

LA DEMOCRATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL ¹

Germán Aller ²

Presentación a cargo del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo ³

Este viernes tenemos la suerte de contar con la presencia del Prof. Germán Aller Maisonnave que es Profesor de Derecho Penal y Profesor Adjunto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Uruguay. Es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República y además Doctor por la Universidad Nacional a Distancia de España (UNED).

Aparte de una larga lista de publicaciones que le acreditan como un científico de reconocido prestigio, ostenta el cargo de Académico Correspondiente en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, es Secretario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal de la Universidad a la que hemos hecho alusión anteriormente y Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay

Normalmente estas cuestiones relativas a los méritos formales son el reflejo de lo que está detrás, y en este caso se trata de un Profesor con larga

1 Conferencia dada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM), Toledo, 20 de diciembre de 2013.

2 Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Catedrático de Derecho Penal y Profesor Adjunto de Criminología de la Universidad de la República. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay.

3 Catedrático de Derecho Penal, Director del Departamento de Derecho Penal y Director de la Maestría sobre Derecho Penal Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha (Toledo).

trayectoria en el diálogo entre la cultura jurídico-penal europea e iberoamericana, que además pude comprobar cuando nos conocimos en persona recientemente en Paraguay, sabe transmitir de manera sencilla, lo cual aumenta sus méritos, porque saber mucho y que nadie lo entienda, pues sirve para poco, pero saber mucho y ser capaz de que los demás entiendan lo que uno quiere decir, es pues la fórmula ideal, y creo que es lo que representa el Prof. Aller.

De tal manera que en la mañana de hoy nos va a hablar de un tema que es fundamental. Siempre digo en las primeras clases de Derecho Penal, y ustedes están en esa fase, que lo que no se aprenda ahí ya no se aprende nunca. Es decir que cuando uno va a las primeras clases y empieza a oír hablar del concepto de Derecho Penal, de sus fines, los fines de la pena, los principios constitucionales que conforman un determinado modelo de Derecho Penal que se corresponde con el ordenamiento jurídico a su vez de un cierto modelo de Estado, todas esas cosas – fíjense bien lo que les voy a decir – hay personas que no lo aprenden nunca, y a lo mejor llegan muy lejos, pero esos temas esenciales de los comienzos todavía no lo aprendieron.

Estamos viendo recientemente en España, lo cual es un fenómeno mundial, lo poco que se sabe de Derecho en general y de Derecho Penal en particular. La escasa cultura jurídica que existe –en algunos casos ya no paupérrima, sino ya rayando los límites de lo vergonzante– y, por lo tanto, lo necesario e imprescindible que es sembrar y adquirir esa cultura jurídica, y por añadidura jurídico-penal.

Ustedes van a ver cuando pasen por las aulas y después salgan de aquí que todo el mundo cree saber Derecho. Es como la Medicina: todos saben el remedio. Y alguno de ustedes se sentirá un tanto defraudado. Dirá: ¡para eso me he pasado tantos años estudiando si al final cualquiera está autorizado para opinar! Eso sí, sin fundamento sobre cuestiones muy difíciles y complejas, que hay que estudiar mucho para de veras obtener el conocimiento cabal.

Mis alumnos y público concurrente: la diferencia probablemente más importante entre quien de verdad estudia no sólo para obtener el título, sino para aprender, y el otro, es el que el primero ha sido capaz de adquirir a través del saber jurídico una perspectiva distinta sobre para qué sirve el Derecho y se ha dado cuenta de la enorme complejidad intelectual y teórica que representa el Derecho, que no es sólo conocer la norma, sino que va mucho más allá.

Estoy seguro que la conferencia del Prof. Germán Aller, que lleva el significativo título de “La democratización del Derecho Penal”, va a ser un aporte para ustedes que hoy, en este frío viernes pre-navideño han venido a escucharle, no van a olvidar porque su mensaje llegará hondo. Al final, cuando terminen la carrera, habrá unos pocos mensajes, no muchos, de algunos Profesores que les hayan calado, y digan “ha merecido la pena estudiar Derecho”, no por el título ni porque me vaya a ganar la vida con el ejercicio profesional, sino porque soy una persona distinta y ahora tengo mayor conciencia de para qué sirve saber Derecho. Ya le dejo al Dr. Aller con su charla. Muchas gracias Germán por venir y estar con nosotros hoy aquí.

Conferencia del Prof. Dr. Germán Aller

I

Vayan mis felicitaciones al Prof. Demetrio Crespo por su magnífica exposición acerca del valor social y científico del Derecho. Gracias a él y los demás colegas por amable y generosamente invitarme a esta histórica Universidad enclavada en el corazón de esta magnífica ciudad y dignataria de la rica tradición jurídica toledana. También mi profundo agradecimiento a vosotros por haber venido, tal como decía Eduardo, en un día estupendo para

pasear por Toledo. No sería mala idea tener este encuentro al estilo socrático, caminando entre los olivos y las callejuelas de Toledo, volviendo a los sistemas de antaño de la antigua Grecia cuando se enseñaba por los pueblos y ciudades de forma itinerante hasta que Platón se dio cuenta que necesitaba afincarse en un sitio. Entonces lo hallaron a unos cincuenta kilómetros de Atenas. Es una estupenda historia que se conoce en general, pero creo bueno repetirla hoy. En ese terreno había un campo sacrosanto donde se supone que estaba enterrado el famoso Academo. Quien era un hombre que se transformó en un mito y semidios por haber sido un gran guerrero. En ese predio sagrado había hortalizas, vides y se creó un campo de deportes. Allí se construyó la que históricamente, realidad o ficción, sería la primera Universidad. Se enseñaba un conocimiento universal y profundo; por eso la noción de *colegium* y de *universitas*. Precisamente, se le denominó “Academia” a partir y en homenaje a Academo. De ahí en adelante las grandes civilizaciones y culturas han procurado enseñar en el marco de las Universidades, pero ya no solo se trata de eso sino también de “democratizar” a través y por medio del conocimiento, para en aquellos y en estos tiempos llevar la cultura a todas las personas y hacerlas crecer. El conocimiento, la cultura y el saber hacen libres o, cuando menos, ayudan a ello. Forma, sin dudar, mentes libres y es usina de ideas. Por ello los autoritarismos, que por desgracia continúan pululando, restringen el desarrollo y el acceso generalizado del saber para evitar que las personas formen opinión libre de ataduras y, en consecuencia, impedir la democratización real y horizontal de los estados. Por eso nos encontramos hoy aquí en lo que Platón reconocería rápidamente como el símil de su Academia.

