

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGIA**

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR
EUGENIO RAUL ZAFFARONI

AREA PROCESAL
MIGUEL A. ALMEYRA

COMITE ACADEMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO

LOLA ANIYAR DE CASTRO

LUIS ARROYO ZAPATERO

DAVID BAIGUN

NILO BATISTA

JORGE DE LA RUA

LUIGI FERRAJOLI

JOSE LUIS GUZMAN DALBORA

JULIO B. J. MAIER

SERGIO MOCCIA

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

ESTEBAN RIGHI

GLADYS ROMERO

NORBERTO SPOLANSKY

JUAREZ TAVAREZ

JOHN VERVAELE

COORDINADORES
MATIAS BAILONE
RODRIGO CODINO

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADEMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDE
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
JAVIER DE LUCA
JULIANA OLIVA

GRACIELA OTANO
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
ALEJANDRO SLOKAR
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
PABLO VEGA
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
ROMINA ZARATE

CON EL AUSPICIO DE
ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.penal@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 969.388

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

	REFORMA LEGISLATIVA
Análisis de la nueva ley penal antiterrorista Por Gabriel Ignacio Anitua	3
Delitos económicos y tributarios. Necesidad de un sistema acusatorio Por Carlos A. Chiara Díaz	16
Los montos relevados por la ley penal tributaria: elementos del tipo objetivo o condiciones objetivas de punibilidad Por Nelson R. Pessoa	18
Modificación del régimen penal tributario y previsional Por Marcelo A. Riquert	24
Incorporación del art. 41 quinquies como nueva agravante genérica en el Código Penal Por Alexis L. Simaz	42

INTERNACIONAL

- Análisis jurídico conceptual del “grupo criminal”
Por **Edgar Iván Colina Ramírez** 49

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

- Interpretaciones jurídicas y sociológicas con respecto al genocidio en Argentina
Por **Daniel Feierstein** 57
- Resistencias en torno a la calificación jurídica de genocidio en el caso argentino
Por **Valeria Thus** 69
- As alternativas às penas e às medidas socioeducativas
Por **Salo de Carvalho y Mariana de Assis Brasil e Weigert** 85

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

- La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos
Por **Ezequiel Malarino** 101
- Cooperación jurídica internacional en materia penal
Por **Diego Martín Solernó** 112

NOTA A FALLO

- El avenimiento y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
Por **Mauricio Cueto** 117
- El avenimiento, errónea aplicación de una ley derogada
Por **Héctor Manchini** 117

JURISPRUDENCIA

- AVENIMIENTO/** Violencia contra la mujer. Víctima de un ataque sexual. Matrimonio celebrado con el imputado con posterioridad a la agresión. Disidencia (Trib. Impugnación Penal, Santa Rosa). *Con nota de Mauricio Cueto y Héctor Manchini* 117

JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Sentencia definitiva en el recurso de casación penal
Por **Jorge Alberto Diegues** 133

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución
Por **Pablo Andrés Vacani** 143

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

NOTA A FALLO

Los derechos políticos de los condenados
Por **Daniel Alberto Sabsay** 153

JURISPRUDENCIA

ACCION DE AMPARO/ Acción de amparo colectivo. Restricción al voto de las personas condenadas (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Daniel Alberto Sabsay* 153

DELITOS ECONÓMICOS

DOCTRINA

Responsabilidad penal por el producto
Por **Ricardo Gutiérrez** 161

La teoría de los aparatos organizados del poder y su posible implementación en el ámbito de responsabilidad penal empresarial
Por **Jorge Paolini** 178

NOTA A FALLO

La convocatoria judicial a prestar declaración indagatoria en un proceso y su idoneidad a los fines de interrumpir la prescripción de la acción penal
Por **Adolfo Calvete** 189

JURISPRUDENCIA

PRESCRIPCIÓN/ Interrupción de la prescripción. Citación a prestar declaración indagatoria. Disidencia (CNPenal Económico). *Con nota de Adolfo Calvete* 189

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

La declaración testimonial de niñas, niños y adolescentes desde la perspectiva del Ministerio Público Fiscal de la Nación

Por **Gabriel González Da Silva** 201

NOTA A FALLO

Proceso de menores, medidas de coerción y derecho a la doble instancia

Por **Jorge Daniel Pirozzo** 219

JURISPRUDENCIA

MENORES/ Garantías del debido proceso. Doble instancia. Recurso de Casación. Doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SC Buenos Aires). *Con nota de Jorge Daniel Pirozzo*

219

CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS

NOTA A FALLO

La probation contravencional

Por **José G. Bongiovanni Servera** 231

El debido proceso en el Régimen Procesal de las Contravenciones

Por **Facundo Maggio** 241

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA/ Extra petita. Infracción de tránsito. Procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Declaración de oficio y en abstracto del último párrafo del art. 45 del Código Contravencional de la CABA (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de José G. Bongiovanni Servera*

231

COMPETENCIA/ Imputado por contravención y por ilícito penal. Proceso por causas separadas (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Facundo Maggio*

241

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral

Por **Gabriel Pérez Barberá y Alejandro Agüero** 249

De Luigi Ferrajoli y la "falacia" del abolicionismo penal. Una aproximación ilógica

Por **Maximiliano Exequiel Postay** 264

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

DOCTRINA

Antecedentes, motivos e influencias del delito de ejercicio ilegal de la medicina

Por **Mauricio Ernesto Macagno**

277

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)

Por **Hans Welzel**

299

BIBLIOGRAFÍA

Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por **Mariano R. La Rosa** y **Aníbal Horacio Rizzi**. Comentario **Enzo Finocchiaro**

309

ACTUALIDAD PENAL

311

Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral (*)

POR GABRIEL PÉREZ BARBERÁ y ALEJANDRO AGÜERO

Sumario: I. Introducción.— II. La función legitimante de la historia.— III. Crisis del modelo estatalista e historiografía crítica del derecho.— IV. Derecho, codificación e igualdad.— V. Contrapunitivismo y neopunitivismo.— VI. El punto de la discusión moral.— VII. Igualdad formal e igualdad material ante la ley. El liberalismo igualitario.— VIII. Otras manifestaciones del liberalismo igualitario en el ámbito penal.— IX. Ponderación final.

I. Introducción

La idea originaria de realizar un panel sobre el tema que intitula esta conferencia surgió a partir de una reflexión conjunta sobre la aparente desconexión con la que operan y se transmiten las disciplinas que llamamos dogmáticas, particularmente el derecho penal, de aquellas que se agrupan en torno a los estudios básicos, más concretamente, en este caso, la historia del derecho.

El tema que nos llevó a focalizar el punto en cuestión tiene que ver con las discusiones que en diversos ámbitos han suscitado las actitudes de quienes, desde el derecho, promueven o critican el enjuiciamiento y castigo de los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. Este tema, que como es notorio ha adquirido una valencia política altamente significativa en el curso de los últimos años, ofrece, a nuestro juicio, una buena

oportunidad para reflexionar en torno a las posibles relaciones entre historia, derecho penal y razonamiento moral.

Aunque resultaría anacrónico hablar en términos históricos de conceptos tan exquisitamente contemporáneos como “neo” o “contra” punitivismo, la primera parte de este trabajo apunta a señalar de qué modo la historia del discurso jurídico ha operado en la conformación de un marco de posibilidad argumental que, paradójicamente, permite al razonamiento jurídico y moral contemporáneo desenvolverse de manera a-histórica. Se procura de este modo poner de manifiesto que bajo esa aparente ahistoricidad se ocultan profundas tensiones sociales y políticas que resultan *generalmente* invisibilizadas en el razonamiento dogmático. Una breve elucidación de este proceso y del papel que la historia del derecho ha jugado en la configuración de esta particular forma de conocimiento jurídico será entonces el primer paso, para retomar luego algunas premisas derivadas de este primer momento y ponerlas en juego en el análisis sobre el tema central que queremos someter a discusión.

II. La función legitimante de la historia

Tradicionalmente la historia del derecho, aunque esto puede ser predicado de la disciplina histórica como actividad académica en general, funcionó como un gran proveedor de legitimación de lo que podemos llamar la construcción del paradigma del Estado-nación y su correlativo orden jurídico liberal. No exageramos si decimos

(*) El presente texto no es más que la reproducción escrita de las conferencias brindadas por los autores con motivo de su participación en el programa de actualización “El derecho en debate: cuestiones jurídicas contemporáneas”, organizado por la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, que tuvo lugar el día 25 de agosto de 2011. Como simple relación escrita, el texto conserva el estilo propio de la presentación oral, incluyendo eventualmente las citas bibliográficas imprescindibles. No constituye por lo tanto una versión definitiva de las investigaciones que sus autores llevan adelante con relación al tema, sino que sólo aspira a brindar al lector un panorama de las cuestiones puestas a debate durante la citada conferencia.

que la historia, como ámbito académico y científico, nace en forma simultánea con el proceso político de construcción de ese complejo cultural que llamamos Estado-nación, con el que llegaría a identificarse incluso la noción misma de orden jurídico (1).

