

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3ª ed., Aranzadi, 2009.

INTERDISCIPLINARIA

POLITICAS CRIMINALES COMPLEMENTARIAS. UNA PERSPECTIVA BIOPOLÍTICA*

María Laura Böhm**

En el presente trabajo propongo una relectura de los cambios y las tendencias que se están viviendo en el ámbito de la política criminal y de la criminología. Partiendo de análisis jurídicos y sociológicos que advierten acerca de los rasgos contradictorios y hasta esquizofrénicos de estos procesos, analizo esta misma realidad desde una perspectiva foucaultiana¹. Esta perspectiva permite vislumbrar las estrategias que subyacen a estas prácticas y discursos dicotómicos en la política criminal, y pone en evidencia su funcionamiento complementario, casi diría hasta simbiótico. No realizo crítica valorativa alguna, pero tampoco legitimación de las políticas criminales existentes. Planteo sólo un acercamiento analítico destinado a comprender de modo integral las prácticas y discursos en que estamos insertos. Creo que sólo de ese modo se puede repensar productivamente el camino que se está recorriendo y se pueden evaluar, realísticamente, eventuales cambios de rumbo.

* Texto publicado por primera vez en la Revista *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis*, N° 4/2007, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 69-106.

** Doctora en Ciencias Sociales (*Dr. phil.*) por la Universidad de Hamburgo, Alemania.

¹ La realidad a que hago referencia es fundamentalmente la europea y norteamericana, donde las tendencias analizadas se muestran en forma más definida. Muchos de los conceptos utilizados son por tanto aplicables a esta realidad, pero no necesariamente o al menos no con igual sentido a la nuestra (por ej. Neoliberalismo, Estado de bienestar, etc.). La reciente presentación de un proyecto de ley contra el terrorismo en el Congreso Nacional – ley que es ejemplo de todos y cada uno de los caracteres del Derecho Penal del Enemigo – es sin embargo un signo, de que los desarrollos político-criminales que aquí se analizan ya están alcanzando países “periféricos” como el nuestro. Tema de próximas investigaciones es hasta qué punto y forma se presentan o podrían presentar estas tendencias en Argentina.

Conceptos introductorios

Tanto el análisis jurídico de Günther Jakobs acerca del Derecho Penal del Enemigo² como uno de los últimos estudios de sociología del delito de David Garland³, se ocupan de las tendencias y desarrollos más actuales del derecho penal y de la política criminal. Ambos autores demuestran y analizan una escisión en las formas político-criminales. Jakobs postula la existencia y necesidad de un Derecho Penal del Enemigo que se contrapona a un Derecho Penal del Ciudadano, es decir, la necesidad de un derecho penal que no cabe ya dentro de los parámetros ni se rige por los principios propios del derecho penal liberal característico del Estado de Derecho.

El Derecho Penal del Enemigo es una legislación de tipo bélica, más que jurídica, que pauta el trato con aquellos sujetos que no pueden ser considerados “ciudadanos” por representar un peligro físico y/o normativo para el Estado y la sociedad. La disminución o abolición de garantías procesales y el adelantamiento de la punibilidad, sin que se disminuya la escala penal en forma proporcional a ese adelantamiento, así como una lógica combativa más que intimidatoria, son las características de este Derecho Penal del Enemigo. Por su parte habla David Garland del par de contradictorios “criminología del otro” (*criminology of the other*) / “criminología del sí

² El trabajo de Fritz Sack publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis*, N° 4, ofrece un análisis detallado y crítico del Derecho Penal del Enemigo en su concepto e implicaciones. Las reflexiones del Prof. Sack – expuestas en la conferencia que da base al trabajo mencionado, pero referidas, escritas y discutidas también en oportunidades anteriores – fueron sin duda cimiento e inspiración de muchas de las ideas que aquí expongo.