Me siento muy alagado por la invitación que me ha cursado Eduardo Demetrio. Él es un gran Profesor de Derecho penal con una estupenda carrera docente. El hecho de estar en esta prestigiosa Universidad con una larga trayectoria y tan querida desde la distancia me colma de satisfacción. Es la primera vez que vengo a ella, pero no a la querida Toledo, donde he estado repetidas veces desde 1971 como turista, paseando y conociendo esta cuna de la España actual. Siempre he quedado subyugado por esta tierra y quiero aclarar

que además de uruguayo soy también español de origen. La historia de Toledo en relación a la lucha por la libertad es realmente maravillosa, pero no los voy a aburrir con algo que todos aquí conocen mejor que yo.

II

El tema de mi exposición ha sido ya esbozado perfectamente por el Prof. Demetrio Crespo y anhelo que luego en el coloquio podamos enriquecernos cambiando ideas, pues es ese momento el más fructífero.

De la Facultad de Derecho nos llevamos un gran cúmulo de conocimiento, pero quizá no tanto en proporción a los años que le dedicamos, a las horas, al sacrificio físico, familiar y económico. Sin embargo, estoy convencido de que uno de los aspectos fundamentales que podemos obtener de la Universidad es reafirmar valores y principios conjugados en clave jurídica. Esos valores se deben aprender en casa y en la escuela, pero fortalecerse, encauzarse y desarrollarse en la Universidad. Es decir, avizorar, vislumbrar a la comunidad desde el terreno jurídico. Lo cual nos coloca en la parte crucial del tema a tratar hoy, con un título que –más allá de ser subyugante– es preocupante: “la democratización del Derecho penal”. Si hablamos de una democratización de esta rama jurídica es porque evidentemente hay aspectos que no se cumplen de forma adecuada, si no careceríamos de motivación para hablar de esto. La verdadera cuestión es que hay fallas estructurales en la ley y la praxis jurídico-penales. De los aquí presentes, la mayoría se están introduciendo en esta etapa de la carrera en el conocimiento del Derecho penal y no descarto que acontezca lo mismo que en otros sitios. Es factible que de los presentes solamente el diez por ciento ejerza alguna vez Derecho penal. Estadísticamente, la mayoría de los abogados no se dedican a la práctica de este campo jurídico, sino a otras ramas. Es así por aspectos vocacionales, laborales, como también por circunstancias de la vida. Cada cual buscará el sitio donde mejor se inserte, donde se pueda desarrollar, sentir a gusto, útil y, al fin, ganar

el sustento. Se podrá alguien plantear que, si tan exigua cantidad de profesionales se dedican a este terreno jurídico, quizá no sea importante y, en cambio, si lo sean otros segmentos del Derecho.

Nada criticaré ni pondré en tela de juicio la importancia de otras disciplinas como el Derecho civil, administrativo, laboral, mercantil, familia, etc., pero no me cabe la menor duda de que el Derecho penal es uno de las más humanas dentro del campo jurídico. Esto no quiere decir que sea mejor ni peor, pero sí particularmente sensible a las personas y la sociedad en que vivimos, además de un foco de particular y remarcado interés político. Pocas ramas del árbol del Derecho son tan prácticas, humanas y desgraciadamente por momentos también inhumanas como el Derecho penal.

Se me ocurre, para no dejar al Derecho penal casi aislado, mencionar otros terrenos como el Derecho de familia, donde están en juego las relaciones interpersonales más íntimas y cercanas, la tenencia de los hijos, los vínculos familiares y el parentesco. Por supuesto que el Derecho laboral tiene un fuerte componente humano, dado que el trabajo es fundamental no solo en lo económico, sino en el desenvolvimiento de las personas. Me permito decir, sin perjuicio ni desmedro de disciplinas como el Derecho administrativo y otros campos, que el Derecho penal compromete la libertad de las personas. ¡Vaya detalle! Está ella en juego; no digo la vida porque en nuestros países no tenemos pena de muerte, pero lamentablemente se escuchan reclamos esporádicos, cual pujos pidiendo la oprobiosa penal capital, aunque por ahora continúa prevaleciendo la razón sobre la barbarie de otrora. Cabe plantearse qué ocurriría si se hiciese una encuesta ciudadana acerca de la reimplantación de la pena de muerte en un momento álgido en el cual haya habido un crimen de gran tortuosidad y difusión mediática o una llamativa violación sexual. El resultado de esa compulsión en momentos de conmoción mediática posiblemente no condiga con el mandato constitucional contrario a la supresión de la vida como pena extrema. Esto pondría sobre el tapete un serio problema de democratización del Derecho, pues –de ser así– no se comprendería

claramente el mensaje de garantizar la vida, todas las vidas, sin disponer de ellas como su dueño. Así como el asesino no debe matar, tampoco el Estado debe hacerlo so pretexto vanamente utilitarista.

Pues bien, aun cuando la mayoría de los abogados no ejerza en materia penal, es difícil imaginar que en algún momento del ejercicio profesional el curial no se vea inmiscuido en casos con incidencia o directamente vinculados a lo penal. Y es posible que cuando menos deba proferir a su cliente una opinión o consejo relacionado con Derecho penal, así sea antes o después derivándolo a otro colega que ejerza en la materia.

