a individualidade ceda lugar ao debate, o autoritarismo e o medo se calem e o pensamento humano amplifique e dê sentido ao conceito de liberdade sonhado por este instituto.

Seja voz nesta tribuna.

Envie seu artigo.

“Participe por acreditar”.

Coordenação da Tribuna Virtual IBCCRIM.

A propósito de Filangieri: ¿Ha muerto el Iluminismo penal? ⁽¹⁾

E. Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Sumário: 1. ¿Iluminismo en el siglo XXI? – 2. ¿El posmodernismo penal imita a Ferri? – 3. La pregunta previa: ¿Qué fue el Iluminismo penal? – 4. La naturaleza del Iluminismo penal – 5. El Iluminismo fue un movimiento europeo – 6. ¿Era Filangieri un revolucionario? – 7. El Iluminismo penal como momento de una constante – 8. La enseñanza actual del Iluminismo – 9 ¿Estamos en las puertas de un cambio? – 10. ¿Debemos elegir nuevamente?

1. ¿Iluminismo en el siglo XXI?

La reivindicación del Iluminismo penal en esta segunda década del siglo XXI no se adecua a los actuales valores hegemónicos en la materia, dominados por el exclusivo interés por los aspectos considerados *técnicos* de la dogmática jurídica y por los llamados *pragmáticos* en el ámbito político y legislativo.

Menos adecuada a este marco contemporáneo resulta aún la reedición argentina de la traducción castellana del primer tomo de la obra de Gaetano Filangieri², única razón que justifica nuestra osadía con alguna referencia al gran ilustrado napolitano en esta sede, pues con motivo de esa publicación revisitamos, entre otras cosas, la biografía –un tanto novelada– de Ruggiero³ y las actas del magnífico seminario del Castello Giuzzo de 1982⁴.

¹ El presente texto corresponde a las notas ordenadas de nuestra intervención en el seminario italo-argentino sobre “Valori, attualità e prospettive dell’Illuminismo giuridico”, Dipartimento di Scienze penalistiche, criminologiche e penitenziari, Università degli Studi di Napoli Federico II, setiembre de 2012. Con todo afecto lo dedicamos al colega y amigo Carlos Elbert, con quien compartimos muchos años de experiencia judicial y académica.

² *Ciencia de la Legislación*, con presentación de Sergio Moccia, EDIAR, Buenos Aires, 2012.

³ Gerardo Ruggiero, *Gaetano Filangieri. Un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del Settecento*, Alfredo Guida Ed., Napoli, 1999.

⁴ Atti del Convegno “Gaetano Filangieri e l’Illuminismo europeo”, tenutosi a Vico Equense dal 14 al 16 Ottobre 1982 e organizzato dall’Istituto Suor Orsola Benincasa, dall’Istituto Italiano per gli Studi Filosofici e dall’Istituto di Filosofia del Diritto della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Napoli, con introducción de Antonio Villani, Guida Ed., Napoli, 1991.

Sin embargo, creemos que ha llegado el momento de alzar la vista por sobre los estrechos límites que nos impone hoy el predominante academicismo y los oligopolios mediáticos -que marcan la agenda de la política criminal en todo el mundo- y tomar conciencia de que este *posmodernismo penal* que declara oficialmente muerto no sólo al Iluminismo, sino incluso al *viejo y buen derecho penal liberal*, en realidad es sólo un momento en un curso histórico que debemos considerar en su totalidad y no con la visión distorsionada que nos proporciona un puro recorte transversal del presente.

La pretensión *posmoderna* de sepultar al Iluminismo y su secuela no siempre se expresa claramente, por cierto, sino que suele presentarse como un tributo a sus protagonistas, pero de honores póstumos, o sea, reducidos a la condición de predecesores remotos y difuntos, que ya no tienen nada que decirnos. Para quienes ni siquiera alientan razones emotivas para recordarlos, no pasan de ser una curiosidad, en ocasiones con tinte morboso y siempre con el acostumbrado tono de suficiencia por parte de quien siente que el sólo paso del tiempo le permite ser más sabio.

2. ¿El *posmodernismo penal* imita a Ferri?