La historiografía política, pero particularmente la jurídica, proporcionaron legitimación a ese proceso mediante dos estrategias discursivas diferenciadas pero convergentes. La primera de ellas consistió en la naturalización de los conceptos institucionales. La indagación histórica desarrollada a partir de la segunda mitad del siglo XIX procedió aislando las estructuras institucionales de su contexto originario, produciendo la imagen de que determinadas construcciones culturales gozan de una existencia estable a través de los siglos y que, en todo caso, sus diversas manifestaciones y cambios obedecen a mutaciones más bien intrínsecas dictadas por su propia lógica de organización, despegando así a los nuevos dispositivos jurídicos de la determinación política y de la carga ideológica que los sostenían.

Valgan como ejemplos más evidentes de este fenómeno de naturalización los argumentos que se desplegaron recientemente con motivo de la ley de matrimonio igualitario por parte de quienes rechazaban la reforma. Sin embargo, hay ejemplos menos resonantes pero mucho más profundos de naturalización en conceptos que rara vez suelen considerarse desde una perspectiva diacrónica de significación. Consideremos, en este sentido, construcciones tan sólidas como el propio concepto de Estado, el concepto de ley, la idea misma de "legislación" como equivalente a orden jurídico, la división de poderes, el concepto de persona o sujeto de derecho, etc. Estos dogmas y conceptos fueron, y siguen siendo en muchos casos, retroproyectados al pasado como si se tratara de aspectos de una ontología que se había mantenido oculta por el primitivismo, la ignorancia o la vocación tiránica de las formas de organización política pretéritas.

Es precisamente en este punto donde entra a jugar la segunda estrategia de legitimación a la que hemos hecho referencia. Se trata de la lec-

tura evolutiva de las expresiones culturales y, en particular, del derecho; esta lectura evolutiva (o teleológica) marcó las investigaciones desde el momento mismo de configuración de la disciplina histórica y sólo ha sido cuestionada seriamente en las últimas décadas del siglo pasado. Así, el discurso historiográfico tradicional coloca a las construcciones institucionales en una línea de tiempo continua, dominada por una perspectiva teleológico-evolutiva en la que cobran relevancia aquellos cambios que, de modo progresivo y ascendente, van acercando las instituciones del pasado al orden de valores del presente (2). De este modo, el presente aparece como un estadio de evolución, en el que los patrones contingentes de racionalidad y de sensibilidad valorativa de un acotado sector de la burguesía europea de finales del siglo XVIII resultan elevados a la categoría de rasgos esenciales de la humanidad, y el proyecto político que surge de ellos se presenta como instancia superadora de expresiones culturales calificadas como primitivismos, barbarismos, etc.

El mejor ejemplo que podemos dar para este caso es el de la tradicional lectura de la evolución del derecho penal, donde conviven en una línea evolutiva fenómenos culturales tan diversos como los medievales juicios de dios, la Inquisición tardomedieval y moderna y el momento racional y emancipador constituido por el surgimiento del derecho penal liberal. Al igual que la primera estrategia señalada, ésta también neutraliza el peso de las tensiones ideológicas que empujan los cambios sociales y las modificaciones en el campo del derecho. En ambos casos se pierden de vista los momentos de ruptura, los desplazamientos semánticos y los cambios paradigmáticos que determinan las condiciones de sentido de las instituciones dentro de su propio contexto. La visión evolutiva deja complacido al lector, que siente el inmenso alivio de haber nacido en el presente, desplazando a un oscuro segundo plano la violencia inherente al nuevo sistema jurídico en el que vive.

Bajo esa aparente continuidad, el presente del historiador impone al pasado sus categorías, sus clasificaciones y sus valores naturalizados, para convertirlo en una suerte de fase primitiva o de

(1) Cf. Garriga, Carlos, Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen, en "Historia y derecho. Historia del derecho", Istor, año IV, nº 16, primavera 2004, ps. 13 y ss.

(2) Sobre esto véase Hespanha, Antonio M., Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio, Taurus, Madrid, 2002.

etapa de preparación para el futuro-presente. Se genera así una imagen actualizante del pasado, en la que sólo resultan relevantes aquellos aspectos que son familiares al ojo del historiador, trivializándose todo lo que no encuentra cabida o no puede ser explicado desde sus propios esquemas conceptuales. Esta narrativa histórica opera silenciosamente sobre el presente, consolidando un imaginario desde el cual el jurista actual se permite asimilar a aquel primitivismo cualquier fenómeno divergente que, desprovisto de su complejidad por esa misma lógica, logra ser presentado como una avería incomprensible, como un retroceso a la oscuridad (3). Esta funcionalidad presente –generalmente inadvertida– del discurso histórico, no resulta en absoluto ajena a su propio desarrollo como campo de saber-poder, puesto que, como hemos dicho, la historia del derecho, desde su origen, se configuró en una relación sinérgica con la propia forma de concebir el modelo jurídico liberal decimonónico, cuya matriz ideológica llega, en buena medida, hasta el presente.

III. Crisis del modelo estatista e historiografía crítica del derecho

La crisis del modelo estatista, o del paradigma de la modernidad, como se lo reconoce también, dio lugar al surgimiento de nuevos modos de pensar el cambio histórico y de comprender las experiencias culturales pasadas. En el ámbito de la historia jurídica, desde las décadas finales del siglo XX, cobró consistencia una corriente caracterizada por el intento de conseguir una comprensión del pasado menos comprometida, en lo posible, con las categorías y valores del presente, más sensible a los momentos de ruptura y no condicionada –también en lo posible– por la perspectiva teleológica o evolutiva que había

(3) Considérese, a título de ejemplo, la siguiente afirmación que atañe directamente al tema central que aquí nos ocupa: "Afirmar esto de un modo tan categórico y sin tolerancia por soluciones sustitutivas de lo punitivo equivale a *refundar un derecho penal medieval y contraillustrado ya superado por la humanidad hace mucho tiempo*. Por ello, en materia penal, se puede decir que la jurisprudencia actual de la Corte IDH *atrás a unos 200 años*" (Pastor, Daniel, La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, en "Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale" II [2006], disponible en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/pastor.htm>; publicado también en "Nueva doctrina penal" 2005/A, Del Puerto, Buenos Aires, ps. 73 y ss.; cursivas agregadas).

estado en la matriz epistémica de la historiografía liberal. El resultado de estos nuevos enfoques ha generado una profunda revisión de los consensos historiográficos, dando lugar a una alteración de la imagen del pasado que, en forma especular, afecta también la imagen del presente. La distancia antropológica que debe mediar, según los nuevos postulados, entre el historiador y su objeto, favorece también una actitud similar entre el jurista y su orden presente. De este modo, la crítica del pasado estimula un posicionamiento crítico hacia el presente.

La lectura de las fuentes históricas más atenta a la alteridad del contexto de significación en el que fueron producidas, promovida por la historia crítica del derecho, rompió la familiaridad dogmática con la que los historiadores y juristas del presente dialogaban con las fuentes del pasado, y obligó a reconstruir lógicas de sentido y toda una gramática institucional que resultan casi por completo ajenas al lenguaje jurídico contemporáneo. Al mismo tiempo, develado el proceso de naturalización y advertidos los juristas de los condicionamientos derivados de la perspectiva evolutivo-teleológica, los dogmas jurídicos del presente aparecen desnudos en su radical contingencia histórica. De esta forma, la crítica a la historia continuista y teleológica incide en la propia representación del presente, poniendo en evidencia el carácter ilusorio de la atemporalidad de los dogmas jurídicos contemporáneos. Éstos, al igual que aquellos que una vez dominaron en el pasado, son fruto de posicionamientos ideológicos, de condiciones estructurales y de contingencias históricas (4).

La reflexión en torno al modo de hacer historia del derecho se acerca entonces, en este punto, a la reflexión sobre el modo en que los dogmas del presente fueron construidos, es decir, el modo en el que un proyecto político logró catalizar fuerzas culturales, complejos ideológicos y tensiones estructurales divergentes para imponer una peculiar estructura organizativa y una determinada voluntad política traducida en una manera de concebir, expresar y estudiar el derecho (5). Todos estos elementos pueden conjugarse ejemplarmente en la historia del gran cambio de paradigma que im-

(4) Hespanha, op. cit. (nota 2), ps. 34 y s.

(5) Sobre las claves jurídicas de ese proyecto político cf. Costa, Pietro, *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè, Milano, 1974.

plicó el tránsito de lo que desde la revolución francesa se ha dado en llamar el Antiguo Régimen, al orden jurídico del Estado liberal decimonónico.