III

Es por esto que esta conferencia no la dirijo estrictamente a quienes piensan ejercer Derecho penal ni a los colegas aquí presentes que lo hacen, sino a toda persona vinculada al plano jurídico en general. En función de ello, traigo a colación que el Derecho es una elaboración humana y no divina, que se construyó en sus lejanos y míticos inicios para establecer a quién, cómo y cuánto castigar al infractor, además de dirimir cuestiones delictivas. El Derecho penal no nació llamándose así ni Derecho criminal, sino que originariamente era el Derecho de la *Cive*, el de la ciudad y sus habitantes: los ciudadanos. Era un Derecho público y sometido al incipiente principio de legalidad. Las personas necesitaban solucionar ciertos conflictos y la cuestión se explica con el apasionante “Mito de Orestes” en las *Euménides* de Esquilo sobre la instauración del tribunal de Areópago que constituiría el punto inicial de la resolución de causas penales. Así las cosas, la diosa Atenas dispuso para las personas la creación de un tribunal humano, no divino, puesto que no eran dioses los que habrían de resolver esos conflictos, sino las personas constituidas en el mentado tribunal. Los tribunos tendrían que ser personas renombradas, reconocidas, sabias, generalmente ancianos que escuchasen a las personas que llevaban un problema y le procuraban solución evitando la venganza. Ese panorama, que

por supuesto no deja de ser un mito, implicaba que unos expusiesen su caso, contasen lo que pasaba y el daño que entendían habían sufrido, mientras que otros se defendían de tales acusaciones. El siguiente paso era inequívocamente la construcción de figuras que pudiesen llevar a cabo la acusación y defensa de una manera técnica, entiéndase profesionalizada, y así nacieron fiscales y defensores, por más que el fiscal actual proviene del representante del fisco en el Imperio Egipcio, pues el emperador no podía comparecer como persona en virtud de ser una deidad, y entonces lo representaba en cuestiones de hacienda este personaje que luego devendría en el fiscal moderno. Había pues en Grecia jueces, fiscales y defensores, y todos desde su investidura abogaban por el Derecho.

Si existían profesionales para litigar y fallar, eran necesarias otras personas también sabias para interpretar, recopilar, estudiar y ponderar los fallos del tribunal, dando pie así a lo que hoy conocemos como la jurisprudencia, que es etimológica y ulteriormente la “prudencia de lo justo”. De ese estudio, llamémosle ahora sistematizado, se va generando a través del tiempo un método y de esa forma nació lo que conocemos como dogmática penal: el estudio científico, metódico y sistemático de los fallos y las leyes, con propuestas para producir, interpretar y aplicar mejor el Derecho. Los fallos judiciales no son mutables una vez que pasan en calidad de cosa juzgada, pero siempre pueden ser criticados dogmáticamente, pues la ciencia no tiene ese límite formal. Para ella nada jurídico tiene por qué excluirse de su estudio sistemático. Las discusiones se mantienen y los fallos, en este sentido, son siempre criticables.

IV

El Derecho penal es fuertemente dinámico, y esa tónica está no solo dada por lo que establezca el legislador, pues la veta científica está permanentemente construyendo y deconstruyendo más allá del legislador. Permanentemente se

producen y elaboran propuestas científicas. De lo dicho surge que hay cuando menos tres Derechos penales.

Uno es el dado por la ley positiva; es decir, el legislado en códigos penales y leyes especiales. Presenta una gran dinámica, ya que se legisla continuamente en la materia, y por momentos mucho más de lo que debiera hacerse. En este campo me permito ubicar también al Derecho procesal penal en tanto parte integrante de la cuestión legislativo-penal, diferenciándose en cuanto a la mera formalidad y materialidad de una y otra construcción, dado que el Derecho penal –a mi entender– debería ser uno solo, manifestándose en lo material o sustantivo y en lo formal o procesal, pero sin por ello desconocer que el proceso penal también posee una marcada materialidad al fin. Ambos aspectos son expresiones de Política criminal, desgraciadamente a veces lejana a lo científico y cercana a lo político. Algún día el Derecho penal y el Procesal penal serán uno solo y eso sería altamente positivo para la ciencia y la praxis, redundando en franco beneficio al fin de las personas víctimas y victimarias.

Otro Derecho penal es el científico o dogmático, que no está casado con la ley aunque sea su referencia, pues la estudia, critica y propone mejoras pese a no depender estrictamente de ella. Esta Ciencia penal presenta desde hace décadas una gran evolución, por momentos increíble en cuanto a los niveles de creatividad, innovación y abstracción, evidenciando una verdadera explosión teórica y de criterios interpretativos del Derecho positivo. Esto pauta una notoria distancia entre el progreso científico, independientemente de teorías específicas, y la legislación. El debate de ideas y de propuestas científicas enriquece y genera progreso más allá de la identificación o atracción que nos produzcan las elaboraciones teóricas concretas. Ese marcado avance científico no condice ni se asemeja al decurso del Derecho penal legislado. Mientras el primero progresa a gran velocidad, el segundo va a otro ritmo muy distinto, más lento, pero más grave aún es que cuando apura la marcha lo hace generalmente mal. Hay una gran distancia entre la elaboración académica y

legislativa. Esto de ninguna manera significa que el académico sea un iluminado y que todo lo que elabore sea mejor que lo que efectuado por el legislador en materia penal, pero estadísticamente corroboramos que el Derecho penal científico, en general, está bastante mejor ubicado que ley penal propiamente dicha en cuanto a su correlación con los principios penales y los mandatos constitucionales. En la ley penal se constatan marchas y contramarchas en tal sentido.

Aquí en España se está discutiendo en estos días acerca de la instauración de una ley sobre prisión permanente revisable. Lo cual ya es conceptual e idiomáticamente cuando menos confuso, si no directamente contradictorio. Si es permanente no es revisable. Lo primero es definir qué se quiere decir y hacerlo correctamente para que los operadores del sistema y ciudadanos en general sepan a qué atenerse. Son esos absurdos que vemos en penal, tales como la pena de prisión perpetua que dura quince o veinte años y el dislate de dictar sentencias condenatorias que se dejan en suspenso. Se comprende el buen propósito que puede anidar en esas leyes, pero se debe legislar claramente y sin vaivenes que solo aumentan el ya evidente descreimiento ciudadano en la ley penal. En términos generales, las leyes penales admiten algún régimen de excepción, que suele estar consagrado en las normas procesales generales o en alguna específica. Así existen los regímenes de libertades, el indulto, la gracia, el perdón, la amnistía, la prescripción de la pena y del delito. Que también son discutibles en cuanto a su pertinencia, pero son letra nítida. La única pena que no se cancela una vez que se ejecuta –está claro– es la de muerte; el resto de alguna manera puede ser reducida.