Cabe observar que nada muy diferente tuvo lugar cuando Ferri inventó la famosa *escuela clásica*, pretendidamente fundada por Beccaria y acaudillada por Carrara: encerró a todos sus protagonistas en un panteón académico, arrojó la llave al mar y proclamó que de ese modo abría la auténtica etapa *científica* que, por supuesto, era la suya.

Creemos que esa fue la mejor humorada ferriana o, al menos, la más exitosa, pues sobrevive hasta el presente, pese a que es absurdo pensar que hubo una *escuela* integrada por criticistas, hegelianos, kantianos, krausistas, aristotélicos, materialistas, espiritualistas, etc., lo que se asemejaría más a un parlamento pluripartidista que a una *escuela*⁵.

Este antecedente de una táctica -que bien podemos llamar de *renovación catastrofista*, pues pretende arrasar con todo lo anterior- debe alertarnos acerca de las *partidas de defunción* ideológicas, que muchas veces se extienden a nombre de quienes gozan de perfecta salud.

⁵ Esto lo sostenemos desde nuestro *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, T.II, 1983.

3. La pregunta previa: ¿Qué fue el Iluminismo penal?

Para eludir las trampas propias de esta táctica, es menester preguntarse ante todo, qué fue el luminismo penal del siglo XVIII.

Esta cuestión presenta dos aspectos: 1) ¿Qué naturaleza tuvo, es decir, fue un movimiento del *status quo* o bien, debe reconocérsele carácter revolucionario? 2) En segundo lugar, ante las pretensiones nacionales de los diferentes países por hegemonizarlo, es necesario esclarecer su extensión: ¿Fue un movimiento propio de algún país en particular o más bien se trató de un fenómeno continental? ¿Podemos distinguir diferentes intensidades de aportes nacionales? ¿Vale la pena hacerlo?

Como parte de esta segunda cuestión corresponderá analizar qué significó la intervención napolitana y en particular la de Filangieri.

Apenas después de desbrozar el camino respondiendo a estos interrogantes, estaremos en condiciones de evaluar sus perspectivas desde nuestra posición en el tiempo y el espacio.

4. La naturaleza del Iluminismo penal

En cuanto a la primera cuestión, esto es, la referida a la naturaleza del Iluminismo, debemos confesar que en cierta forma sentimos que usurpamos el lugar que corresponde a otro, pues quien en lengua castellana, en el cono sur americano y desde los albores de la segunda mitad del siglo pasado, nos enseñó a valorar el aporte iluminista, fue Manuel de Rivacoba y Rivacoba, penalista español y exiliado republicano⁶.

⁶ Rivacoba (1925-2000) fue profesor en la Universidad Nacional del Litoral en Santa Fe, Argentina, y luego en la Universidad de Valparaiso en Chile. Entre sus obras se destaca *Krausismo y derecho*, Santa Fe, 1968, su estudio sobre el iluminista español: *Lardizabal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964; su trabajo póstumo, *Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en derecho penal*, en colaboración con José Luis Guzmán Dalbora, como *Estudio preliminar al Discurso sobre las penas*, publicado en Vitoria/Gasteiz en 2001.

Cuando una cuestión ha sido explicada con acierto, lo mejor es remitirse a lo hecho, evitando replanteos que oscurecerían lo logrado, razón por la que en los párrafos que siguen retomaremos en buena medida las líneas que trazó Rivacoba ⁷.

La diferencia entre el pensamiento iluminista y el revolucionario no puede demarcarse muy estrictamente, porque pueden seguirse dos criterios diferentes y que no siempre coinciden: el de la actitud política individual y el ideológico.

Sin duda que es posible distinguir muy nítidamente entre dos actitudes políticas: (a) la del *déspota ilustrado*, que se limitaba a proponer un reacomodamiento de las *tazas en el armario* para evitar su caída total, es decir, el famoso *todo para el pueblo, todo por el pueblo, pero sin el pueblo*, y (b) la del *revolucionario*, que aspiraba a derribar todo el armario para rehacerlo con el pueblo. Gráficamente, corresponden respectivamente a las imágenes de unos señores con peluca apoltronados en sillones de terciopelo y otros como Marat, arengando o asesinado en la bañera.

Por cierto que fueron varios los iluministas que se espantaron ante la violencia de los movimientos revolucionarios y acabaron en el polo opuesto, restaurador y reaccionario.