Herederos como somos de la principal matriz cultural que movilizó esa transformación –la Ilustración–, nos resulta incómodo y hasta chocante para con nuestros propios valores analizar con alguna distancia la carga ideológica y la violencia inherente a la imposición del nuevo paradigma. Sin embargo, reflexionar sobre estos puntos no significa cuestionar el papel axiológico que aún hoy desempeñan determinados constructos jurídicos. No se trata de impugnar el valor de los dogmas emergentes de aquel contexto, como el principio de legalidad, el de igualdad ante la ley, el de no retroactividad de la ley, etc. Se trata tan sólo de mostrar que estas emergencias no fueron un resultado aséptico de la razón, ni producto del descubrimiento de verdades eternas, y de advertir que no agotamos la explicación de su emergencia al considerarlas exclusivamente –y repárese en que decimos exclusivamente– como conquistas emancipadoras frente a la tiranía.

IV. Derecho, codificación e igualdad

Un caso paradigmático de este cambio de perspectiva historiográfica que, a su vez, nos acerca al punto central que queremos debatir, es el de la historia de la codificación. En ella convergen buena parte de los elementos que entraron en juego en aquel proceso de transición que acompañó la emergencia de los dogmas jurídicos contemporáneos.

El proceso de codificación decimonónico fue tradicionalmente presentado como un caso de innovación en la técnica jurídica, como un paso impulsado por la razón que nos habría llevado de un escenario dominado por la confusión acumulativa de una normatividad plurisecular y opresiva, a otro regido por un derecho simple, claro y conciso, orientado por la autonomía de la voluntad y la igualdad ante la ley. Este relato tradicional no repara en el hecho de que esa innovación técnica fue un epifenómeno de un proceso simultáneo de construcción de una nueva forma de poder que implicó, entre otras cosas, el despliegue de una política de homogeneización de sujetos y territorios en orden a la consecución de una nueva sociedad fundada en el mercado. Difícilmente puede explicarse este nuevo complejo cultural

sin atender al paralelo desarrollo de la revolución industrial y su producción serial de mercaderías, llamadas a ser distribuidas por un espacio vacío de aduanas o fronteras interiores –el espacio del nuevo Estado-nación– y destinadas a unos sujetos igualmente homogenizados y dispuestos en sus diversos roles de productores y consumidores.

Se tuvo que dar una particular convergencia de intereses para que este programa triunfara: por un lado, la necesidad de refundar la autoridad política, por medio de un esquema de representación que permitiese monopolizar la producción jurídica a través del principio de legalidad: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda” implicaba que “sólo manda el que hace la ley”, y éste, a su vez, en el contexto en que ese axioma fue acuñado, era el tercer Estado convertido en Asamblea Nacional de Francia. Representación política y legalidad se tocan así en la definición misma que la revolución francesa dio a la noción de ley: expresión de la voluntad general. Por detrás de la vocación garantista del postulado de la legalidad estaba en juego, históricamente, el monopolio de la autoridad y el consecuente desconocimiento de los múltiples centros de potestad normativa, locales y consuetudinarios, que componían el complejo mosaico de poder del antiguo régimen (6). Triunfante el principio de legalidad, monopolizada la producción normativa, pudo olvidarse ya el fundamento democrático que se hallaba en su origen, como lo demostró la experiencia napoleónica. Por otro lado, incidieron los intereses movilizados por la naciente “economía política”, para la cual “la unificación del derecho se presentaba como la última medida que había que llevar a efecto para que el territorio nacional, ya unificado a nivel económico con la abolición de las aduanas internas y con la proclamación de principios constitucionales que sancionaban la movilidad de las personas y de las mercaderías, ahora pudiesen finalmente comenzar a funcionar como mercado...” (7).

En la construcción de esa nueva sociedad, la igualdad formal se convirtió en un ingrediente esencial que posibilitaba la unificación del espacio por medio de la disolución de los estamentos y

(6) Cf. Bovino, Alberto, *Contra la legalidad*, en “No hay derecho”, Buenos Aires, 1992, nº 8, punto III.

(7) Caroni, Pío, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 27.

cuerpos intermedios, al tiempo que neutralizaba, o invisibilizaba, las desigualdades que, aún persistiendo de manera flagrante, pasaron a ser “jurídicamente” irrelevantes (8). Dicha operación cultural se realizó mediante un proceso de abstracción que generalizó una determinada subjetividad jurídica, conformada sobre la base de una noción de “sujeto único de derecho”, despojado de todo predicado que no fuera relevante para el nuevo juego social fundado en otra gran abstracción: la autonomía individual. Construida sobre el arquetipo del burgués europeo de finales del siglo XVIII, la imagen de un sujeto único de derecho se proyectó como clave para la nueva organización jurídica de la sociedad (9).

La “generalización de la subjetividad jurídica”, fue, al decir Pío Caroni, “una jugada fundamental y, al mismo tiempo, emblemática” del proceso codificador: con ella, sostiene el citado historiador, “millones de individuos, a los cuales la supresión de las estructuras sociales asociacionistas del Ancien Régime había sustraído ahora toda posibilidad de identificación social y que, en este sentido, estaban extrañados y desorganizados, se convirtieron, de repente, en actores de un juego que les trascendía, posibles destinatarios de derechos y obligaciones, potenciales titulares de relaciones jurídicas... Generalizar la capacidad jurídica significaba también *obligar a todos a participar* en el juego salvaje de la competencia... La concesión de la capacidad jurídica ya no permitía ahora al jugador inexperto, poco diestro o también sólo sin resistencia, ser espectador y sustraerse de esta manera a la presión del jugador más fuerte, más astuto, más experimentado; pues lo constriñe a presentarse al inicio del juego como sujeto más débil y, por lo tanto, fácilmente explotable” (10). De este modo, el código vino a regular una sociedad que era consciente de las desigualdades, pero que sólo hacía referencias a ellas de modo

implícito, “generalmente para confirmarlas y explotarlas, excepcionalmente para combatir las o mitigarlas” (11).

De esta manera, lo que hasta hace poco se nos representaba como una innovación técnica, se nos muestra ahora como el reflejo de un programa político que, a partir de las teorías formalistas de la igualdad ante la ley, contribuyó a convertir las diferencias en predicados irrelevantes para el nuevo lenguaje jurídico. Advertidos de los espejismos igualitarios generados por ese nuevo lenguaje jurídico, los historiadores del derecho debieron aprender a reinterpretar los textos decimonónicos para comprender que allí donde se decía “todos” debía leerse “algunos”; a saber: varones, blancos, cristianos, propietarios. Pensemos, como ejemplo de esto último, que el mayor genocidio étnico que tuvo lugar en nuestro país ocurrió bajo una Constitución que auspiciaba los beneficios de la libertad para “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

La historia jurídica de los siglos XIX y XX en Occidente es en buena medida la historia de las frustraciones, ajustes y desajustes de aquel programa político. Analizar ahora este derrotero nos llevaría demasiado lejos. Pero digamos, al menos, que la ilusoria proyección de una uniformidad basada en categorías atemporales ha resultado seriamente cuestionada por la emergencia de condiciones que han cobrado nueva relevancia en el lenguaje jurídico, como la pertenencia cultural o la condición de género, al tiempo que otras que parecían gozar de un estatus de naturaleza indisponible han comenzado a disolverse, como la noción de matrimonio heterosexual. ¿En qué medida esta nueva sensibilidad hacia las diferencias puede ser recogida como premisa para el análisis dogmático-penal y para la calificación moral de quienes reclaman la vía penal como medio para castigar los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar en Argentina? Llegamos así a la cuestión principal que queremos debatir aquí.

V. Contrapunitivismo y neopunitivismo

La discusión central entre aquellos que defienden la punición, hoy, de los delitos de lesa humanidad cometidos en nuestro país hace más de

(8) Desde otros marcos teóricos también se ha destacado la diferencia entre “igualdad formal” y (en ese caso) “desigualdad sustancial”: cf. por ejemplo Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 8ª edic., Siglo XXI, México-Buenos Aires, 2004, ps. 165 y ss.

(9) Cf. Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976; cf. también, del mismo, *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

(10) Caroni, op. cit. (nota 7), ps. 49 y s.

(11) *Ibid.*, p. 44.

treinta años, y aquellos que la objetan es, en efecto, una discusión de naturaleza moral, pues en ella de lo que se trata, en definitiva, es de dar razones para determinar si son *correctos*, o no, una serie de cambios normativos que habrían tenido lugar en los últimos años en el nivel constitucional. Con esto no queremos decir que sea indiscutible que esos cambios normativos se hayan producido (sobre esto algo agregamos más adelante), sino antes bien enfatizar que los argumentos más penetrantes utilizados por quienes objetan esa persecución penal plantean, al menos como hipótesis o como presupuesto, que sí se han producido, y pretenden, no obstante ese reconocimiento, cuestionarlos en su corrección moral, aunque no lo planteen de ese modo. En ese intento, uno de los principales puntos de apoyo para tal enjuiciamiento moral es una forma de presentación de las ideas de la Ilustración que, en términos historiográficos, bien se adecua a la metodología teleológico-evolutiva que hemos presentado e impugnado en los párrafos anteriores (12).