Existe un tercer Derecho penal que es el ejercicio práctico. Se desenvuelve en el foro penal y sus ejecutores son jueces, fiscales y abogados esencial pero no únicamente, pues también tienen fuerte incidencia los funcionarios del Estado que se desempeñen en esos menesteres y los privados que efectúen tareas relacionadas a la praxis penal. Es el Derecho penal práctico, de todos los días en los juzgados, fiscalías y despachos de abogados. Es el que le

toca vivir al justiciable, la víctima y el testigo. No es estrictamente el Derecho legislado, pese a la incongruencia que parecería indicar esta afirmación. Cada vez más el Derecho penal práctico se va separando del legislado, con lógicas excepciones, y por supuesto que esa praxis está ya lejos del científico. De eso no tengo duda. No estoy pensando en España ni en Uruguay únicamente, sino también en Alemania, Italia y en Hispanoamérica en general. Se percibe ese distanciamiento entre la evolución científica y la praxis penal, como también entre lo legislado y la praxis penal, siendo este es un tema hartamente preocupante.

Se puede discrepar con el sentido y el enunciado de las leyes, pero las personas de Derecho sabemos que, en tanto no se modifiquen, deben cumplirse. Ello no significa que nos satisfagan o concordemos con ellas ni que hagamos su apología en defensa de sus bondades. Lo que defiende el jurista es la vigencia plena del Derecho como garantía de una democracia francamente liberal. El Derecho puede ofrecernos –en la medida que esté bien construido– una garantía para la libertad y, en definitiva, propender e instrumentar el avance del sistema democrático que nunca está suficientemente estable. No me refiero a riesgos de golpes de Estado o dictaduras, sino a la estabilidad en cuanto a su desarrollo y avance sostenido.

El Derecho penal práctico presenta cuestiones (porque no son instituciones) llamativamente raras. Por ejemplo, una ley que permite recluir o no a una persona que es o va a ser condenada, dejando sujeto a la discrecionalidad del juez tamaña decisión. Desde el punto de vista teórico posee las dos opciones. Sin embargo, la pauta legal a seguir es la libertad como regla y la reclusión como excepción, admitiendo que la causa se prosiga con el justiciable en libertad. Para disponer la reclusión se contempla –según cada país–, por ejemplo, la probabilidad que prosiga delinquiriendo. Como se observa, es obvio que la inocencia presunta es aquí un mito que no existe. Si se hace un juicio para establecer si es o no inculpable y, a la postre, para resultar preso mucho antes del fallo y presumiendo que es inocente se dispone la reclusión del ciudadano para que no continúe delinquiriendo. Es que,

precisamente, el proceso es para determinar si delinquiró y no se sabe todavía si se le puede imputar delito. Así la presunción de inocencia se desarticula, a pesar de ser uno de los pilares fundamentales de un sistema jurídico democrático, porque no es sólo del Derecho penal. El Derecho administrativo posee el mismo instituto que el penal en cuanto a la presunta inocencia del administrado. Es el Estado quien debe acreditar la responsabilidad del individuo en cualquier campo, sea el tributario, aduanero o el penal, dado que se trata de Derecho público. A pesar de que el Derecho penal es –o debiera ser– el más estricto en el cumplimiento de ese mandato constitucional de presumir la inocencia y atribuir el *onus probandi* al Estado, paradójicamente en la práctica es lo contrario aunque esté en juego la libertad individual. Es al fin, un problema de órddago que socava al Derecho democrático.

V

Pues bien, aún ante la opción el magistrado o juez competente cada vez escoge estadísticamente remitir más personas a prisión preventiva para luego decidir si debía o no estar presa. Digámoslo sin tapujos: se invierten las reglas de la libertad presunta, de la carga probatoria y de la prisión como excepción aunque la ley penal sea igual. Lo que ha mutado es la Política criminal, siendo más represiva y utilizando la misma ley, pero con abuso de poder. Ese es un punto donde la Ley no ha sido vulnerada en el sentido cabal, porque existe la opción, pero el espíritu del legislador no era recluir a toda persona sometida a proceso penal, sino a la menor cantidad, de modo tal de no exacerbar el instituto y de respetar los caros principios antes enunciados.

Las cárceles desbordan de personas. Si no fuese tan triste produciría gracia decir que han de ser lugares magníficos a donde tanta gente va y que cada vez hay más de estos recintos. No se llenan las butacas de los anfiteatros universitarios ni de las conferencias sobre filosofía, historia, literatura, así como tampoco las de muchos teatros que presentan excelentes obras artísticas, pero

las prisiones están atestadas de gente joven, pobre, sin expectativas, frustrados, incultos, marginados y con patologías de las más diversas índoles.

No hay en la resolución de los casos penales una concepción acompasada con la idea de que el Derecho penal es ineficaz *per se* frente a los problemas sociales que subyacen en los delitos y crímenes que le toca tratar. Puede ser lo único que reste ante tamaña envergadura de daño individual y social. Quizá resulte lo menos malo ante horrendas conductas humanas, pero algo de por sí también destructivo como el Derecho penal debe ser administrado con la mayor prudencia posible, la máxima cautela y cuidado en la aplicación de una pena que, además, es corporal y moral.

La ley tiene notorios defectos, pero la praxis suele ser más dura que la propia ley. Puse ese ejemplo, pero podría seguir con otros más, aunque considero suficiente el empleado para dejar en evidencia las falencias operativas y no deseo resultar tedioso.