³ El trabajo de David Garland *La cultura del control*, en que se presenta su extenso análisis acerca de las tendencias actuales de los discursos criminológicos, es reseñado y comentado también en la revista mencionada *supra* (nota 2) por su traductor al castellano Máximo Sozzo.

mismo” (*criminology of the self*), donde con criminología del otro designa Garland el conjunto de prácticas, discursos y mecanismos de política criminal que no se dirigen al “ciudadano común”, sino a aquellos que son identificados como portadores de peligro, como “distintos” a “nosotros”, como una amenaza al grupo social y, por tanto, como por fuera de ese grupo social; las medidas son en este caso de tipo expresivas y excluyentes, a través de las cuales el Estado pone de manifiesto que actúa para combatir peligros y para aislar a quienes no son aptos para la vida en sociedad. La criminología del sí mismo reúne todo tipo de, otra vez, prácticas, discursos y mecanismos de prevención del delito en las cuales fundamentalmente los individuos (y no únicamente el Estado) deben actuar responsablemente al asumir y gerenciar al delito como un riesgo más de las sociedades modernas, en las cuales todos y cada uno de nosotros, ciudadanos “comunes” normales y racionales somos potenciales víctimas pero también potenciales ofensores. Tanto en el discurso de Jakobs como en el de Garland se ve entonces, que existen un diferente trato según quién sea el potencial ofensor y una diferente concepción del delito: drama o normalidad, peligro a aniquilar o riesgo a minimizar... Esta escisión en la lógica de la política criminal y sus respuestas al delito, podría resumirse y expresarse en lenguaje cotidiano como una división entre medidas “duras” (“mano dura”, “tolerancia cero”, “gatillo fácil”, etc.) y “blandas” (servicios de seguridad privada, planes de “vecinos al alerta”, fomento de instalación de alarmas y de cursos de defensa personal, etc.).

En el presente trabajo abordo las ideas de ambos autores, que anuncian y prueban la mencionada escisión en la política criminal actual, y la reelaboro en base a una perspectiva diferente: Las estrategias de *poder soberano* y *gubernamentalidad* planteadas por Michel Foucault, y la tecnología *biopolítica* que explica su funcionamiento conjunto. Estos conceptos son muy complejos pero a la vez insoslayables, por lo que les dedico unos párrafos aclaratorios antes de continuar.

La estrategia de *poder soberano* es aquella que Foucault identifica como propia de las formas de dominación aparecidas en el siglo XII – en sus

inicios sólo en Francia e Inglaterra – y que predominaron hasta fines del siglo XVI, principios del XVII. Este poder es ejercido fundamentalmente sobre el suelo, sus productos agrarios y las riquezas y bienes de los súbditos y este ejercicio de poder se basa fundamentalmente en la ley, que habilita en forma más bien predatoria la confiscación de bienes en beneficio del soberano (Foucault 1995: 77). El territorio es en este contexto importante no sólo por su potencial productivo, sino porque determina los límites físicos del poder del soberano.

Por eso la defensa - y en el mejor de los casos la ampliación - del territorio es una de las tareas fundamentales de esta forma de poder que se autolegitima y autoconserva en la figura del soberano.

Toda amenaza al territorio o a la ley, base y corporización misma de ese soberano, son respondidos mediante el ejercicio del poder en su forma más característica: el derecho sobre la vida y la muerte de sus súbditos, o, en realidad, el derecho de muerte, de disponer de la vida y decidir el momento de muerte de sus súbditos (Foucault 2002: 163 ss.). Este poder de muerte se va a ver modificado a lo largo de los siglos, pero va a permanecer de todas formas como ejercicio de un poder que tiene como fin la defensa y conservación del poder mismo, el cual se extiende a su territorio, sus bienes y, en las sociedades modernas, a su población, que desde su “descubrimiento” ha devenido en fundamento y razón de ser de ese poder soberano. La forma ineficiente e improductiva de esta estrategia de poder sentó las bases mismas de su debilitamiento, el que se vio acentuado entre los siglos XVI y XVII, en que empieza a vislumbrarse el paulatino desarrollo de la *gubernamentalidad* (Foucault 1993). Esto sucede cuando empieza a emerger el reconocimiento de una población, cuerpo biológico que es más que un simple conjunto de individuos, y que se destaca en las nacientes ciudades, donde cuestiones biológicas como las enfermedades, el envejecimiento, la natalidad, etc. se hacen palpables por repercutir en la producción ya no sólo agraria sino fundamentalmente fabril, y son relevados en informes estadísticos. El disperso tráfico económico y comercial se transforma en una fuente generadora de riquezas ya no aislada,