Uno de los discursos críticos contra la punición de los crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina a partir del golpe de Estado de 1976 (y el único que, por su seriedad y profundidad teórica, consideramos interesante analizar aquí) se apoya en un planteamiento más general, conforme al cual objeta, en rigor, cualquier norma o práctica que importe aumentar el poder penal del Estado. Desde esa corriente de opinión se ha denominado “neopunitivismo” a los intentos más actuales de incrementar ese poder estatal (13). Sería correcto, entonces, identificar a este discurso como “contrapunitivista”. Entre quienes lo articulan pueden hallarse, por cierto, meros oportunistas que simplemente pretenden defender, coyunturalmente, una determinada posición sectorial. A éstos los llamaremos “contrapunitivistas cínicos”, y no merecerán en este trabajo más que esta mera mención con intención contextualizadora. Sí nos interesa, en cambio, el discurso que podríamos denominar “contrapunitivista genuino”, que auténticamente se fundamenta en las máximas de una determinada versión del derecho penal liberal, provenientes, en lo fundamental, del período de la Ilustración.

Cuando decimos “auténticamente” queremos expresar que esa identificación liberal es, precisa-

mente, genuina: los contrapunitivistas genuinos sostienen el credo de la Ilustración identificándose con él seriamente. Así, cuando observan lo que hoy sucede con la punición de delitos de lesa humanidad cometidos hace treinta años, se oponen a ello con la misma convicción con que lo hacen cuando critican el aumento de punición en el ámbito del derecho penal común. Es decir: a ambas situaciones las visualizan como un embate evidente e igualmente reprochable (moralmente reprochable) a la única forma de derecho penal que están dispuestos a tolerar, que sería un derecho penal de estricta ultima ratio o derecho penal de mínima intervención. De allí que esta visión, por la absoluta generalización de su negativa a aceptar mayor poder penal en el Estado, puede ser clasificada como “contrapunitivista fuerte”. Este discurso, ciertamente, no es cínico, pero, conforme al marco teórico que hemos precisado más arriba, tenemos la esperanza de poder demostrar que, planteado en ese nivel de radicalidad, resulta al menos ingenuo.

No obstante lo que acabamos de señalar, corresponde reconocer que el surgimiento del contrapunitivismo fuerte en Argentina (14) puede ser explicado por lo igualmente fuerte que es el discurso al

(14) Adhieren a él algunos de nuestros penalistas más prestigiosos. Así, por ejemplo –además de Pastor en las obras de él que aquí se citan, y sin perjuicio de las diferencias de matices entre las concepciones de cada uno–, véase Maier, Julio, ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?, en “¿Más Derecho?”, n° 1, 2001, ps. 267 y ss.; Sarrabayrouse, Eugenio, El caso ‘Arancibia Clavel’. El paso del tiempo, los delitos imprescriptibles y la indeterminación de la acusación. ¿Los temores se hicieron realidad?, en Pastor, Daniel (director), El sistema penal de las sentencias recientes de la Corte Suprema, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 409 y ss.; Malarino, Ezequiel, La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón, en revista electrónica “El Dial”, 14/09/2009; el mismo, Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en AA.VV., Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2010, ps. 25 y ss. Es precisamente el prestigio y la penetrante capacidad crítica de estos autores lo que nos ha motivado a intentar una respuesta argumentalmente seria a sus puntos de vista, que no se quede en la mera diatriba ideológica, como con toda razón lo reclama Malarino, Ezequiel, en Activismo judicial..., cit. (en esta nota), ps. 42 y ss.

(12) Véase por ejemplo la cita de la nota a pie n° 3.

(13) Cf. Pastor, op. cit. (nota 3).

que se opone. El contrapunitivismo fuerte no debe ser caracterizado solamente como un intento de interponer frenos al poder facultativo del Estado en materia penal: lo que quiere denunciar ante todo es lo irracional que resulta, a su juicio, que jurisprudencialmente se imponga al legislador –e incluso a la misma jurisdicción– el ejercicio de poder penal, es decir: que la persecución penal (15) se exija como *obligatoria*. Esta es, comprensiblemente, la consecuencia más intolerable para un contrapunitivista fuerte. Y en nuestro país es –hasta ahora– en la persecución penal de los delitos de lesa humanidad cometidos por la última dictadura militar en donde puede observarse con mayor nitidez esa consecuencia.

En Europa, en cambio, este fenómeno de “obligación de persecución penal suficiente” (en Alemania encuadrable en la exigencia conocida como “*Untermassverbot*” (16) esto es, como prohibición de tutela –en este caso penal– insuficiente) puede observarse en los más diversos ámbitos, como por ejemplo en relación con los delitos sexuales y con la prohibición del aborto. En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido por ejemplo que, para tutelar eficientemente la integridad sexual de las personas, no bastan las soluciones meramente reparatorias: es necesario, además, el castigo penal (17) y lo mismo para el derecho a la vida: en Alemania, la máxima judicatura constitucional afirma que su protección eficiente no se satisface con meras medidas estatales positivas, sino que, además, es necesario prohibir de la manera más enérgica, esto es, con castigo penal, cualquier manifestación contraria a él (18). En Argentina, por contraste, el único atisbo de obligación de persecución penal –y de persecución penal suficiente– ha venido de la mano de la jurisprudencia de la Corte Inter-

americana de Derechos Humanos en materia de graves violaciones a esos derechos, se trate o no, técnicamente, de delitos de lesa humanidad (19). Esta es, a nuestro juicio, la razón por la cual, en nuestro país, el discurso contrapunitivista genuino y fuerte ha quedado hoy contrapuesto, fundamentalmente, con el discurso favorable a la punición de los delitos de lesa humanidad cometidos hace más de treinta años, y no tanto ya con la aplicación de más poder punitivo en el ámbito del derecho penal común: respecto de esto último nadie ha reclamado, hasta ahora, una obligación de persecución penal, en los términos indicados.

Todos los posicionamientos relativos al problema de la persecución penal de esos delitos de lesa humanidad en Argentina pretenden llevar razón moral, es decir: cada uno de ellos está convencido de que su punto de vista es el moralmente correcto. Ninguno de ellos, sin embargo, se ha esforzado demasiado por demostrarlo con razones morales, que por lo general se dan por sobreentendidas. Ahora bien, ¿cuáles son esos puntos de vista? No es tan sencillo identificarlos con toda precisión. No obstante, a los efectos de ir esbozando nuestra toma de postura podríamos decir lo siguiente. Si una de esas posiciones reza “ninguna obligación de persecución penal suficiente es moralmente correcta” (tesis del contrapunitivismo fuerte), y la otra reza “toda obligación de persecución penal suficiente es moralmente correcta”, nosotros diremos que ninguna de las dos lleva razón moral. Si, en cambio, una de esas posiciones dice “ninguna obligación de persecución penal suficiente es moralmente correcta” (otra vez: tesis del contrapunitivismo fuerte), y la otra, por su parte, que “alguna obligación de persecución penal suficiente es moralmente correcta”, nosotros diremos que la segunda es moralmente aprobable, y que la primera

(15) Hablamos aquí –y en todo este trabajo– de persecución penal en sentido amplio, esto es, entendida como ejercicio del poder penal estatal, tanto sustantivo como procesal, tanto legislativo como judicial, y no como sinónimo de “proceso penal”.

(16) Sobre *Untermassverbot* cf., entre muchos, Pieroth, Bodo, Schlink, Bernhard, Grundrechte. Staatsrecht II, 27ª edic., C. F. Müller, Heidelberg, 2011, nm. 308 y ss., ps. 71 y ss.

(17) Cf. TEDH, causa “X e Y c. Holanda” (res. n.º 8978/80), sentencia del 26/03/1985.

(18) Como por ejemplo un aborto: cf. BVerfGE (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán), t. 88 (1993), ps. 203 y ss.

(19) La Corte IDH obligó a la utilización de persecución penal, por ejemplo, en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/09/2006, en el que se trataba de delitos de lesa humanidad en sentido técnico, esto es, tal como vienen definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma); en el caso “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)”, sentencia del 14/03/2001, por su parte, la obligación de persecución penal tuvo por objeto un supuesto encuadrable ciertamente como una gravísima violación a los derechos humanos, pero no como delito de lesa humanidad; y en el caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18/09/2003, la obligación de persecución penal fue consagrada en relación con un caso de criminalidad estatal grave, pero técnicamente un delito común.

no lo es. En ambos casos, como se ve, nos oponemos a la tesis del contrapunitivismo fuerte. Nuestro punto de vista, entonces, puede resumirse así: no es moralmente plausible sostener que debe regir en forma generalizada una obligación de tutela penal, pero sí lo es aceptar que ella debe regir para algún caso (en rigor: para un único caso).

VI. El punto de la discusión moral

Hemos dicho que estamos frente a una típica discusión moral, y ello es así porque, para decirlo en términos del llamado “equilibrio reflexivo” de Rawls (20) lo que aquí tenemos es una confrontación entre una convicción moral intuitiva firme y un principio moral general: de la discusión surgirá si lo que corresponde es modificar el principio general o abandonar la intuición, en función de cuál de ambos resulte más plausible.