Estimo que, aunque sea esbozado de esta manera y siendo siempre un punto discutible, está claro que el Derecho penal se expresa de diferentes formas; lo cual nos obliga cuando hablamos de Derecho penal a esclarecer a cuál nos estamos refiriendo. Si lo hacemos respecto de aquel de base científica o al legislado o, en cambio, al que vive en los juzgados.

Los tres deberían coincidir o aunque sea coexistir sin mayores diferencias. Sería lo ideal y es de veras posible, pero no acontece así y entre ellos la grieta es cada vez mayor. En 1872 un célebre jurista (no penalista) Rudolph von Jhering publicó su opúsculo titulado "La lucha por el Derecho" (*Der Zweck im Recht*). Se trata de un libro que generó fuerte discusión. Rescato ahora el significado y alguna consideración que hacía en cuanto a que el Derecho se instauró por la fuerza y es el fruto de la lucha, vertiéndose ríos de sangre para hacerlo llegar a la gente y preservarlo. Ha costado innumerables vidas la tan mentada lucha por el Derecho; y el Derecho Penal, por consecuencia, también ha costado la vida y libertad de incontables personas. Constituir el Estado de

Derecho costó más que la Segunda Guerra Mundial – por ejemplo – para tener un parámetro de algo más es cercano a nuestros en el tiempo. Y no solo le asistía razón a von Jhering cuando decía aquello, sino que además continúa siendo muy elevado el costo humano por preservar el Estado de Derecho.

El Derecho penal es un campo de batalla dentro de la disputa por una democracia propia del Estado de Derecho y hay sopesar si queremos vivir en una sociedad autoritaria o liberal. Conviven con nosotros y también en el interior de cada uno expresiones autoritarias contra las que debemos librar esa lucha por el Derecho. Hemos de controlar y someter esos autoritarismos presentes en infinidad de momentos y circunstancias, reflejados en el Derecho como expresión de una forma de dominación. Debemos someter a ese pequeño monstruo que portamos dentro y tornar nuestro estilo de vida en francamente liberal.

VI

Liberalismo y autoritarismo queda claro que durante la historia de la humanidad han estado presentes, pero sobre todo en confrontación marcada a partir del Siglo de las Luces. El iluminismo fue aquel tramo del siglo XVIII y parte del XIX del cual surgen las ideas libertarias y los movimientos independentistas. El primero a señalar sería el de Estados Unidos, luego vendría la Revolución Francesa y los movimientos independentistas con la prosecución y el logro de ese fin en toda América y su equivalente en los Estados Europeos, que no tuvieron un proceso exactamente igual, pero están ubicados en esa escalada histórica.

Entiéndase, en aquellos tiempos se pugnaba entre autoritarismo y liberalismo, sabiendo que los bandos a veces no eran del todo puros. Es decir, lo que el propio liberalismo de la Revolución Francesa con su afamado enunciado de libertad, igualdad y fraternidad (el cuarto era legalidad, que se lo relegó

posiblemente porque ser formalmente relativa al paupérrimo reinado de Luis XVI) transmitió a los franceses y de inmediato al mundo representaba el liberalismo, pero también tuvo instancias como el gobierno del terror, ejecuciones masivas, castigos atroces e injusticias ostensibles.

Una vez que se lograron la independencia de los Estados y su aproximación a un sistema liberal, se requirió inequívocamente regular acorde a esa libertad. Se elaboraron leyes y se hicieron Códigos. Napoleón Bonaparte, un personaje increíble de la historia, fue la mezcla de autoritario en muchos aspectos y, por otra parte, le debemos la codificación tan esencial para el Estado democrático y liberal de Derecho. Subrayo que la codificación ha sido fundamental y es un capítulo importante en este proceso de democratización del Derecho en general y del Derecho penal en especial.

El Derecho penal que tenían muchas naciones, tanto americanas como europeas antes de la codificación era disperso, fragmentado, contradictorio e inarmónico. En el caso de España, los Fueros presentaban alguna semejanza con los códigos, pero cada sitio poseía los suyos y eran vetustos. La famosa Carolina (CCC) que rigió durante algunos cientos de años, las Partidas de Alfonso X el Sabio, los Fueros de Aragón y Castilla, etc. eran lo que regía a esta tierra. Ahora por un momento imaginen a América que venía liberándose, en el caso de Brasil de Portugal, los países hispano parlantes respecto de España, algunos tramos del Reino Unido, Francia y Holanda, pero estos últimos en menor dimensión. España se había paulatinamente desentendiendo de la Colonia en América. El poder se fragmentó y se generaron grupos que impulsaron la anhelada independencia basándose en los idearios provenientes del movimiento norteamericano y del francés.

Uruguay obtuvo en 1825 su Independencia en un proceso que costó mucha sangre. Aquellos primeros jueces eran como los del tribunal de Areópago; es decir, connotados, sabios, probos y reconocidos en la comunidad, pero ni siquiera eran necesariamente juristas. En cada caso seleccionaban la norma a aplicar entre lo que había quedado de la sumatoria de los tiempos de la

Capitanía General, el Virreinato, la sujeción a Argentina y la costumbre local. Así, un caso lo resolvían aplicando el Fuero de Aragón o las leyes de Indias, otro con disposiciones del tiempo de la Colonia, otro con la Carolina, pues todo estaba vigente y se fue generando una jurisprudencia basada en la costumbre con valor similar a la ley. Desde 1825 hasta 1889 no hubo Código Penal. El mensaje con el cual se explicitó la necesidad de codificar fue que los jueces se habían convertido en legisladores al efectuar una derogación tácita de la legislación anterior mediante la costumbre judicial. Con ello se ocasionó un mal de igual magnitud que el que se pretendía evitar y, al mismo tiempo, se vulneraron los principios de independencia de los poderes y de legalidad, que son la base del sistema constitucional. Al crearse los primeros códigos se pretendió librar al país del autoritarismo y del absolutismo de leyes y fallos dispersos.