Pero estas actitudes política personales no siempre tuvieron un exacto paralelo ideológico, pues no reconocen límites precisos en este aspecto, dado que con frecuencia el pensamiento no era muy diferente entre unos y otros, ni necesariamente era siempre más conservador el primero que el segundo. Puede afirmarse que hubo un fondo ideológico común que nutrió a quienes adoptaron una u otra actitud política o, al menos, un camino común que recorrieron ambos, aunque algunos llegaron más lejos que otros y no necesariamente los más revolucionarios.

Esto obedece a que la deslegitimación del poder absoluto y la invocación del pueblo -o al menos del *público-*, inevitablemente marcaba el ocaso del *antiguo régimen*. En este sentido desde su perspectiva llevaban razón los sectores hegemónicos de la nobleza, del feudalismo y del clero,

⁷ En particular en La reforma penal de la Ilustración y Marat o el pensamiento revolucionario en derecho penal, ambos recopilados en *Violencia y justicia*. Textos escogidos por sus alumnos, Universidad de Valparaíso, 2012; también su prólogo a Verri, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, 1977.

cuando denunciaban a los iluministas e impetraban su persecución, invocando el peligro que implicaba para ellos *esa nefasta costumbre de pensar*.

5. El Iluminismo fue un movimiento europeo

En el curso de la Revolución Industrial comenzó a buscarse la verdad fuera de los dogmas teológicos y sus adyacencias. En casi todos los países hubo quienes tomaron la antorcha de la razón para avanzar en las tinieblas del oscurantismo que prohibía pensar, sea por la vía deductiva o por la del empirismo⁸.

De la mano de intelectuales que ocupaban posiciones de poder muy secundarias, subestimados por los poderosos, comenzó esa búsqueda. Era natural que así fuese, pues otros no podían hacerlo. El monopolio del saber se amplió a medida que los señores fueron creando las burocracias que los asistían en la gestión de los diferentes aspectos del *sujeto público*. El poder que pretendía regular la *vida pública* no podía manejarse con el limitado círculo de quienes sólo habían administrado la muerte⁹ y, por ende, la ampliación de las burocracias generó una clase de intelectuales segundones, algunos de los cuales comenzaron a pensar por cuenta propia.

Este proceso no se limitó a ningún país europeo en particular, sino que fue más o menos contemporáneo en toda Europa. Las tesis iluministas se escribían en lenguas vulgares y se traducían inmediatamente, debatiéndose desde los otros países. Los iluministas de toda Europa discutían y dialogaban entre ellos, se reprochaban por haberse quedado atrás en el pensamiento o por avanzar demasiado rápido. En rigor, esta discusión era el motor que los hacía avanzar en grupo por el túnel oscuro repleto de fantasmas de los viejos dogmatismos.

Como era de esperar, en semejante explosión del pensamiento fueron muchos los escritos y libros, de diversa extensión y naturaleza, que entraron en las discusiones del Iluminismo en construcción y, sin lugar a dudas, la contribución napolitana, en particular por medio de la obra de Gaetano Filangieri, fue una de los más mencionados.

⁸ Sobre esto, Ernst Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*, México, 1972.

⁹ El tema fue claramente expuesto por M. Foucault.

Sólo desde la particular perspectiva filosófica del idealismo actual se puede explicar la subestimación de la obra de Filangieri por parte de Croce y de Gentile¹⁰, que en nada puede menguar la prueba objetiva de su trascendencia en el debate de su tiempo, lo que se verifica por el general interés en traducir la obra de inmediato a las otras lenguas romance europeas. Las traducciones alemanas, las citas de Feuerbach¹¹ y el empeño de Goethe por visitarlo personalmente y dejar testimonio de la impresión que le produjo su trato¹², son la prueba objetiva más contundente acerca de la importancia que se le concedió a su obra en el debate iluminista.

No menos elocuente a este respecto es la conocida expresión de Napoleón Bonaparte al calificarlo de *maestro de todos nosotros*, en ocasión de amparar a sus hijos y a su viuda, exiliados después de la derrota de la República Partenopea¹³.

Por otra parte, Filangieri no surgió en Nápoles de la nada, no fue un brote o flor exótica ni se hallaba en un desierto intelectual. De alguna manera fue la punta de una flecha pensante que pasó por Gianbattista Vico y Antonio Genovesi.

6. ¿Era Filangieri un revolucionario?