Corresponde entonces explicitar la intuición moral básica de la que partimos, que por ser nada más que una intuición es, forzosamente, muy general: si por punitivismo (o neopunitivismo) se entiende la decisión de aplicar más derecho penal, no puede ser lo mismo, en términos de corrección moral, el punitivismo en el ámbito del derecho penal común que el punitivismo aplicado en la persecución de delitos de lesa humanidad (en sentido técnico). Para ser más precisos: en la actualidad, más punición en el ámbito de la criminalidad común nos parece moralmente inadmisibles; más punición en el ámbito de la persecución de los delitos de lesa humanidad, en cambio, nos parece moralmente admisible, y *no nos parece* –contra lo que opinaría al respecto el contrapunitivismo fuerte– que sea moralmente inconsistente tener a ambas proposiciones como correctas. Por supuesto que una cosa es que esté moralmente justificada la decisión de hacer uso de la facultad de aplicar más derecho penal en un determinado ámbito, y otra es que lo que esté justificado sea la *obligación* de aplicar más derecho penal. Pero esto último –al menos respecto de un *ámbito*– no es el punto de partida de nuestra intuición, sino, en rigor, su punto de llegada. A él arribaremos enseguida, en función de la presente argumentación.

Ahora lo que debemos hacer es explicitar el principio (moral) general al que nuestra intuición

(20) Cf. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 4ª reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 32.

se enfrenta. Ese principio general se nutre ideológicamente del llamado liberalismo conservador (21) y en el ámbito jurídico-penal es presentado por sus partidarios como *principio del derecho penal liberal*. A continuación lo describiremos tal como él es entendido por la mayoría de los penalistas. Conforme a esa concepción, moralmente se es liberal en tanto se respeten determinadas exigencias éticas, y se es un penalista liberal en la medida en que se respeten determinadas exigencias jurídicas. Podría decirse que son tres las exigencias jurídicas más importantes que se derivan de *este* principio del derecho penal liberal. La primera de ellas es la de *legalidad* estricta, y al respecto no es necesario extenderse aquí. La segunda es la exigencia de *igualdad* estricta, que se infiere a su vez de la primera, pues en tanto haya ley todos quedan sometidos a ella por igual: lo que iguala es la ley, y en particular la ley *codificada*, que por sus características –explicitadas al comienzo de este trabajo– garantiza al máximo tanto la sujeción a la ley del castigo penal como la igualdad de trato a todos los destinatarios de la ley. De allí que la fórmula sea “igualdad ante la ley”. Y la tercera exigencia es la de mínima intervención penal, esto es, de intervención estrictamente subsidiaria (*ultima ratio*) y limitada a la tutela de muy escasos bienes, particularmente aquellos que resultan absolutamente indispensables para la organización social actual (vida, integridad física, propiedad y libertad, básicamente, tal como lo propone la denominada escuela penal de Frankfurt) (22). Las tres exigencias, por su generalidad, son también principios, por lo que podemos hablar de principio de legalidad, principio de igualdad (ante la ley) y principio de ultima ratio.

Conforme al principio del derecho penal liberal así entendido, por tanto, es ciertamente inaceptable una obligación general de tutela penal, porque ello iría en contra del principio de *ultima ratio*. Pero también es inadmisibles una obligación *parcial* de tutela penal (esto es: limitada a determinados ámbitos, o incluso a un ámbito), porque ello sería contrario al principio de igualdad ante

(21) Así lo denomina Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2ª edic., Astrea, Buenos Aires, 1989, ps. 305 y ss.

(22) Cf. Sarrabayrouse, Eugenio, *Frankfurt y sus dos escuelas: un estudio comparativo de la escuela penal y la filosófica*, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 925 y ss.

la ley: no se respetaría ese principio –tal como lo entiende esta versión del derecho penal liberal– si rigiera una obligación de persecución penal sólo respecto de algunos, y no de todos. Fuera de ello, ya el principio de legalidad impediría cualquier intento jurisdiccional de establecer *obligaciones* de tutela penal. Pues, para esta visión, la decisión respecto a qué debe ser objeto de tutela penal depende exclusivamente de la *facultad* (o de la discrecionalidad) del legislador (23).

Regresemos ahora a nuestra intuición de partida. Nos parece claro que en su base se encuentra implícita, como es fácil advertirlo, nuestra creencia de que este principio del derecho penal liberal, tal como ha sido aquí descrito, es en parte *correcto* (moralmente): si no fuera así, no estaríamos de acuerdo con que es moralmente inadmisibles aplicar más derecho penal en todos los ámbitos, en particular en el de la criminalidad común. Pero también está implícita nuestra creencia de que ese principio del derecho penal liberal es en parte *incorrecto* (moralmente), pues de lo contrario no podríamos considerar moralmente admisible una obligación de persecución penal suficiente para determinados casos. De estas dos creencias se sigue a su vez que nuestro principal desacuerdo con esta concepción del principio del derecho penal liberal pasa fundamentalmente por cómo éste entiende al principio de igualdad, en particular al de igualdad ante la ley, y no tanto por lo que atañe a su convicción en torno al mandato de *ultima ratio*.

VII. Igualdad formal e igualdad material ante la ley. El liberalismo igualitario

¿Qué ha significado, socialmente, la llamada igualdad ante la ley? Tal como lo mostramos en los acápites iniciales de este artículo, la historiografía crítica ha permitido observar que la historia de la igualdad ante la ley está directamente ligada a la historia de la codificación. Hoy existe una suerte de renacimiento del panegírico de la codificación como clave para resguardar al derecho penal liberal (24). Y ese renacimiento es, a nuestro

juicio, merecedor de los mismos elogios y de las mismas críticas que el surgimiento originario de la codificación. Muy sintéticamente, puede decirse que, en la actualidad, el rendimiento más plausible de la codificación tiene que ver con que puede lograr poner un límite a la expansión *irracional* del derecho penal (25). La profusión de leyes “fuera de código” ha contribuido, sin dudas, a esa expansión irracional. Pero su efecto menos laudable, hoy como ayer, es el de invisibilizar desigualdades ostensibles, a través de la técnica que le es propia.

Ya se dijo que una de esas técnicas es la de la implantación del *sujeto único*, precisamente a través de la llamada “ideología igualitaria” (26) (formal). Dado que un código exige simplicidad, él sólo es posible mediante unicidad del sujeto jurídico. Con palabras de Tarello: “El código penal se estructuró sobre el sujeto único: no más diferencias subjetivas del punto de vista del agente o del punto de vista de la víctima... Las diferencias que persisten –y son muchas– se deslizan en los predicados bajo la forma de atenuantes y agravantes” (27). Se trata, como se puede advertir, del mismo tipo de operación que Caroni ha descrito, con respecto a la codificación civil, como “violencia de la abstracción” (28). El discurso de la codificación se impone en adelante como fruto natural de la razón, jugando así, a su favor, lo que el historiador Antonio Hespanha ha graficado, para otro contexto, como “la dulce violencia de la razón jurídica” (29). Como hemos dicho antes, la codificación fue el reflejo empírico de las teorías formalistas de la igualdad ante la ley, y contribuyó así al proceso de presentar como irrelevantes a las diferencias.

y otros (comps.), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milán, 1996, ps. 81 y s., donde alude por primera vez a la expresión “reserva de código”; Pastor, Daniel, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

(25) Cf. al respecto Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2001, p. 21.

(26) Tarello, *Cultura jurídica...*, cit. (nota 9), p. 50.

(27) *Ibid.*, p. 51.

(28) Caroni, *op. cit.* (nota 7), ps. 45 y s.

(29) Hespanha, Antonio M., *Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica*, en Hespanha, Antonio M., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 17 y ss.

(23) Cf. Malarino, *Activismo judicial...*, cit. (nota 14), p. 41; Viganò, Francesco, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, en *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Milan, 2011, ps. 2648 y s.

(24) Cf. por ejemplo Ferrajoli, Luigi, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, en Bruti Liberati, Edmondo

No negamos que con estas citas buscamos deliberadamente desacralizar al discurso proco-dificador de la actualidad en el aspecto en el que consideramos que él debe ser desacralizado: el relacionado con la invisibilización de diferencias relevantes y ostensibles que esta comprensión de la igualdad ante la ley trae consigo. Pero lo más importante no es eso, sino poner de relieve que en tanto el discurso moral “es una *práctica social* y como tal es históricamente contingente” (30) (y lo mismo vale para el derecho), no parece legítimo, en una discusión moral (e incluso en una discusión jurídica), desentenderse del contexto social e histórico en el que ella se da. Sobre todo si se tiene en cuenta que, para decirlo otra vez con Nino, “tanto el derecho como la moral cumplen, mal o bien, las funciones de reducir los conflictos entre los individuos y facilitar la cooperación social” (31).