El Código es una ley al fin, pero su estructura es importante para armonizar y sistematizar el sistema jurídico. Es un peldaño esencial para hacer que una democracia real se traduzca también en textos y leyes supuestamente iguales para todos. Es decir, que en aquel entonces había un proceso necesario de democratización dentro del Derecho y a partir de él.

VII

Hasta no hace muchos años el legislador se metía poco con el Derecho penal. En el caso de España rige el Código Penal del 23 de noviembre de 1995, que ha tenido una gran cantidad de modificaciones, pese a no ser viejo, y en varios aspectos las reformas han tendido al autoritarismo penal por la vía de la mayor represión.

En el caso de Uruguay, el Código Penal vigente data de 1934. Tiene prácticamente ochenta años y está superado notoriamente. Desde su inicio hasta 1995, según una investigación que efectué hace unos años y que he

seguido actualizando cada año, el Código tuvo escasas modificaciones que alcanzaron un promedio de 1.7 leyes de corte penal por año. Se dictaron ciento cuatro leyes de contenido penal durante las primeras seis décadas. De 1995 a 2013 se elevó el promedio a 6 leyes por año durante dieciocho años, evidenciando un incremento alarmante del orden legislativo-penal. Se ha producido una sostenida hiperinflación legiferante desde 1995 hasta la fecha y sigue proclive a aumentar. Antes de 1995 las leyes eran generalmente interpretativas, que agregaban algún nuevo tipo penal o eran derogatorias y también se depuraba el Código. Desde 1995, en plena Democracia y luego de una dictadura de doce años, las leyes penales que se generan –con alguna honrosa excepción– son agregando tipos penales, aumentando la pena, disminuyendo las posibilidades de obtención de libertad y restringiendo derechos de privacidad como el secreto bancario.

En definitiva, vemos que son leyes vinculadas al narcotráfico y los estupefacientes en general. Drogas hubo toda la vida, pero está de moda legislar con criterio represivo y con especial énfasis en el narcotráfico y lavado o blanqueo de capitales provenientes de la droga. También el terrorismo porque se lo suele vincular al lavado de dinero proveniente de él, así como el capital referido a la trata de blancas, tráfico de órganos y armas. El resto no se tipifica como lavado, sino en todo caso será el tradicional delito de encubrimiento o receptación (la conducta del reducidor).

El lavado de dinero no es un tema que vaya a tratar aquí, pero me interesa remarcar que siempre ha habido respuesta punitiva para ello en los regímenes democráticos. Que se haga un sistema específico tampoco está necesariamente mal, pero lo que llama la atención es la tremenda desproporción cuando proviene de droga a cuando lo hace –por ejemplo– de hurtos o estafas.

Se observa que en el mundo un lavador de dinero proveniente del tráfico de drogas suele tener una pena similar –cuando no superior– a la de un homicida. Este es un grave problema en cuanto a la dosimetría de la pena, pues

se ha desmoronado el criterio para castigar. Desniveles punitivos así atentan contra la democratización de la sociedad a través del Derecho. Queda claro que es un Derecho legislado esencialmente opuesto al científico. No se avanza legislativamente hacia la democratización, sino que, por el contrario, se retrocede hacia el absolutismo, al punto de poderse interpretar que la razón del castigo sería simplemente el ejercicio de poder por parte de quien lo posee.

Como en su momento decía Thomas Hobbes, la esencia del poder arbitrario no es la potestad de castigar, sino de decidir hacerlo o no según su antojo. Frente a un Estado que se va ensanchando y agrandando el aparato punitivo, lógicamente es difícil hallar que en el Derecho penal positivo una mayor democratización. Por el contrario, un Estado que va absorbiendo más derechos individuales se expresa nuevamente como autoritario y abarca cada vez más espacios de libre disposición individual. Aquí se da la ya apuntada paradoja de que dentro del Estado de Derecho se presentan expresiones de autoritarismo antagónicas con la democratización.

Se potencia el poder punitivo estatal en temas como la protección del ambiente. Supongo que estamos de acuerdo en que hay que proteger el ambiente: los ríos, océanos, bosques, los animales en peligro de extinción, como las masacres atunes, focas, ballenas, elefantes, tigres de Bengala y tantos otros animales, así como en general el maravilloso mundo que nos circunda. Ese no es nuestro mayor problema, salvo cuando matar a una ballena se torna más grave que dar muerte a una persona, porque entonces algo anda mal. Es más importante cualquier persona que el más querido de los animales. A mi parecer, existe una falla estructural no ante la protección a la ballena, sino en que la persona se vea relegada. Afirmo que en algún tramo del camino perdimos la proporción. Ésta constituye un histórico y beccariano principio penal por cierto en cuanto al castigo a disponer en función de la culpabilidad. Es un tema no menor, y en una situación como la que encontramos, donde verbigracia la protección del ambiente y de los capitales provenientes de la droga cobran más valor que la propia vida humana, evidentemente el individualismo va

perdiendo pie, a pesar de ser la *ratio essendi* de un sistema democrático.

Otro aspecto a tratar es la protección de las personas. Antes puse el ejemplo de los animales, porque es urticante pero fácil, ya que no hay argumento válido sostener que la ballena valga más que el ser humano. Cada vez más se ve la tendencia a legislar en aras de una supuesta protección penal ante todo riesgo. Es lo que –en Sociología primero y luego en Derecho penal– se ha dado en llamar “Sociedad del Riesgo” (*Risikogesellschaft*) y, en consecuencia, la elaboración de un Derecho penal para dicha Sociedad del Riesgo. La respuesta inequívoca es que se crean cada vez más tipos penales objetivos donde lo subjetivo tiene escaso o nulo valor. Ya no es la intencionalidad del sujeto actuante lo fundamental, sino el objetivo daño ocasionado lo que va a determinar el criterio punitivo. Se crean más tipos penales omisivos y delitos imprudentes, que no está mal que existan, pero hay una verdadera desproporción, se incrementan los tipos parcialmente en blanco, directamente tipos penales abiertos que no se sabe a dónde van dirigidos, y así hasta el hartazgo.