Más allá de la extinción de su existencia terrena, Filangieri se prolongó en los héroes y mártires de la República unos pocos años después y, entre ellos, en la pluma de Francesco Mario Pagano¹⁴.

Uno de los objetivos de nuestro autor fue acabar con el régimen feudal y las potestades de los señores, lo que le acarreó serios problemas y no pocos enemigos, aunque fueron muchos más quienes lo miraban con desconfianza. Lógicamente, para eso debía poner en primer lugar el

¹⁰ Sobre esto el documentado trabajo de Paolo Becchi, *Aspetti e figure Della recezione di Filangieri in Germania*, en *Atti*, cit., pág. 214, nota 1.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*, pág. 220.

¹³ Gerardo Ruggieri, *op. cit.*, pág. 415.

¹⁴ Francisco Mario Pagano, *Principios del Código Penal*, con introducción y notas de Sergio Moccia y revisión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002; los trabajos de Pagano: *Saggi politici dei principii, progressi e decadenza delle società*, Lugano, 1836.

derecho de la igualdad y elevarlo por sobre el resto de los derechos, lo que no deja de ser una particularidad digna de tenerse en cuenta.

Esta posición dominante de la *igualdad* surge expresamente en el texto de elevación del proyecto de Constitución republicana de 1799, que en este aspecto se permite enmendarle la plana a la propia constitución francesa. Con transparente claridad puede afirmarse que se trata del pensamiento esencial de Filangieri acerca de la igualdad como derecho fundamental.

Nos permitimos citarlo in extenso, pues de este modo podrá verificarse que parece salido de la pluma del propio Filangieri: La cosa más egregia que se halla en las constituciones modernas es la declaración de los derechos del hombre. Falta en las antiguas legislaciones esta base sólida e inmutable. No nos limitamos a beneficiarnos de la declaración que encabeza la constitución francesa, sino que además advertimos que la igualdad no es un derecho del hombre, según lo considera esa declaración, sino la base de todos los derechos y el principio sobre los que éstos se establecen y fundan. La igualdad es una relación y los derechos son facultades. Son las facultades de actuar que la ley de la naturaleza, esto es, la invariable razón y conocimiento de las relaciones naturaleza, tanto como la ley social positiva, conceden a cada uno. De esa relación de igualdad natural que existe entre los hombres se deriva la existencia y la igualdad de los derechos cuando los hombres son similares, pero siendo iguales entre ellos, tienen las mismas facultades físicas y morales: cada uno tiene tanta razón para valerse de sus fuerzas naturales como su semejante. De esto se deduce que las facultades naturales indefinidas por la naturaleza, deben ser definidas por la razón, debiendo cada uno valerse de ella para que los otros puedan hacer lo propio. De lo que se sigue que los derechos son iguales, puesto que tratándose de seres iguales, iguales deben ser las facultades de actuar. He aquí, por tanto, como de la semejanza e igualdad de la naturaleza surgen todos los derechos del hombre y la igualdad de tales derechos¹⁵.

Sin duda que pocos resistirán la tentación de preguntarse qué hubiese hecho Filangieri si la tuberculosis no hubiese acabado con su vida y hubiese llegado a los tiempos de la República.

¹⁵ Costituzione Napoletana del 1799, Rapporto del Comitato di Legislazione al Governo Provvisorio.

A la luz de su resistencia a participar de la vida cortesana y a su renuncia y alejamiento de ese medio, para el que parecía destinado por su pertenencia a una familia noble principesca, pareciera que su actitud habría sido republicana. Pero como la historia no se escribe con potenciales, no podemos responder afirmando que la tuberculosis le salvó del destino heroico y trágico de sus amigos Francesco Mario Pagano y Domenico Cirillo, o del camino de regresión seguido por su primer biógrafo y apologista, Donato Tommasi, que se inclinó ante la restauración borbónica. Por el beneficio de la duda nos inclinamos por lo primero, aunque a veces una muerte oportuna salva la imagen de alguien ante la posteridad.

7. El Iluminismo penal como momento de una constante

Respondidas las anteriores preguntas, podemos aproximarnos –con la brevedad del caso– al significado o proyección del Iluminismo penal en nuestro tiempo.