sino general y fundamental para la población. La economía política se desarrolla por tanto como la lógica – que colaborará en el desarrollo del liberalismo – de gobierno y no de dominación, gobierno que implica que las riquezas no son confiscadas sino que su generación es fomentada. El acento está puesto por tanto en el promoción y aseguramiento de los procesos naturales y económicos, de la circulación de bienes e individuos, todo lo cual tiene por fin el que población y economía permanezcan sanos y se desarrollen ininterrumpidamente. Promoción y aseguramiento de procesos, mediante su regulación y a través del establecimiento de mecanismos que impidan fuertes desbalances o interrupciones. La gubernamentalidad entonces, esta estrategia de poder que empieza a desarrollarse en ese siglo XVI y que tiene por blanco principal a la población, por forma de conocimiento más importante a la economía política y por instrumento técnico esencial a los dispositivos de seguridad, es la gubernamentalidad que – con lógicas variaciones a lo largo de los siglos - llega a nuestros días (Foucault 2004: 162). La *biopolítica*, por último, es una tecnología de poder, o tal vez más exactamente, una tecnología de gobierno, una forma de llevar adelante el gobierno, que actúa y se manifiesta no sobre o a través de fenómenos aislados e individuales, sino sobre y en medio de una población como cuerpo viviente, con sus propios desarrollos biológicos, económicos y en definitiva existenciales (Foucault 2004: 70 ss.). La biopolítica es una forma de “administración de la vida”, de “cuidado de todo lo viviente”, como dice Ojakangas (2005: 6). Las condiciones de desarrollo de la población deben ser fomentadas, lo que en la actualidad depende fundamentalmente del fomento económico de las esferas de libertad, y esto no necesariamente en sentido mercantil, sino de producción, intercambio y distribución. Estas condiciones de desarrollo deben ser a su vez protegidas y defendidas, lo que requiere la puesta en marcha tanto de técnicas de aseguramiento – control de riesgos – como de estrategias de seguridad – eliminación de peligros. Porque “todo” lo que es necesario y circula en derredor de la vida poblacional, es objeto de la biopolítica... “La biopolítica se debe encargar de las condiciones biológicas, sociales, culturales, económicas y geográficas en las que los seres humanos viven,

se procrean, se enferman, conservan su salud o se curan, y mueren” (Dean 2001: 47). La biopolítica es la tecnología de que se vale la estrategia gubernamental, al momento de poner en práctica y regular “la vida”, y es a su vez la explicación a la existencia del poder soberano en la actualidad, donde debe aplicar – en protección de aquella vida – su característico “poder de muerte”. Sobre esto vuelvo más adelante.

Ambas estrategias – soberana y gubernamental - y la tecnología – biopolítica - que en las actuales sociedades neoliberales las conecta son a mi entender las que ayudan a descifrar en forma compleja (por lo abarcativa pero no necesariamente por lo difícil) la lógica y funcionamiento de las nuevas y sólo aparentemente contradictorias tendencias político-criminales.

Dos conceptos, por último, que emergen del análisis que aquí planteo y que se presentan como racionalidades explicativas y fundantes de las tendencias mencionadas, son la libertad y la seguridad. Mientras la “tendencia dura”, que responde a una tecnología soberana de poder, aspira a y promete seguridad, la tendencia “blanda”, reflejo de una tecnología gubernamental, acentúa y actúa mediante el ejercicio responsable de la libertad. Esto lleva entonces a que la clásica contraposición “seguridad o libertad?”, se vea trasladada casi sin darse cuenta a los actuales discursos y prácticas de la política criminal, y repita por tanto la imagen de contradicción. Contradicción que tanto en las ciencias política y jurídica como en la disciplina criminológica y más aún en los discursos políticos partidistas se ha encontrado siempre presente y casi nunca resuelta. Seguridad y libertad no se repelen, así como tampoco lo hacen poder soberano y gubernamentalidad, y por tanto tampoco las dos tendencias político-criminales en cuestión. Actúan en forma complementaria, casi simbiótica. Esta tesis, a la cual considero integradora y explicativa de la política criminal actual, planteo y desarrollo en este trabajo.

La escisión. Un poco de Jakobs, de Garland y de Foucault

La escisión referida por Jakobs y por Garland, cada uno en un nivel y disciplina de análisis diferente, se dejan explicar por las estrategias de poder foucaultianas que mencioné en párrafos anteriores. Esto no significa que sean lo mismo e identificables, sino que estas estrategias de poder son las que movilizan prácticas, discursos, mecanismos y técnicas que en la actualidad y en el ámbito de la política criminal se reflejan en las tendencias mencionadas. A fin de realizar una exposición ordenada, voy a tratar en los párrafos siguientes en forma separada a ambas líneas criminológicas, identificándolas como correspondientes a estrategias soberanas (referidas a la criminología del otro y al Derecho Penal del Enemigo) y a estrategias gubernamentales (referidas a la criminología del sí mismo y al Derecho Penal del Ciudadano).