Es obvio que las referencias históricas que acabamos de resumir no son las que nutren al principio del derecho penal liberal ideológicamente conservador. Pero no menos cierto es que a este último se lo fundamenta *siempre* a partir de un relato histórico (el que narra la versión más conocida, entre los juristas, del proceso iluminista o de la Ilustración). Así, por ejemplo, conforme a esa narración histórica tradicional se dice: “Los denominados derechos humanos... surgieron, como es sabido por todos, para poner límites reglados al poder estatal... Con el Renacimiento aparece el racionalismo y se empieza a esbozar la Ilustración... A la libertad de religión correspondía también la libertad de la ciencia. Y la ciencia jurídica libre de preconceptos, revelaciones, magia y autoridades metafísicas e inspirada únicamente por el método racionalista redescubrió el derecho natural como instrumento, a partir del reconocimiento de la igualdad natural de todos los seres humanos, para formular todos los derechos fundamentales e imponerlos como límite infranqueable a la autoridad del Estado” (32). Ese discurso, por lo tanto, debe aceptar que se le oponga una versión diferente de la historia, y confrontar con ella.

Uno de los núcleos argumentales principales de la postura contrapunitivista fuerte se asienta en

(30) Nino, op. cit. (nota 21), p. 103.

(31) *Ibíd.*, p. 99.

(32) Pastor, op. cit. (nota 3). Podrían citarse muchos otros fragmentos similares, de este y otros autores.

la comprensión del principio de igualdad ante la ley que hemos descripto más arriba, es decir, abstraída allí la idea de igualdad del modo en que los historicistas críticos lo han advertido. Se enfatiza, así, la igualdad que todo imputado en un proceso penal tiene y debe tener ante la ley por el mero hecho de ser imputado, con completa abstracción de sus singularidades. En esta línea, se ha llegado a proponer “un *principio de anonimato*, que se refleje en la práctica de evaluar los casos sin atender a la identidad de los involucrados, para evitar las usuales distorsiones que se generan por razones emotivas comprensibles pero que no deberían tener peso alguno en la resolución de los problemas jurídico-penales, pues estas distorsiones impiden que el derecho trabaje de un modo neutral e igualitario, es decir, de un modo racional y libre de objeciones” (33). Es decir, se pretende *imponer expresamente* una igualdad formal a partir de la eliminación *consciente* de diferencias reales, que es en esencia lo que caracteriza al liberalismo conservador (34) ¿Puede semejante método ser tenido por racional? La pregunta, aunque lo parezca, no pretende ser retórica, y en consecuencia ensayaremos por ahora una respuesta provisional: depende del contexto.

Para un punto de vista liberal no conservador, o igualitario-material (como el que aquí se pretende defender), no deberían ser demasiados los contextos posibles en los que tenga sentido preguntarse acerca de la plausibilidad moral de la aceptación –en función de la clase de criminalidad que se persigue– de una obligación de persecución penal suficiente. De no ser así, quedarían abiertas preocupantes posibilidades a favor de un “pan-punitivismo”, que es incompatible también con nuestra concepción.

Por lo pronto, la pregunta acerca de la plausibilidad moral de que sea obligatoria la persecución penal no debería siquiera tener sentido en el marco de conflictos meramente interindividuales, que conforman la inmensa mayoría de los casos que llegan a los tribunales (y ello incluye por supuesto a los casos de aborto, delitos sexuales, etc.); en este contexto, una obligación de tutela penal sería moralmente inadmisibles. Quizá sí pueda tener sentido la pregunta acerca de la plausibilidad moral de la

(33) Pastor, op. cit. (nota 3).

(34) Cf. la caracterización que se brinda de esa clase de liberalismo en Nino, op. cit. (nota 21), ps. 305 y ss.

obligación de persecución penal cuando se trata de autores de gran poder económico que atentan de modo grave contra determinados bienes (incluso colectivos, como el medio ambiente) para enriquecerse todavía más, habiéndose organizado entre varios para el logro de ese objetivo, o en los casos graves de criminalidad estatal, como por ejemplo en supuestos de corrupción pública o de graves –pero no sistemáticas– violaciones a los derechos humanos; pero de todas formas también en esos contextos debería dicha pregunta ser respondida categóricamente en forma negativa. En cambio, si se trata de crímenes de lesa humanidad, esto es, cometidos en forma sistemática por un aparato organizado de poder, estatal o análogo a él, contra víctimas individuales u organizadas sólo rudimentariamente, puede que la pregunta acerca de la plausibilidad moral de la obligatoriedad de persecución penal no sólo tenga sentido, sino que, además, deba ser respondida afirmativamente (35) ¿Pero qué es lo que fundamenta estas respuestas, por ahora muy preliminarmente intuitivas? ¿Hay realmente una razón moral que las fundamente? A nuestro modo de ver, sí.

La razón en cuestión puede ser descripta, inicialmente, a través de una especie de fórmula: *sólo es moralmente admisible una obligación de persecución penal suficiente cuando el autor, al momento del hecho, es, en términos absolutos, lo menos vulnerable que se puede pensar, y, en términos relativos, claramente menos vulnerable que la víctima*. Fuera de este extremo muy estrecho, no puede estar moralmente justificada ninguna obligación de punir. Ello, en términos jurídicos, no significa excepcionar el principio de ultima ratio, sino aplicarlo: cuando de lo que se trata es de la obligación de persecución penal, conforme a nuestra posición ella se justifica sólo en un caso (o en una clase de caso) muy acotado. Es evidente, por tanto, que la razón que se acaba de brindar para justificar moralmente una obligación de persecución penal concede un valor moral muy elevado a dicho principio.

Ahora bien, dado que sostener que la persecución penal obligatoria es moralmente plausible

respecto de un caso ha de ser visto por el liberalismo penal conservador por lo menos como una vulneración *prima facie* del principio de igualdad (formal) ante la ley, algo debe decirse para demostrar que el punto de vista que defendemos es admisible en un Estado de derecho liberal. Debe demostrarse, en fin, la compatibilidad de nuestra posición con un punto de vista moral y jurídico-penalmente liberal. En ese sentido, sería de nuestro agrado poder probar que el liberalismo penal conservador ha tenido la habilidad de saber presentarse a sí mismo como la única opción liberal en derecho penal, pero no disponemos aquí de espacio suficiente para ello. Nos contentaremos con mostrar que nuestra tesis es asimilable a la del principio propio del liberalismo moral (materialmente) igualitario (36) y que ese es el principio liberal al que debería adecuarse un derecho penal propio de un Estado de derecho.

La razón moral que hemos propuesto para justificar la obligación de persecución penal únicamente en un contexto muy específico es, en efecto, una manifestación del principio del liberalismo igualitario, el cual se caracteriza por estar dispuesto a *intervenir en un estado de cosas para equilibrar situaciones* de diferencias reales, en aras de asegurar que la expansión de la autonomía de unos no se produzca en detrimento de la autonomía de otros. Como con precisión lo ha descrito Nino (37) el liberalismo igualitario se opone ante todo al rechazo tajante a toda intervención igualitarista material, que es justamente lo que caracteriza al liberalismo conservador. Esa concepción conservadora del liberalismo pretende, así, una distribución “espontánea” de la autonomía, porque, de modo ingenuo, supone que la autonomía “viene parcelada naturalmente” (38). Pero “la autonomía con que cuenta cada individuo... no es un atributo que... sea independiente del grado en que es poseído por otros” (39).

De allí que sea necesario *intervenir para equilibrar*, y que esa intervención no pueda ser calificada de antiliberal. Porque la intervención propia del liberalismo igualitario facilita la realización de las máximas liberales más importantes, en tanto

(35) De esa opinión es, entre otros, De Luca, Javier, Punitivismo y derechos humanos. El caso de Argentina, en “Revista pensamiento penal”, n° 136, edición del 16/12/2011, p. 10, disponible on line en <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/punitivismo-derechos-humanos-caso-argentina>.

(36) Sobre él véase Nino, op. cit. (nota 21), ps. 340 y ss.

(37) *Ibid.*, ps. 344 y ss.

(38) *Ibid.*, p. 343.

(39) *Ibid.*

permite la maximización de la autonomía de cada individuo sin desmedro ni de la autonomía ni de la dignidad de ninguno (40). El liberalismo conservador, en cambio, parte del presupuesto de que existe una suerte de distribución “natural” de los bienes (entre ellos la autonomía, la libertad, la propia igualdad, etc.), y en ello radica precisamente su ingenuidad, como lo ha demostrado la historiografía crítica y tal como otros liberales igualitarios que no adscriben a corrientes críticas de esa línea también lo han hecho notar (en Argentina, Nino y Malamud Goti, entre otros) (41). Nuestra tesis pretende, en aras de lograr un derecho penal *materialmente* equitativo, precisamente proponer una intervención en la distribución del castigo que proporcione la comprensión formal de la igualdad ante la ley, a partir del reconocimiento de una singularidad empírico-histórica ostensible en una determinada clase de criminalidad, de autor y de víctima, que el liberalismo conservador, por el contrario, prefiere invisibilizar, con resultados moralmente muy dudosos respecto a la equidad en la aplicación del castigo penal. Fundamentaremos estas últimas aseveraciones.