VIII

El Derecho penal que estamos viendo en la praxis, en la ley y en algunas parcelas de la dogmática –con excepciones que las hay y muy buenas– es para sujetar individuos y restringirlos en vez de liberarlos. Cuando digo liberarlos, no estoy haciendo la apología del delincuente. Liberar en el sentido de que el Derecho penal cumpla lo que en su momento decía Francesco Carrara, que aunque esté superado en algunos aspectos ha sido un gran penalista. En efecto, el luqués expresó en la segunda mitad del siglo XIX en el prefacio de su Programa de Derecho criminal para la Universidad de Pisa que el Derecho penal es libertad, debe proteger a las personas y ser una garantía de los sujetos, y en ese sentido podríamos también traer a colación el pensamiento de Franz von Liszt que fue un seguidor de von Jhering.

A mayor abundamiento, von Liszt a fines del siglo XIX dijo que el Código Penal (en alusión al Derecho penal) era la barrera infranqueable de la Política criminal. Efectivamente es así, el legislador no puede hacer lo que quiera por el mero hecho de tener la legitimidad para legislar, porque con ese sistema también se puede socavar la democracia. Traigo esto a colación ya no pensando en autores decimonónicos, sino directamente en Claus Roxin, quien ha señalado que el legislador no está legitimado para transformar en conminación penal –es decir en delito– y castigar cualquier cosa que se le ocurra. No hay duda de que el legislador fue escogido por los ciudadanos y los representa, así como es esa la base del sistema democrático. Por lo tanto, el legislador fundamentalmente se expresa a través de la ley y en nuestro nombre. Eso no está en discusión en la democracia, pero –por ejemplo– formalmente puede el legislador transformar en delito a partir de mañana respirar. Roxin sostiene, con sensatez, que el legislador no dispone de legitimidad para hacer lo que le plazca, sino aquello que sea representativo de la ciudadanía. Esto tiene sentido y condice con la cultura de un pueblo. Solo dentro de esos parámetros debe conducirse el legislador por la responsabilidad que le incumbe respecto de los ciudadanos. He mencionado a propósito un disparate. No creo que ningún legislador pretenda transformar en delito respirar, pero sirve como mera hipótesis a efectos de agudizar la razón.

Para legislar no alcanza con la potestad autoritaria o *autoritas* para hacerlo. Debe haber detrás un sólido referente comunitario y además –agrego – fundamento científico aunque no lo obligue, pero por lo menos una justificación técnica para la intervención punitiva restringiendo libertades del individuo en clave de castigo –entiéndase de pena–, ya sea de multa, prisión o trabajos comunitarios.

El legislador tendría que sopesar mucho más lo que lleva al campo del Derecho penal, máxime cuando generalmente se encuentran mejores respuestas y más eficientes desde el punto de vista de lo social en ramas del Derecho o formas de composición que no sean las punitivistas. Sabemos por la práctica, la

investigación y la elaboración teórica al unísono que el Derecho penal y su consecuente castigo privativo de la libertad escasamente o nunca resuelve los conflictos sociales que le llegan. El colega y amigo Eugenio Raúl Zaffaroni dice que el Derecho penal nunca resolvió ni resolverá ningún conflicto en la medida que ni siquiera contemple a la víctima. Expresión que suscribo a pies juntillas.

Los conflictos sociales no los soluciona el Derecho penal. Lo que puede dirimir estupendamente son conflictos jurídicos mediante la pulcra aplicación de la ley, utilizando buenas elaboraciones teóricas, criterios interpretativos adecuados y con todo ello operar maravillosamente en el plano netamente jurídico. Algunos conflictos sociales se resuelven en el entorno penal, pero no es el Derecho penal quien lo hace, sino que eventualmente se produce al enfrentar el individuo el juicio, vislumbrar el proceso de victimización que ha ocasionado a otra persona, ver lo que ha significado y la dimensión para él y su familia del problema puede llamarlo a reflexión. No estoy hablando siquiera de la pena, sino de percibir el alcance de su obrar y reflexionar al respecto. También se ve en la praxis a personas reclusas que se dan cuenta del error que cometieron y las nefastas consecuencias para ellos y sus familiares. Si ese individuo no vuelve a delinquir no lo ha solucionado el Derecho Penal. Incide ver el gran daño que ha hecho a su familia y a su contorno comunitario. No lo ha arreglado la sentencia del juez por estupenda que haya sido.

IX

Quiere decir que la lucha contra el autoritarismo viene de antaño. La Inquisición terminó hace mucho tiempo, pero para la historia no es tanto. Fue un sistema de imposición, principalmente en sus comienzos cuando ese tribunal eclesiástico fue encomendado en 1233 por el Papa Gregorio IX a los sacerdotes dominicos o frailes predicadores, expresión que proviene de *Domini canes*. Los Cátaros, Valdenses y Albigenses fueron los primeros en padecer los rigores del Santo Oficio debido a su maniqueísmo y crítica a la Iglesia. Luego serían los

judíos conversos, los pikardos, fraticelli, husitas y demás disidentes del pétreo edificio doctrinal. La Inquisición fue inicialmente una persecución contra las mujeres, marcando un hito en la criminalización y estigmatización de una inmensa cantidad de personas. Era expresión de la misoginia propia de la época, tendiente a la dominación de la mujer que luego se extendió al varón al ver que resultaba una herramienta tremendamente poderosa, útil y eficiente a tan nefastos fines. Nació para evitar que las mujeres piensen y se expresen, siendo un sistema claramente autoritario.

De la Inquisición como tal nos hemos liberado formal y prácticamente, pero no han quedado vestigios de ella. Así lo seguimos constatando permanentemente en los juicios penales y en los sociales, así como en los paralelos mediante la prensa y en las prisiones, donde se siguen viendo “cazas de brujas”. Así como existieron el *Manual de Inquisidores* de Raimundo de Peñafort y el *Directorio o Manual de los Inquisidores* de Nicolás Eymeric en 1358, cerca de cien años después apareció en 1468 el *Martillo de las brujas* o *Der Hexenhammer*, efectuado por los dominicos Jakob Sprenger e Enrico Institoris (cuyo verdadero nombre era Heinrich Krämer) que fueron los decálogos o Códigos para los tribunales inquisidores.