Estrategias soberanas

De la lectura de los pasajes que a continuación cito textualmente, se desprende en forma ilustrativa la correspondencia que existe entre los análisis de Jakobs, Garland y Foucault. En estos fragmentos funda Garland la idea de una criminología del otro gracias a argumentos por momentos jurídicos, por otros sociológicos e incluso en parte hasta de estrategias de poder, en sentido foucaultiano.

a. “Michel Foucault (1977) [aquí 1989, M.L.B.], en su descripción de la ejecución de Robert Damians, mostró detallada y gráficamente qué duros solían ser los castigos como exhibición pública de un poder soberano, destinado a *reafirmar la fuerza de la ley y reactivar el mito de la soberanía*. Y no obstante John Major es más duro que Luis XV, cuando él o sus ministros adoptan la postura de ser ‘duros con el delito’ (*tough on criminals*), de ‘condenar más y comprender menos’ (*condemning more and understanding less*) (...), y cuando fomentan nuevos poderes para enviar ofensores a *boot camps* o a prisiones de máxima seguridad, o las penas perpetuas, están utilizando deliberadamente la misma *estrategia arcaica*. Una *muestra de fuerza punitiva* contra los individuos es usada para reprimir cualquier reconocimiento de la

incapacidad estatal para controlar el delito y mantenerlo dentro de niveles aceptables. Una voluntad de deliberada crueldad punitiva al momento de condenar compensa mágicamente el fracaso en la provisión de seguridad a la población entera” (Garland 1996: 460).⁴

b. “Actualmente los intereses de los *delinquentes condenados*, cuando son contemplados, son visualizados como radicalmente *opuestos a los del público*. Si la opción reside entre hacer que los delinquentes estén sometidos a mayores restricciones o exponer al público a un mayor riesgo, el sentido común actual recomienda optar por la mayor seguridad. Como consecuencia de esto, y sin demasiada discusión, *los intereses del delincuente y hasta sus derechos habitualmente no son tenidos en cuenta*” (Garland 2005: 294).

c. “*Como la decisión de hacer la guerra*, la decisión de *infligir un castigo duro* ejemplifica el *modo soberano de acción estatal*. [...] El castigo es un acto de poder soberano, una acción performativa que ejemplifica en qué consiste el poder soberano” (Garland 1996: 461).

d. “... la típica *concepción premoderna de ley*, en la cual el objetivo clave de gobierno es *asegurar el poder de la soberanía sobre el territorio*” (Garland 1997: 178).

e. “Al igual que las *sanciones premodernas* de deportación o destierro, las prisiones funcionan ahora *como una forma de exilio* y el uso que se hace de ellas no está tan definido por el ideal de la rehabilitación como por un ideal al que Rutherford llama ‘*de eliminación*’” (Garland 2005: 292).

En estos cinco fragmentos, que son sólo algunos de los muchos posibles ejemplos, aparecen las características que rescata Garland de las corrientes punitivas de los últimos treinta años y que, sin lugar a dudas, también están presentes en el Derecho Penal del Enemigo y las estrategias soberanas: Una forma expresiva de confirmación de la ley, reafirmación de los mitos de la soberanía, técnicas arcaicas y premodernas, enemigos en lugar de ofensores, guerra en lugar de derecho, separación entre los “otros” y “nosotros”, exclusión, aniquilación, etc.

Algo más complicada que esta comparación de descripciones es la cuestión de la explicación y

⁴ La cursiva de esta cita y de las siguientes me pertenece.