La historia no es el simple relato de hechos pasados, sino el de los hechos que siguen viviendo en nosotros, que condicionan nuestro presente, que son parte de nuestras vivencias. En este sentido, el recordado Rivacoba afirmaba que somos *hijos del Iluminismo*, lo cual es verdad en el sentido de que nuestro derecho penal de garantías arranca con éste.

Si pretendemos levantar la vista más allá de los límites que nos imponen los mezquinos y empobrecidos tecnicismos normativistas en lo académico y la construcción mediática de la realidad en lo político criminal, confrontamos con un panorama más amplio, en el que sin duda está vivo el Iluminismo penal, pues no tienen otro origen las resistencias que en esta emergencia oponemos a la multiplicación de avances autoritarios en nuestro mundo contemporáneo. En este sentido, al menos quienes deslegitimamos los atropellos vindicativos y la improvisación legislativa, podemos suscribir la afirmación de que somos hijos del Iluminismo.

No obstante, nuestra genealogía no se agota en éste. Por muy orgullosos que estemos de nuestros padres iluministas, no podemos olvidar que somos también nietos de los inquisidores.

El Iluminismo no nació de la nada ni para nada, sino como contradicción frente al pensamiento inquisitorial del antiguo régimen. La inquisición no fue un fenómeno exclusivo de la

iglesia ni del papado, sino anterior y también posterior a éste. Basta hurgar someramente en la legislación penal romana para verificar que el procedimiento inquisitorial repuesto en la llamada recepción era el propio del imperio¹⁶. Cuando la inquisición romana fue decayendo en su quema de mujeres, continuó en manos de los príncipes, a tal punto que la dura crítica de Friedrich Spee a esta práctica¹⁷ se dirige contra las combustiones ordenadas por las autoridades civiles.

Los privilegios feudales y nobles chocaron en el siglo XVIII con las pretensiones de espacio social de una nueva clase en el marco de la revolución industrial. Los comerciantes, industriales y banqueros, que aspiraban a participar del poder económico y político hasta entonces negado a los plebeyos, requerían la limitación del poder punitivo, que era el instrumento del que se valía la clase hegemónica para sostener sus privilegios.

El Iluminismo penal fue obra de los nuevos funcionarios, constructores de los *dialectos* especializados de las corporaciones que se distribuían la administración de la *vida pública*. La contención del *impulso punitivista inquisitorial* era una necesidad para la apertura del espacio social para esta nueva clase en ascenso.

El Iluminismo desembocó en el *liberalismo penal*, que sirvió al ascenso de la nueva clase, pero cuando ésta se asentó en el poder, en el curso del siglo XIX, se vio precisada a defender su posición hegemónica de las pretensiones de las clases subalternas (movilizadas por anarquistas, socialistas, sindicalistas, socialdemócratas, etc.) y desechó el discurso liberal, adoptando el producido por una alianza de la emergente institución policial europea¹⁸ con la corporación

¹⁶ V. M. Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, París, 1863, III, 727; la crítica de este proceso inquisitorial en Pagano, *Principios*, cit.

¹⁷ Cfr. Friedrich Spee, *I processi contro le streghe* (Cautio Criminalis), Roma, 2004.

¹⁸ Creemos que el origen de la policía es colonialista, pues una colonia no es más que una ocupación policial de territorio extranjero, y que luego, con la concentración urbana, la institución, dotada de un nuevo rostro, fue trasladada a Europa.

médica, que dio por resultado el *peligrosismo racista* del *positivismo penal*, cuyo extremo llevó al derecho penal totalitario del siglo XX¹⁹.

La catástrofe de la Segunda Guerra provocó un nuevo impulso de contención del poder punitivo –o de *contrapunitivismo*– en la posguerra. A lo largo de la *guerra fría* hubo una permanente ambivalencia de pulsiones *punitivistas* y *contrapunitivistas* y en el actual momento de la *globalización* se vive una impresionante pulsión punitivista y controladora.

El Iluminismo fue un momento de esta constante lucha de pulsiones *punitivistas* y *contrapunitivistas*, pero no por eso se trata de una etapa cerrada, dado que entre el inquisitorio y la reacción contrapunitiva media una diferencia que no es menor: el punitivismo se legitima siempre creando un *enemigo*, *satanizando*²⁰ a algún grupo, por lo cual siempre cambia el contenido de su discurso coyuntural, al compás de la creación de enemigos; en tanto que el discurso de contención –el contrapunitivo– se va enriqueciendo ante la necesidad de desplegar nuevas precisiones contra las novedades autoritarias, pero no cambia radicalmente su contenido, sólo lo aumenta.