Ha quedado claro que, según nuestro parecer, en la actualidad solamente sería admisible una obligación de persecución penal –tal como aproximadamente la ha exigido hasta ahora la Corte IDH– en los supuestos de violación de derechos fundamentales de la máxima jerarquía, pero siempre y cuando se trate de delitos de lesa humanidad (o también de genocidio) cometidos por aparatos de poder organizados, estatales o análogos a ellos, en contra de víctimas más vulnerables. Ello es así porque esta clase de autor es, hoy, la menos vulnerable *que se puede pensar*. Ese autor no puede ser presentado como “débil” frente al Estado, ni siquiera frente al Estado triunfante del proceso político que le quitó a aquel su rango estatal, como lo demuestran de hecho los múltiples casos de justicia transicional en América Latina, en los que

(40) *Ibíd.*, ps. 345 y s.

(41) Cf. Nino, op. cit. (nota 21); Malamud Goti, Jaime, *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008. De hecho, como no hay tal parcelación natural de los bienes, el liberal conservador necesita intervenir activamente para apoyar y mantener el orden normativo que garantiza “esa presunta distribución ‘espontánea’” (Nino, *ibíd.*, p. 344). El liberalismo conservador, entonces, también interviene en la distribución de bienes, pero es claro que con un objetivo muy diferente al del liberalismo igualitario.

los Estados “triumfantes”, aun con voluntad de punición, no pudieron concretarla hasta tanto ella se hizo posible, precisamente, merced a obligaciones de persecución penal suficiente emitidas desde jurisdicciones internacionales.

La presentación automática de todo imputado como “débil” (frente al Estado como “fuerte”), cualquiera sea el caso, que lleva a cabo el liberalismo penal conservador, sólo es posible a través del procedimiento de invisibilización de diferencias ostensibles a partir del ya descrito uso formal del principio de igualdad ante la ley, que va a su vez de la mano de un (en el mejor de los casos) ingenuo proceso de descontextualización histórica de los conceptos involucrados. Estos procesos aseguran que la reacción estatal continúe adquiriendo su máxima violencia cuando es aplicada contra el débil y se retraiga frente al más fuerte, para proteger así, de modo máximo, al menos vulnerable. Contra esa inequidad en el reparto del castigo penal es que debe intervenir, y es precisamente esa clase de intervención lo que reclama una comprensión igualitaria (material) del liberalismo.

Los derechos humanos, tal como se desarrollaron en el pensamiento de la Ilustración, surgieron en función de un contexto histórico concreto, en el cual el autor (que transgrediera tales derechos) menos vulnerable que se podía pensar era un Estado fragmentariamente abusivo. En ese momento histórico –esto es, en el contexto continental europeo del siglo XIX–, un Estado organizado en su totalidad para violar sistemáticamente los derechos humanos de miles o hasta millones de personas, como comenzó a experimentar Occidente a partir de la segunda guerra mundial, era algo *impensable* (42). Por eso no debería llamar la atención que, a partir de una modificación tan ostensible del contexto histórico, haya cambiado, también, la perspectiva acerca de los derechos humanos o fundamentales con relación a esa clase de casos.

En ese marco, insistir hoy en que, en materia penal, los únicos derechos fundamentales que merecen protección, cualquiera sea el contexto, son los del imputado, no es otra cosa que edulcorar al máximo la “dulce violencia de la razón jurídica”,

(42) Acerca de ello cf. Frankfurt, Harry, *La racionalidad y lo impensable*, en *La importancia de lo que nos preocupa*. Ensayos filosóficos, Buenos Aires, 2006, ps. 253 y ss.

dejando completamente de lado la historicidad propia de todo derecho. De hecho, y por solo poner un ejemplo, en Alemania, donde la dogmática de los derechos fundamentales tiene un importante desarrollo, los llamados “*Abwehrgrundrechte*”, esto es, los derechos fundamentales entendidos como defensa del individuo contra el Estado, sólo constituyen una de las dimensiones posibles de los derechos fundamentales. Junto a ella hay otra dimensión, cada vez más significativa, que representan los denominados “*Leistungsgrundrechte*”, esto es, los derechos fundamentales entendidos como derechos a prestaciones estatales positivas (43) que es precisamente la dimensión que se aprecia en la exigencia de persecución penal obligatoria. Es verdad que, en relación con esta segunda dimensión, es necesario moverse con extrema prudencia (44). Pero no puede dejar de

tenérsela en cuenta en el estadio actual de la evolución de los derechos fundamentales.

Si se mira bien, tanto los juicios de Nürenberg como los llevados a cabo actualmente en Argentina contra quienes actuaron al amparo del aparato de poder organizado por la última dictadura militar –por sólo poner dos ejemplos de procesos exitosos de imposición de un cambio normativo fuerte a nivel constitucional– significaron la puesta en práctica de una muy peculiar clase de *poder constituyente derivado*, sobre cuyas características no podemos extendernos aquí. Esto es lo que, a nuestro juicio, ha sucedido *de hecho* en nuestro país: hoy el concepto de derecho fundamental (y de derechos humanos) *ha cambiado* entre nosotros. Otra cuestión es si esa modificación merece o no aprobación moral. Eso es, en rigor, lo que el contrapunitivismo fuerte niega, y eso es precisamente lo que aquí estamos discutiendo.

VIII. Otras manifestaciones del liberalismo igualitario en el ámbito penal

No es aquí, por supuesto, donde se intenta aplicar por primera vez el principio moral del liberalismo igualitario para resolver problemas de distribución de responsabilidad penal. Malamud Goti (45) por ejemplo, se vale de este principio para justificar el mayor castigo del delito consumado en relación con el delito tentado, exponiéndolo desde la óptica de la denominada “suerte moral”. Así, siguiendo él también a Rawls –y a Nagel– sostiene que, al momento de atribuir merecimiento o responsabilidad moral (y penal), no es posible desentenderse ni de la “suerte constitutiva” (lo que me tocó ser), ni de la “suerte situacional” (lo que me pasó), ni de la “suerte por el resultado” (lo que provoqué). La suerte constitutiva y la suerte en el resultado de unos influye en la suerte situacional de otros, y por tanto sólo un igualitarismo formal como el del liberalismo conservador estaría dispuesto a atribuir igual merecimiento o responsabilidad desentendiéndose por completo de las diferencias que vienen marcadas por aquellas contingencias.

Zaffaroni (46) por su parte, emprende un desarrollo similar con su conocida propuesta de “culpabilidad por la vulnerabilidad” (a nuestro juicio

(43) Cf., por todos, Jarass, Hans D., Vorb. vor Art. 1, en Jarass, Hans D., Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11a edic., C. H. Beck, München, 2011, nm. 1 y ss., ps. 17 y ss. A esto, nos parece, se refiere por ejemplo De Luca, cuando distingue entre víctima de un delito común cometido por un particular y víctima de la violación, por parte del Estado (en su caso por omisión), de un derecho fundamental consagrado por ejemplo en la CADH (cf. De Luca, op. cit. [nota 35], p. 8).

(44) En ese sentido, doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania exigen que la afectación al derecho humano o fundamental de que se trate sea especialmente intensa para que el Estado pueda ser hecho responsable de una afectación tal en virtud de omisión (cf., entre muchos otros, Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, Carl Heymanns, Köln y otras, 1992, ps. 252 y ss.). Así, por ejemplo, más intensa es la afectación por parte del Estado (mediante omisión) al derecho fundamental que porta un particular a que se investiguen violaciones a derechos humanos que le conciernen (CADH, arts. 1 y 2) cuanto más grave han sido las violaciones a derechos humanos no investigadas (véase al respecto supra, nota a pie n° 19): de tal modo, supuestos en los que los delitos no investigados son de lesa humanidad pueden conformar un caso claro de omisión estatal reprochable en términos de derechos humanos; supuestos en los que los delitos no investigados son menos graves serían, en cambio, ya casos de penumbra, ya casos claros de omisión estatal no reprochable en esos términos. Otra cuestión es si el Estado omitente puede, en virtud de ello, ser obligado a actuar por un tribunal nacional o internacional, o si sólo puede ser sancionado (pero no obligado a actuar) por un tribunal internacional. Sobre ello no podemos explayarnos en este lugar, pero sí debe señalarse que la dogmática de la prohibición de tutela insuficiente (Untermassverbot) apunta a que, en el plano de la sanción, si sea posible, jurisdiccionalmente, obligar al Estado a actuar (i.e., a legislar si el omitente fue el legislador, a juzgar si la omitente fue la jurisdicción, etc.).

(45) Cf., del mismo, op. cit. (nota 40).