forma de funcionamiento de estos desarrollos. Se podría poner en duda si los autores tienen o no una misma opinión al respecto. Mientras que el Derecho Penal del Enemigo es presentado como una guerra necesaria contra los peligros y enemigos más severos (Jakobs 2000, 2003), el análisis de Garland parece ver a la corriente punitiva – respuesta estatal no adaptativa frente al crecimiento del delito y la ineficiencia del sistema penal – como un intento de ocultar la imposibilidad de controlar el delito y por tanto la incapacidad de protección por parte del Estado. La reacción punitiva, que sólo intenta el fortalecimiento del mito de la soberanía mediante medidas violentas y expresivas, sería de este modo una especie de engaño, una manifestación de la impotencia estatal. Y en esta dirección podría entenderse también la afirmación de Garland cuando trayendo a la memoria a Nietzsche y a Durkheim, dice que “regímenes políticamente fuertes no necesitan recurrir a sanciones intensamente punitivas. La punitividad puede plantearse como un símbolo de fuerza, pero debe ser interpretado como síntoma de autoridad débil y controles inadecuados” (Garland 1996: 445). Sin embargo este no parece ser el caso, y hasta me atrevo a decir que tampoco Foucault estaría de acuerdo con ello. El poder soberano no es sólo una manifestación simbólica de poder, sino que también una manifestación real; se muestra en el gasto, en la posibilidad de derroche de violencia, dinero y símbolos de autoridad (Foucault 2002), lo que por su parte reconoce Garland (1997: 207). Pero también hay una cierta instrumentalidad en su ejercicio: En esta forma protege y defiende el *Souverän* su persona, su investidura y su territorio. Pero ya hace mucho tiempo que la soberanía no tiene que ver sólo con el territorio, sino también con la población que habita este territorio, población que es al mismo tiempo explicación y condición de existencia del poder soberano (Foucault 2004: 134 ss.). Por ello es inevitable pensar en una función de protección y defensa “extendida” – aún cuando no necesariamente debe ser analizada como efectiva -. Las diferentes técnicas de la criminología del otro son técnicas adoptadas por el poder soberano actual, que no se diferencian demasiado de las antiguas: *exclusión*, por ejemplo en la expulsión o la reclusión por tiempo indeterminado; *muerte*, tanto legal como ilegal, o tal vez política; (*intento de eliminación de peligros* en general, por

ejemplo mediante la tortura. Esta idea – función simbólica junto a función instrumental - es puesta de manifiesto por Garland no siempre en forma clara, ya que mientras en algunos textos rescata exclusivamente las formas expresivas de la criminología del otro, en otros hace referencia a una doble forma de actuación, reconociendo en las corrientes punitivas “un registro de pena expresivas” y “un registro instrumental, que acentúa la defensa de la sociedad” (Garland 2003: 41). Esta última posición es la que se encuentra también en su obra más importante y reciente sobre el tema (Garland 2005: 239/240), por lo que entiendo que es la que trasluce la idea actual de Garland. Y es en definitiva la misma idea planteada por Jakobs, quien habla del Derecho Penal del Enemigo como cristalización del “derecho a la seguridad” de los ciudadanos (Jakobs 2005: 1), sin negar por ello el rol simbólico y expresivo del lenguaje bélico que utiliza.

La necesidad mutua entre soberano – hoy Estado – y sociedad disuelve en este punto la contraposición propia que presentaban en la modernidad. El soberano actual ya no es “externo” o “trascendente” respecto de su gente. Es producto él mismo de esta gente, de esta población social y no puede mantener su existencia fuera de ella. La sociedad (*Gesellschaft*), imagen social de la población está grabada de estructuras estatales y vuelca los más profundos miedos y esperanzas existenciales en la figura del Estado. Se pertenecen mutuamente. Se integran mutuamente, aunque en retóricamente deban ser diferenciados. Todo lo que de alguna manera pueda ser peligroso para el Estado, se torna peligroso para la sociedad. Y viceversa, todo lo que es percibido por la sociedad como una amenaza, se transforma en amenaza para el Estado. De esta manera se alimentan mutuamente las representaciones sobre el delito de los individuos y del Estado: Mientras más temor al delito hay en la sociedad, más sencilla y rápida es la aceptación del control e intervención estatales; y mientras más peligros o amenazas se despliegan sobre el Estado – o sean percibidos como amenazas y peligros por los actores estatales -, más alarma y reclamos de seguridad habrá en la población (Foucault 1992: 104). La criminología del otro de Garland, y el Derecho Penal del Enemigo de Jakobs ponen en evidencia

este aspecto no sólo expresivo sino también defensivo del poder soberano estatal. Por esto propongo denominar en adelante a este conjunto de prácticas, discursos y mecanismos como Política Criminal de la Seguridad.

Estrategias gubernamentales

Por parte de la criminología del sí mismo existe también una lógica estratégica que deja esclarecer la política criminal actual. El desarrollo de tecnologías gubernamentales, en las cuales el fomento de los procesos naturales adquiere importancia y la economía (política, social, y en definitiva también individual) se convierte cada vez más en medida y guía, ha recibido en el último tercio del siglo XX nuevos impulsos y aire fresco desde que el liberalismo y luego el neoliberalismo sentaron nuevas reglas de juego, especialmente luego del fracaso del Estado de bienestar. Este desarrollo, que ha sido designado como la “economización de lo social” (Rose/Miller 1992) se ha acentuado marcadamente en el último tiempo.

