

TEORIZANDO AL ENEMIGO

Comentario del libro “El enemigo en el derecho penal” de Raúl Zaffaroni.

Por Matías Bailone¹.



Eugenio Raúl Zaffaroni

Borges dijo en referencia a Swedenborg que “el modo superlativo es una imprudencia, ya que propende menos a la persuasión que a la mera y vana polémica”², sin embargo Jorge Luis Borges nunca rehusó su talante de polemista e inundó de epítetos –merecidos o no- a muchos contemporáneos y predecesores.

Hay superlativos que son irrenunciables, especialmente en la boca de quienes somos tributarios de su pensamiento. De Eugenio Raúl Zaffaroni proclamamos su valía intelectual y su compromiso con el ser humano.

Podríamos pecar de exhaustivos si iniciáramos una larga lista de por qué Zaffaroni es sumamente necesario no sólo para el penalismo latinoamericano sino para toda teorización social que se quiera emprender desde el margen de este continente.

Daniel Erbeta en su laudatio en la ocasión en que a Raúl Zaffaroni lo investían con el doctorado honoris causa en la Universidad de Rosario, decía: “Si hace a

¹ Abogado, Presidente del Ateneo de Ciencias Penales y Criminológicas de Cuyo.
www.iuspenalismo.com.ar // www.homenajeazaffaroni.com.ar

² Borges, Jorge Luis: en prólogo a ‘Mystical Works’ de Emanuel Swedenborg, New York, New Jerusalem Church, s.f.

la esencia universitaria desarrollar la creación de conocimientos de relevancia social y su aplicación a los problemas nacionales y regionales, así como el preservar y educar en la tolerancia y la defensa irrestricta de los derechos humanos, contribuyendo a la paz y propendiendo a que sus conocimientos sean colocados al servicio del pueblo, puede entonces comprenderse el fundamento profundo de encontrar en la trayectoria, desarrollos y compromiso del Prof. Zaffaroni un modelo a seguir para todos los universitarios”³.

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni además de ser el titular del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, es desde el año 2003 Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sus obras traducidas a varios idiomas y publicadas en casi todos los países de América Latina son puntales en la enseñanza de un derecho penal reductor de la maquinaria punitiva: de un derecho penal humanitario.

En los mediados del año 2006 estará próximo a salir simultáneamente en varios países de Iberoamérica, el nuevo libro del Dr. Zaffaroni titulado: “El enemigo en el Derecho Penal”. Podríamos decir que el tema es menos la publicitada teoría del derecho penal del enemigo que un excursus necesario y vital de la presencia del *hostis* romano en el derecho penal y la teoría política.

Desde las primeras líneas del ensayo, Zaffaroni nos advierte que es imposible la incorporación del concepto de ‘enemigo’ en el Derecho Penal, salvo que se pretenda el aniquilamiento del Estado de Derecho y su reemplazo por la versión absolutista y totalitaria del mismo. “La admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) –dice el autor- siempre ha sido, lógicamente e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho”.

Para llegar a esta conclusión, la sapiencia histórica de Raúl Zaffaroni nos sumerge en la historia de las teorías políticas y cómo en ellas siempre estuvo la no-

³ La tesis doctoral de Raúl Zaffaroni y la laudatio de Daniel Erbetta en: Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal”, Ediar, Universidad Nacional del Rosario, 2004, Bs. As., Argentina.

ción romana de *hostis*, al cual había que inocular a través de la segregación o simple eliminación.

De todas las teorizaciones del enemigo que merecen la atención de la pluma zaffaroniana hay dos de obligada mención: la individualización óptica del enemigo en Garófalo y la individualización política del mismo en Schmitt.

Pero donde mayor atención se debe poner a la hora de horrorizarnos por estos engendros teóricos es en la propia ciencia tradicional del derecho penal, donde desde Von Liszt y Stoos se viene receptando las llamadas medidas de seguridad, ocultando su nomenclación de penas pero no su lastimosa esencia.

En el libro, Zaffaroni dice que “la peligrosidad y su ente portador – peligroso- o enemigo ópticamente reconocible, proveniente de la mejor tradición positivista y más precisamente garofaliana, debido a su seguridad individualizadora, tarde o temprano termina en la supresión física de los enemigos. El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración.”

En cambio, en la concepción del enemigo como alguien a quien el soberano así lo señala, se encuentra en estado puro el absolutismo estatal y el Leviatán hobbesiano. Su mentor más descarnado fue Carl Schmitt, a quien Zaffaroni define como el “más penetrante teórico reaccionario del siglo pasado”.