(46) Cf., del mismo, En busca de las penas perdidas, Ediar, Buenos Aires, 1989, ps. 274 y ss.

una de las tesis más interesantes que desarrollara este autor y, sorprendentemente, una de las menos analizadas por los penalistas en Argentina). Según Zaffaroni, debe distinguirse entre culpabilidad por el injusto y culpabilidad por la vulnerabilidad, y en esta última deben tomarse en cuenta los “factores de vulnerabilidad”, que son básicamente dos: el esfuerzo personal por la vulnerabilidad y la posición o estado de vulnerabilidad (esto último es, en rigor, lo mismo que Nagel denomina “suerte constitutiva”). Así, cuanto más elevado es el esfuerzo de alguien por colocarse en situación de vulnerabilidad frente al sistema penal, menos merece que ese sistema se esfuerce por limitar su violencia punitiva frente a él; como es de esperar que quien ostenta una posición o estado de baja vulnerabilidad debe efectuar un importante esfuerzo personal por la vulnerabilidad para ser seleccionado por el sistema penal, si ello sucede actuará con elevada culpabilidad. Este aporte de Zaffaroni muestra que, en verdad, su principal interés teórico y práctico no ha consistido en, lisa y llanamente, reducir en todo caso y a toda costa el poder punitivo del Estado, sino en aplicarlo más equitativamente, por lo que no parece acertado criticarle ahora incoherencia (47) porque, desde la CSJN y desde sus trabajos académicos, acepte la aplicación de más derecho penal en relación con los delitos de lesa humanidad.

Similar a la posición de Zaffaroni es, también, la postura de muchas de las versiones más conocidas de la criminología crítica: ellas no persiguen la reducción lisa y llana de la aplicación del derecho penal. Lo que pretenden, antes bien, es llamar la atención acerca de la selectividad propia del sistema penal, y proponen por tanto reducir su aplicación en el ámbito del derecho penal convencional, empleado por regla en contra de autores socialmente débiles o vulnerables, y aumentarla con relación a autores socialmente poderosos, o en todo caso dirigirla con preferencia hacia estos últimos (48). Tampoco puede, en consecuencia, reprocharse incoherencia a los partidarios de estas corrientes si, en este momento histórico, ven con buenos ojos la persecución penal de los crímenes

(47) Eso es lo que le reprocha, por ejemplo, Pastor, Daniel, en, del mismo, *Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva*, en *Derecho penal y democracia. Desafíos actuales*. Libro homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa, Mediterránea, Córdoba, 2011, ps. 681 y s.

(48) Cf., entre muchos otros, Baratta, op. cit. (nota 8), ps. 101 y ss., 165 y ss., 209 y ss.

de lesa humanidad, y continúan oponiéndose a la aplicación de más derecho penal en el ámbito de la criminalidad común.

Pero fuera de la circunstancial coherencia interna que a nuestro juicio puede advertirse en trabajos científicos como los que se acaban de aludir, lo importante es destacar que es moralmente consistente aceptar la corrección de la aplicación de más derecho penal en un determinado ámbito y, a la vez, negar la corrección de esa aplicación con respecto a otros, porque es precisamente esa diferencia lo que aprueba el liberalismo materialmente igualitario. Lo que tienen en común intentos como los de Nino, Malamud Gotti o Zaffaroni –entre muchos otros, por cierto, y entre ellos, según creemos, también el que aquí tratamos de esbozar– es que todos ellos se preocupan por generar un discurso moral que, al hablar de igualdad (un valor del cual un Estado de derecho liberal no puede desentenderse sin perder una de sus características definitorias), se haga cargo de diferencias empíricas ostensibles y busque equilibrarlas a través de una intervención específica. De ese modo escapa del reproche de ingenuidad que, conforme al marco teórico aquí adoptado, cabe efectuar a los presupuestos empíricos e históricos de los que parte el discurso del liberalismo conservador, que es, para decirlo una vez más, el adoptado por el aquí denominado contrapunitivismo en su versión fuerte.

IX. Ponderación final

Creemos que debe reconocerse, ante todo, que el discurso del contrapunitivismo fuerte ha tenido la virtud de llamar la atención acerca de una apelación realmente desmedida al empleo del poder penal del Estado en ámbitos relacionados con violaciones a derechos humanos que, sin embargo, no son técnicamente delitos de lesa humanidad. Se le debe mucho, en este sentido, a autores como Daniel Pastor, que con honestidad intelectual y profundidad teórica no sólo advirtieron ese problema, sino que lograron influir en la praxis, pues, a nuestro juicio, en algunos de los pronunciamientos más recientes de la Corte IDH se percibe una cierta pretensión de limitar la exigencia de persecución penal obligatoria y suficiente únicamente a los casos de delitos de lesa humanidad en sentido estricto (49).

(49) Un ejemplo de esa tendencia puede ofrecer, a nuestro modo de ver, el citado fallo de la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano”.

Sin embargo –y sin perjuicio de ese reconocimiento– la radicalidad de la concepción del contrapunitivismo fuerte lo ha colocado en un lugar de ingenuidad teórica al que no es necesario adscribir para lograr resultados críticos como los que persigue, y es ese justamente el punto de inflexión a partir del cual pierde poder de convicción. Por otra parte, esa misma radicalidad le ha hecho emitir opiniones infundadas –como se ha visto– respecto a la supuesta incoherencia teórica y práctica de penalistas comprometidos con la persecución penal de los crímenes de nuestra última dictadura militar. A nuestro juicio, también la concepción de estos últimos exhibe honestidad intelectual y profundidad analítica, y nada menos que para afrontar un momento histórico completamente novedoso, que no se deja aprehender con las herramientas jurídico-penales tradicionales. Se coincida o no con los argumentos empleados, el solo hecho de haber emprendido semejante tarea de un modo tan exhaustivamente fundado –como lo ha hecho la CSJN y la Procuración General de la Nación en casos emblemáticos como, por ejemplo, “Simón”- (50) es algo que, a nuestro juicio, lo primero que merece, como actitud, es reconocimiento.

Por lo demás, creemos que lo expuesto hasta aquí demuestra que es perfectamente posible, desde una posición moralmente liberal, defender una versión atenuada del contrapunitivismo –que es la que pretendemos adoptar–, conforme a la cual se acepta la plausibilidad moral de una persecución penal obligatoria y suficiente para un contexto muy delimitado, en el cual lo moralmente intolerable es que al principio de igualdad se lo emplee no para equilibrar diferencias ostensibles, sino para invisibilizarlas, de modo tal de asegurar el mantenimiento de inequidades graves en la distribución del castigo penal. Pero ello importa, a su vez, objetar la idea de que una obligación de persecución penal resulte admisible sólo por el hecho de que ha sido vulnerado un derecho fundamental de peso, con independencia de las peculiaridades del delito, del

(50) CSJN, sentencia del 14/06/2005. Sobre este fallo cf., entre muchos otros, Parenti, Pablo, La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional, en “Lateinamerika Analysen” 18, 3/2007, ps. 61 y ss., disponible on line en http://www.giga-hamburg.de/content/publikationen/archiv/la_analysen/z_la-analysen_18_parenti.pdf.

autor y de la víctima, que es a lo que en ocasiones ha tendido la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, tanto en América Latina como en Europa (51).

Tanta persecución penal obligatoria *no nos parece* que sea correcto aceptar, porque, si bien es verdad que el liberalismo conservador, con su idea central de nula o mínima intervención, ha provocado estragos en ámbitos como el económico, lo cierto es que, en el derecho penal, ha contribuido a conformar un discurso moral altamente plausible, como lo es el del derecho penal mínimo. Y precisamente se honra a ese principio si lo que se postula es que una persecución penal obligatoria sólo es moralmente plausible si se limita a un supuesto tan acotado como lo es el de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos a cargo de un aparato de poder organizado, estatal o análogo a él. No podemos abordar aquí la discusión acerca de qué debe aceptarse jurídico-penalmente para posibilitar una persecución penal obligatoria y suficiente (¿imprescriptibilidad? ¿Resignificación de los principios de legalidad y *ne bis in idem*? ¿Imposición de una determinada pena o de una determinada forma de ejecución de la pena? ¿Imposición forzosa de prisión preventiva durante el proceso?, etc.), pues ello obligaría a la redacción de otro trabajo. Todo lo que podemos enfatizar en este lugar es que, en el ámbito específico que hemos señalado, una exigencia de persecución penal obligatoria y suficiente es moralmente correcta.

La fundamentación que aquí hemos brindado permite, por lo demás, contrarrestar la consabida objeción –repetida una y otra vez por el contrapunitivismo fuerte– del llamado “efecto metastásico”, en el sentido de que lo que hoy se permita en los casos de delitos de lesa humanidad, se permitirá mañana también en cualquier supuesto de criminalidad común. A nuestro modo de ver, para evitar consecuencias no deseadas de la aplicación de un principio jurídico en cualquier ámbito es necesario, ante todo, tener muy en claro las razones morales que lo sustentan. Intentar clarificar esas razones ha sido, precisamente, el objetivo de este trabajo. ♦

(51) Sobre la jurisprudencia del TEDH que obliga a una persecución penal suficiente en tanto sea muy valioso el bien afectado cf. Vigano, op. cit. (nota 23), ps. 2647 y ss.