La gubernamentalización el Estado de la que hablaba Foucault (Foucault 2004: 162), no implica sólo transformación estatal sino y tal vez especialmente gubernamentalización subjetiva, es decir, procesos de subjetivización por medio de los cuales fue posible la emergencia de subjetividades pos- o tardomodernas. Estas subjetividades – o sea sujetos, que están atravesados y formados por mecanismos de poder centenarios que han hecho de ellos lo que hoy son y, aún cuando hubiera sido posible, no algo distinto – se implican en una nueva forma del gobierno a distancia, que no necesita ninguna intervención directa e inmediata, puesto que “cuando cada uno puede trasladar los valores de los demás a sus propios términos, de tal forma que estos términos provean normas y estándares para sus propias ambiciones, juicios y conducta, queda conformada una red que permite gobernar ‘a distancia’ (*at a distance*)” (Rose/Miller 1992: 184).

Los Estados “distanciados” toman la economía como forma de conocimiento y promueven la participación de los sujetos mediante el ejercicio útil y productivo de su libertad. Mientras tanto los sujetos aprenden, ejercitan, disfrutan y en cierta

medida se sienten obligados a adaptarse a las responsabilidades propias de tan generosa oferta y procurar permanecer dentro de estas estructuras abiertas. Estructuras abiertas que ya no se identifican más con las de una sociedad moderna, sino que tienen que ver con amplios globalismos y reducidos localismos – *Postsocialidad*. La subjetividad individual, cuenta cada vez menos con los sujetos corporales individuales, sino más bien con “seres” (*Wesen*), que si bien son formados, al mismo tiempo carecen de forma y cada vez tienen que ser más adaptables. Estos “dividuos postsociales” (de Marinis 1998: 36, Deleuze 1995) ganan y pierden subjetividad al mismo tiempo, ya que tienen más responsabilidad y libertad, pero al mismo tiempo menos reconocimiento social y cultural que se diluye en la corrientes torrentosas de la economización. Los sujetos asumen la responsabilidad por la conducción de su vida tanto como por la atención y prevención cotidianas respecto de todos los aspectos de su existencia (salud, trabajo, criminalidad, subsistencia, futuro, etc.). Los desafíos de las más actuales y aguzadas tecnologías gubernamentales – desde el último tercio del siglo pasado – se reflejan entonces también en los campos de la criminología y la política criminal. Los procesos de economización atraviesan reticularmente lo social. También la seguridad es transformada en bien adquirible, y por eso “la comercialización de la seguridad requiere de individuos y grupos que actúen como actores ‘electores racionales’ (*rational choice actors*) sopesando las dimensiones de riesgo y seguridad de la interacción social” (Crawford 2000: 200). Los principales destinatarios de estas medidas públicas y discursos criminológicos gubernamentales ya no son entonces los ofensores o los “delincuentes”, sino las víctimas, las víctimas potenciales y la sociedad en general, que tiene que seguir el paso a esta prevención “responsabilizante”.

La criminología del sí mismo o criminología de todos los días (*criminology of everyday life*) muestra precisamente este desarrollo a través de procesos de “responsabilización”, de *governance-at-a-distance* y de gerenciamiento de riesgos, los cuales ponen de manifiesto las técnicas concretas de la gubernamentalidad actual. Siguiendo premisas económicas, el delito deviene un fenómeno normal y calculable que debe ser

gerenciado en forma inmediata y directa por los sujetos afectados o potenciales afectados. En este ámbito del control *soft, diet*, “bajas calorías” y cotidiano del delito (De Marinis 1998: 34) y para los casos donde el delito no pudo ser impedido y el ofensor fue descubierto, ingresa la cuestión en el ámbito del derecho penal o, siguiendo a Jakobs, del Derecho Penal del Ciudadano, donde el ordenamiento, procurando optimizar esferas de libertad (Jakobs 2005), trata con sujetos racionales que no se encuentran excluidos ni son excluidos por estas medidas, o sea sujetos que estaban y siguen estando *in* (De Marinis 1998: 34).