Pretendiendo contrarrestar ese autoritarismo, el jesuita Friedrich Spee von Lagenfeld publicó en 1631 el libro *Cautio Criminalis*. Lo hizo anónimamente como tantos otros liberales, cual el caso del Marqués de Beccaria Cesare Bonesana, que en 1764 publicó su afamado *Dei delitti e delle pene* en Livorno en forma anónima por temor a que le costase la vida. Volviendo a Spee, su obra relata que en su carácter de confesor de supuestas mujeres brujas y herejes no halló tales, sino personas incultas, enfermas, discriminadas y perseguidas, además de cuestiones de índole económica y venganzas personales. Elaboró entonces la primera argumentación sistemática de corte nítidamente liberal para destruir la Inquisición. La estocada final y desaparición del oprobioso Santo Oficio llegaría en 1710 con la tesis de Christian Tomasius.

En consecuencia, fueron cerca de quinientos años de existencia de la

Inquisición, que caló hondo en la humanidad y dejó una profunda huella. Prueba de ello es que en América continuó casi un siglo más.

Cabe preguntarse si en la actualidad no se ven ciertos aspectos parecidos al legislar cada vez con más rívida, mayores penas, más delitos y menos posibilidades de acceder a la libertad. Igual que cuando se constata la tendencia ante ciertos delitos a reducir las garantías achicando los espacios de libertad de las personas, permitiendo cada vez menos que ellas se puedan incluso hasta expresarse y defenderse. Tenemos, sin duda, un aumento de ciertas libertades, pero al mismo tiempo la reducción de otras.

Uno de los últimos coletazos del autoritarismo frente al liberalismo es inhibir las posibilidades de defensa penal. La intervención y restricción de la comunicación entre abogados y sus defendidos limita el derecho a defensa y restringe el pleno ejercicio profesional, vulnerando el libre acceso al defensor. La cuestión no se da respecto de fiscales, sino de defensores, estableciendo una vez más la superioridad en que arbitrariamente se coloca a una de las partes. Es evidente que la igualdad de las partes en el proceso penal es arrasada con medidas como las relatadas. Lógicamente, el defensor debe tener con su cliente una absoluta libertad de comunicación y de expresión. Sin embargo, bajo el argumento de indagarse acerca de terrorismo, narcotráfico y otra serie de cuestiones que van *in crescendo* se restringe la comunicación entre defensor y defendido. Es una forma de inhibir que el justiciable pueda ser bien defendido.

X

Otro aspecto que presenta deficiencias es el acceso a los expedientes judiciales. Si bien en teoría las partes son iguales y tienen pleno acceso a las actuaciones judiciales con algunas limitaciones, lo cierto es que la práctica evidencia que los defensores chocan con obstáculos para revisar el expediente en similares términos que el fiscal. Esto también incide en la calidad de la

defensa y no coincide con la igualdad consagrada en las Constituciones.

La defensa encuentra en múltiples países ciertas dificultades en lo referido a los denominados “honorarios maculados”. Esto es, honorarios pagados con dinero proveniente de delito y, por lo tanto, se criminaliza al abogado que los percibe. Es sabido que el defensor vive del dinero que cobra como honorarios por su profesión. No interesa diferenciar en esto a los abogados famosos que hacen grandes fortunas, pero en este caso me refiero específicamente a la gran mayoría que jornada tras jornada recorre los juzgados y trata de llegar a fin de mes habiendo cobrado unos magros honorarios para cubrir sus aportes para la jubilación, poner el pan en la mesa para su familia y eventualmente darse de vez en cuando alguna alegría y nada más. Es decir, el abogado prototipo que no es adinerado, que trabaja denodadamente por su mendrugo y que, como me gusta llamarlo, es el de a pie.

Cuando se le objeta al abogado en sus honorarios no sólo se limita la defensa, sino que directamente se lo imputa penalmente, transformándolo en delincuente. En esto hay que ser claro y directo: el dinero que recibirá como honorarios quien profesionalmente defiende a su cliente ladrón, en cualquier parte del mundo, suele ser el obtenido en robos. Si esos son honorarios maculados entonces una inmensa cantidad de abogados perciben honorarios maculados. Cualquier delincuencia económica, sea de alto o bajo nivel, utilizará dinero fruto de delito para costear su defensa. Así las cosas, se cierne sobre el defensor una sombra como si fuese algo diabólico, regresando a la Inquisición que procuraba que el investigado no fuese defendido. A mi parecer, estamos reviviendo este mismo proceso, pero solo en ciertos delitos, evidenciando la inequívoca aplicación de un rechazable Derecho penal del enemigo, que es un eufemismo del de autor y que ha existido desde tiempos inmemoriales.

Se debe reprobar la conducta delictiva del abogado corrupto que actúa en connivencia con el delincuente y denosta la profesión. En ese extremo no son honorarios maculados, sino directamente coautoría delictual. Ciertamente, mi preocupación no es por quienes aprovechan la abogacía para delinquir, sino por

los abogados que ejercen correcta y éticamente su profesión lícita, siendo injustamente censurados e imputados.

Concluyo que hay una desatinada tendencia a limitar el desempeño del abogado, deteriorando el Derecho y denostando la democracia al fin, pues se disminuyen las posibilidades de defensa y, con ello, la justicia se ve letalmente afectada.

X

Agradezco la amabilidad que me han dispensado. Espero que sean de utilidad algunas de las reflexiones que he expuesto aquí. Pensando siempre en que el Derecho penal sea una herramienta útil en el proceso de constante democratización, me permito citar al poeta Melville, pues me identifico con sus palabras cuando decía:

Cuando en un desfile veas a un soldado que equivoca el paso, no te burles, no lo juzgues, no te rías, puede estar sintiendo otros tambores.