Pero, como bien enseña el Maestro Zaffaroni, no debemos sobrereactuar nuestra indignación hacia estas teorizaciones tan antiliberales cuando desde su carta de ciudadanía como ciencia, el Derecho Penal se ha encargado de crear un sistema binario de penas y medidas de seguridad, donde el enemigo y la negación de la calidad de persona son una constante del sistema penal moderno. Zaffaroni dice, no con poca preocupación, que “el derecho penal no hace otra cosa que admitir que hay personas a las cuales se les aplican encierros de contención según la magnitud de su peligrosidad. Tal conclusión fue admitida expresamente por casi todos los autores tradicionales, sin que, en su momento, un derecho penal preocupado centralmente por la teoría del delito y que descuidaba sus consecuencias punitivas, o sea, que hipertrofia-

ba la teoría del delito y atrofiaba la teoría de la pena, se haya detenido en ello ni haya elevado crítica alguna a este respecto.”

Ya sobre el final del libro menciona el más conocido de los *revival* de ‘derecho penal del enemigo’, la versión del Profesor de Bonn Günther Jakobs, donde se pretende la coexistencia de un compartimento cerrado de ‘derecho penal del enemigo’ paralelamente al ‘derecho penal del ciudadano’ que seguiría delimitado por los principios liberales.

Zaffaroni no es un contradictor más de Jakobs, de hecho reconoce que esta propuesta autoproclamada ‘reductora’ tiene en principio la gran ventaja de la sinceridad absoluta y el acierto semántico de la nomenclatura, lo que obliga a poner sobre el tapete de discusión con toda su crudeza lo que el derecho penal tradicional venía escondiendo detrás de irrisorias teorizaciones y poco inocentes eufemismos: que hay seres humanos que deben ser sometidos a tratamientos diferenciados a causa de su ‘peligrosidad’. De hecho la única crítica que Zaffaroni le hace a Jakobs es la misma que le hizo Schmitt a Hobbes: la de no ser consecuente con su propia teoría. “Schmitt tenía razón –dice Raúl- el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto”. La advertencia de Raúl Zaffaroni es que si introducimos el concepto de enemigo, sentamos las bases para la destrucción del Estado de Derecho, abdicamos de tener la guía meridiana del ideal del Estado de Derecho abstracto.

Zaffaroni es un contradictor de los teóricos del absolutismo y del autoritarismo. Es de especial interés leer lo que Raúl dice del momento histórico que vive América Latina con lo que él llama ‘autoritarismo cool’: retazos de discursos reciclados de la doctrina de la seguridad nacional (ahora ciudadana), que carecen de respaldo académico y se enorgullecen de ello. Dice Raúl que la irracionalidad de los discursos actuales de seguridad ciudadana “es de tal magnitud que su legitimación no puede provenir ni siquiera de groserías míticas, sino que se reduce a puro mensaje publicitario con predominio de imágenes ... su técnica responde a una investigación de mercado, que vende el poder punitivo como una mercancía. En la medida en que se verifica que la promoción emocional de impulsos vindicativos tiene éxito comercial, se la perfecciona.”

Leer a Raúl Zaffaroni es uno de los placeres intelectuales que nos envidian desde las demás ciencias sociales y jurídicas, ser testigo de la genética de este texto fue –en lo personal– una de mis experiencias más sublimes. Creo que ‘El enemigo en el derecho penal’ es un libro fundamental del pensamiento de Zaffaroni y el más importante de las obras críticas que se han hecho sobre los estados de policías que tienden a desbordar los escuálidos estados de derechos reales.

En este nuevo libro de Raúl están todas las víctimas del sistema penal, que ha sido el invento más macrohomicida de la historia. Por sus páginas veremos a quienes siempre fueron inoportunos portadores del mote de enemigos, y de aquellos pensadores que trataron de justificar ese ‘status quo’. Louis Ferdinand Celine había escrito que “la ley es el gran parque de atracciones del dolor ... cuando el pelagatos se deja atrapar por ella, se le oye aún gritar siglos y más siglos después.” El grito de las víctimas de la maquinaria punitiva no es histriónico como el de Munch, sino uno mucho más desgarrador y desesperanzado, es un isócrono y ensordecedor aullido como el que emitían las víctimas del famoso artefacto torturador de Kafka en su cuento ‘*En la colonia penitenciaria*’, donde se le imprimía el delito en el piel del reo.

El libro ‘El enemigo en el derecho penal’ es fruto de las constantes preocupaciones de Raúl Zaffaroni sobre los rumbos que sigue el poder punitivo y las teorizaciones del derecho penal. Hay que leerlo teniendo en cuenta las posturas del propio autor en obras tan fundamentales para las ciencias penales como “En busca de las penas perdidas” (1989)⁴ y “Criminología: aproximación desde un margen” (1988)⁵, donde planteó por primera vez su ‘realismo jurídico penal marginal’. Sin olvidarnos de la teoría agnóstica de la pena que esbozó en su nuevo “Derecho Penal Parte General”⁶.

Matías Bailone

⁴ La primera edición en EDIAR, Argentina.

⁵ La primera edición en TEMIS, Bogotá.

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro: “Derecho Penal Parte General” 1^o edición 2000, EDIAR, Bs. As., hay traducción al portugués y versiones en varios países de América Latina.