En otras palabras, en tanto que el punitivismo vacía y rellena siempre su discurso, si bien mantiene la misma estructura, la resistencia limitadora –o contrapunitivismo– incorpora las nuevas experiencias, pero mantiene todo el contenido anterior. Por consiguiente, el Iluminismo es parte de este atesoramiento de experiencias limitadoras del punitivismo.

8. La enseñanza actual del Iluminismo

En las últimas décadas se observa un marcado renacimiento del punitivismo y el consiguiente retroceso de las contenciones propias de su contrario. El *posmodernismo penal* no es más que un retroceso a momentos *premodernos*: institutos tales como el testigo de la corona, el agente provocador, el espía judicial, la incomunicación de detenidos, etc., son todos viejos recursos punitivos claramente rechazados por el Iluminismo y, como herencia de éste, por el

¹⁹ Es muy claro el reclamo de uno de sus últimos representantes, Filippo Grispigni, que en polémica con Mezger, reivindicaba para el positivismo la inspiración del derecho penal nacionalsocialista: Filippo Grispigni / Edmund Mezger, *La reforma penal nacional-socialista*, EDIAR, Buenos Aires, 2009.

²⁰ Cabe recordar que *Satán* en hebreo significa precisamente *enemigo*.

derecho penal de garantías posterior. Todo ello sin contar con la benevolencia hacia la tortura y la desfachatez con que se confiesan o admiten los secuestros estatales, las *renditions* y las *extraordinary renditions* o la prisión ilimitada sin proceso y la ampliación de la discrecionalidad policial.

El fantasma del terrorismo en el plano internacional, puesto en diferentes cabezas según el país, y el de la criminalidad común en lo interior, mostrados como los únicos peligros para la vida y la integridad del mundo actual, absolutizados por la construcción mediática de la realidad, sumados a la aparición de las víctimas *héroes*, a la glorificación de los *vengadores*, muestra cómo la comunicación masiva en manos de oligopolios mediáticos marca la agenda de la política criminal de los últimos años, amedrenta y estigmatiza a quienes rechazan ese discurso, arrincona a los políticos, impone temor a los jueces y, de este modo, avanza hacia un nuevo inquisitorio sin tapujos.

En el plano procesal se pervierte el discurso acusatorio mediante una sobredimensión del ministerio público en detrimento del poder judicial. Si bien el proceso acusatorio en abstracto es el más liberal, su funcionamiento se desequilibra mediante una deformación de la infraestructura institucional que debe sustentarlo: se agiganta la figura y el poder del ministerio público, se le otorga la conducción de la policía en muchos países, en otros cumple también funciones de ministerio de justicia, sus integrantes saltan a la publicidad junto a víctimas seleccionadas para impulsar venganzas, estimula los sentimientos vindicativos y al mismo tiempo sus integrantes actúan políticamente o se disponen a eyectarse a esa actividad; se ha llegado al extremo de que uno de sus integrantes logró casi un juicio político al presidente del país más poderoso del mundo por una relación sexual de estricta privacidad.

En tanto que se multiplican los tipos penales alimentando la ilusión de que por este camino se hace desaparecer milagrosamente todo lo nocivo, molesto o desagradable, la doctrina penal no tiene empacho en volver a sostener que la esencia del delito se halla en la violación del deber y no en la producción de una lesión²¹.

²¹ En su momento Friedrich Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín, 1935.

Es obvio que quienes postulamos prudencia y contención del poder punitivo somos estigmatizados públicamente y, si bien hoy no nos fusilan como a Pagano o a Cirillo, al menos resulta claro que molestamos en la corte, como Filangieri.

Todo esto puede sumir en depresión al penalista liberal de nuestro tiempo, pero creemos que eso también sería fruto de una visión limitada y reducida a un corte transversal, que pierde de vista la dinámica histórica, que muestra otro panorama, aunque no sea muy tranquilizador.

El curso completo de los vaivenes del punitivismo nos muestra que éste toma impulso cuando un sector social dominante pretende defender sus privilegios o su hegemonía a cualquier precio, porque los siente amenazados. Cuanto más arbitrarios son estos privilegios mayor resistencia provocan y, por consiguiente, mayor es el poder punitivo con que el grupo hegemónico pretende contenerla.

Esta parece ser una constante histórica. Si pensamos que la inquisición romana centralizaba poder en contra de las sectas disidentes que lo desconocían, que la inquisición española lo hacía en beneficio del monarca y contra todos los disidentes o herejes que amenazaban su poder absoluto, que el antiguo régimen se encarnizaba en la defensa de los intereses del clero y de la nobleza, que la burguesía racista europea defendía sus derechos a la explotación de las clases subalternas, etc., vemos que los discursos *antipunitivistas* siempre fueron peligrosos para estos poderes privilegiados en sus momentos críticos y, por ende, su aparición siempre fue precedida por el reforzamiento punitivista, pero como respuesta a la existencia de un movimiento de cambio hacia el desbaratamiento del poder privilegiado, aunque fuera incipiente y no muy bien estructurado.

9 ¿Estamos en las puertas de un cambio?

En este tiempo –como en todos- es difícil oficiar de augur, pero no por ello podemos negar la lucha que hoy cunde en el seno de este poder planetario *globalizado*, pues la pregunta de más ardua respuesta del momento es la siguiente: ¿Quién manda?

En efecto: votamos a candidatos políticos, los elegimos democráticamente, dicen asumir las funciones formalmente establecidas en nuestras constituciones, pero no ejercen todo ese poder formal, porque frente a ellos hay corporaciones *globalizadas* (transnacionales) que son más fuertes que muchos estados y que en los propios *grandes estados* disputan poder interno comprando voluntades y accionando a través de *lobbies*.

Filangieri se exaltaba destacando que los príncipes de su tiempo se esmeraban en averiguar cómo matar más y mejor, esbozando las líneas de lo que luego sería el universal discurso antibélico. Hoy vemos como la industria bélica condiciona políticamente a los gobiernos de grandes potencias y les obstaculiza la solución de conflictos para degenerar en guerras o directamente las impulsan entre los indefensos estados precarios de la más pobre periferia del poder mundial. Gobiernos de países en grave crisis económica invierten sumas siderales en armamentos imaginando hipótesis bélicas insensatas o que sólo pueden convertirse en realidad por su propia voluntad.

Nos hemos insensibilizado ante la noticia de los crímenes de estado masivos, los pretendidos líderes mundiales han perdido la vergüenza y desfachatadamente confiesan crímenes aberrantes y los disfrazan como *errores* de apreciación o pretenden cubrirse con la *necesidad justificante* magnificando los peligros y los daños.

Cuando Roosevelt definía las libertades en su tiempo, una fundamental era la libertad del miedo, el *vivir sin miedo*, pero hoy el mundo globalizado hace una manipulación descarada y abierta del miedo, ejerce el poder fabricando y potenciando miedos. En este momento mundial no sería arriesgado definir a la política como el *arte de crear y manipular miedos*. Machiavelli sería un ingenuo consejero de escuela de pequeño pueblo.

Para todo esto, las grandes corporaciones cuentan con el oligopolio de la información y de la comunicación mediática masiva, lo que les permite crear realidades temibles que se concentran –como dijimos- en el terrorismo y en la delincuencia callejera.

La confrontación mundial es clarísima: o mandan quienes elegimos o lo hacen las corporaciones del *financierismo*, que parece ser una *degeneración del capitalismo* lo que, en el fondo y en el espacio virtual, implica un *neofeudalismo*.

Este triste panorama no debe obnubilarnos depresivamente e impedirnos ver con claridad el fenómeno a la luz del curso histórico del vaivén milenario de *punitivismo y contrapunitivismo*. Desde esa perspectiva temporal y aplicando la regla que siempre se ha cumplido, el avance del punitivismo importa un reforzamiento de los privilegios de minorías en riesgo que se van volviendo intolerables.

Siempre los privilegiados, cuando vieron amenazadas sus posiciones, apelaron al punitivismo. El rebrote brutal de las últimas décadas es un signo de que el *financierismo* se siente amenazado y, además, aunque lo niegue, sus más inteligentes defensores caen en la cuenta de su falta de futuro, sólo que lo consideran aún muy lejano, pese a que los acontecimientos se precipitan por momentos.

El *contrapunitivismo* y el consiguiente reclamo de una vuelta al derecho penal liberal y de garantías es sumamente disfuncional a las categorías privilegiadas en el mundo globalizado y, con toda razón, al igual que los nobles, los señores feudales y el clero del siglo XVIII, lo consideran un peligro para sus posiciones.

El estado reducido a su mínima expresión, con la sola consigna de garantizar la libertad contractual irrestricta para las corporaciones y la represión de disidentes y excluidos, adecuado a un modelo de sociedad con un treinta por ciento de incluidos y el resto contenido por el miedo, es un proyecto cada día más inviable frente a los reclamos masivos y a las consecuencias genocidas del modelo. La inviabilidad de un modelo irrealizable o sin futuro preocupa a las corporaciones y a sus burócratas y la única solución que tienen a la mano es el brote de punitivismo crecientemente descarado, confeso y premoderno.

Todo esto nos muestra que estamos en las puertas de un cambio, como siempre ha sucedido en coyunturas análogas. Sólo que la historia no se repite nunca, porque hay nuevas circunstancias y en este caso no son tranquilizadoras.

El potencial técnico de creación de realidad mediática y de información y de destrucción material y humana, crece en proporción geométrica y pone en manos de los privilegiados medios de aniquilamiento que pueden llegar a límites jamás conocidos, al tiempo que la explotación descontrolada de la capa superior y más sensible del planeta, sumado al daño ecológico de las guerras provocadas, puede poner en riesgo la propia supervivencia de la especie humana, lo que está lejos de ser un alarmismo gratuito, como lo pretenden las corporaciones que siguen contaminando y obstaculizan cualquier medida internacional que detenga o lentifique el proceso.

Estas nuevas circunstancias dificultan enormemente en tiempos presentes la tarea – siempre difícil y casi siempre fallida- de cualquier pretendido augur. De cualquier modo, lo objetivo es que nos hallamos ante una confrontación mundial de poderes que en cada región y en cada país se manifiestan con variables locales, a veces muy insignificantes. No obstante, la creación mediática hace que cada país tienda a considerar sus dificultades y confrontaciones como fenómenos locales, cuando en realidad son planetarios.

10. ¿Debemos elegir nuevamente?

Por suerte predomina una *ideología penal* garantista en el ámbito académico, aunque se la trate de burlar por todos los medios, ofreciendo incluso un renovado refugio en lo *técnico y apolítico*²² o desplazando el interés académico hacia lo procesal, para pervertir luego el proceso acusatorio y convertirlo en inquisitorio a través del desequilibrio de la base institucional, mediante una sobredimensión del ministerio público.

No cabe duda acerca de que el penalismo volverá a dividirse, pues no faltarán los iluministas espantados ante la irrupción de los pueblos y otros que prefieran apoltronarse en los

²²²² Cabe destacar que esta fue la actitud de la mayoría de los penalistas alemanes durante el nazismo, lo que luego reivindicaron celebrando que es este modo no habían caído en *la politización* del derecho penal, actitud que sólo le atribuían a la *escuela de Kiel*, mientras ellos habían puesto todo su arsenal teórico al servicio de la más funcional interpretación de la legislación penal nazista (cfr. Senfft, *Richter und Andere Bürger*, 1988; Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2011; Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975).

sillones de terciopelo, y tampoco faltarán como en el siglo XVIII, quienes se sumen a los pueblos. Si bien no se reiterará la historia, no por eso dejará de cumplirse la misma regla.

Por cierto que ambas decisiones serán también actitudes personales. En lo ideológico pocos son los que legitiman desde la doctrina penal la vuelta descarada al preiluminismo, porque por fortuna el Iluminismo sigue vivo entre nosotros, al menos como fuente de mala conciencia, pero de todos modos llegará el momento en que sea menester adoptar alguna de las opciones como actitudes personales y, nuevamente, esto será difícil, quizá más que en el siglo XVIII, porque ambas implican serios riesgos.

En efecto, la historia nos enseña que quedarse en el sillón de terciopelo puede acarrear la guillotina, en tanto que salir a arengar puede terminar en fusilamiento o puñaladas en la bañera. En nuestro tiempo esto es más complicado, porque los antibióticos han hecho curable la tuberculosis.