Importante es señalar que la libertad de la que hablaba Foucault en relación a la gubernamentalidad era distinta a la libertad a que se refiere Jakobs en su análisis, y ambas se diferencian a su vez de la libertad de que habla Garland. Jakobs piensa una libertad “moderna”, una libertad que se protege legalmente y se disfruta en forma individual. Una libertad que se apoya en la Constitución y que es reconocida dentro de los derechos humanos. Una libertad, en definitiva, a la que tienen derecho los ciudadanos y que por tanto se puede negar a los enemigos sin ningún tipo de inconveniente. Garland por su parte, más allá de categorías jurídicas describe prácticas que sólo pueden tener lugar en un cierto ámbito social de libertad y que se adecuan a una concepción más bien neoliberal de la libertad, lo que implica un acento en la libertad y lógica económicas. Mucho más compleja es la idea de libertad foucaultiana. Libertad es en su análisis al mismo tiempo promesa, medio, fin, realidad y símbolo. Esta libertad no es fija sino maleable, una suerte de creación cognitiva, de categoría del campo de saber, que debe ser pensada como campo de posibilidad donde es posible conducir conductas propias y ajenas, así como conducir estas conducciones – o sea, gobernar. Libertad tanto al conducir, como al resistir esa conducción. La gubernamentalidad es por tanto la estrategia donde el desarrollo de esta libertad – como racionalidad política – es maleable, inevitable e irremplazable. No obstante estas diferencias mencionadas, estas concepciones no son contradictorias, sino simplemente distintas, lo cual se explica por las diferentes disciplinas de los autores. Lo importante es sin embargo que no el contenido exacto, sino en este caso las

tendencias y el sentido de estas tendencias ofrecen posibilidades explicativas. Los tres autores resaltan la cuestión de la libertad, lo que me permite aunar este grupo de prácticas, discursos y mecanismos bajo el nombre de Política Criminal de la Libertad.

Nuevo Orden Interior

En *Nuevo Orden interior y Control Social* explica Michel Foucault que el Estado de bienestar ya no está más en condiciones (él escribe en 1978) de tener todo bajo su control (1991). Foucault vislumbra dos escenarios que podrían desarrollarse de acuerdo a esta situación. Uno de ellos es el de un Estado totalitario monopartidista, fascista; el otro el de una complicada y refinada forma de “desinversión estatal”. Foucault ve esta última forma como la más probable y presenta las cuatro características que tendría el Estado en este escenario: i. El marcaje de zonas ‘vulnerables’ – no en sentido geográfico –, en las que reinaría máxima seguridad; ii. El establecimiento de ámbitos donde el control es más relajado; iii. Una suerte de red de información general y permanente por parte del Estado y sobre los individuos; y iv. La conformación de un consenso que pasaría por toda esta serie de controles y coerciones “sin que el poder tenga que intervenir por sí mismo, sin que tenga que pagar el costo muy elevado a veces de un ejercicio del poder, va a significar una cierta regulación espontánea que va a hacer que el orden social se autoengendre” (Foucault 1991: 166).

Este nuevo orden interior pensado por Foucault parece haber pronosticado el doble camino adoptado por la política criminal en la actualidad. Los ámbitos en los cuales no puede haber ningún tipo de permiso o consideración y en los que por tanto todos los peligros deben ser neutralizados, son sin duda alguna los ámbitos en los cuales el poder soberano aplica severamente métodos de exclusión respecto de aquellos que amenazan la seguridad – por ejemplo por terrorismo, crimen económico u organizado, delitos sexuales, tráfico de drogas... como lo ha visto Jakobs en la legislación alemana y Garland en el desarrollo de las sociedades neoliberales avanzadas. Una política criminal que aspira a la seguridad – a todo costo – y que nuclea tanto a la criminología del otro como al Derecho Penal del Enemigo, se

muestra como la tecnología de defensa y lucha por antonomasia. La segunda característica de este orden interior pos-welfarista se corresponde por su parte con la lógica gubernamental y, por ello, con las técnicas propias de una política criminal que se maneja fundamentalmente en base a ámbitos de libertad. Aquí se observa menos intervención estatal y el fomento y fortalecimiento *at-a-distance* (“a distancia”) de la responsabilidad comunal e individual. Esta faceta del control se ve así caracterizada por las nociones de prevención, de disminución de riesgo y por una representación “racionalizante” y “normalizadora” tanto de delitos como de ofensores, todo lo cual nos remite a la criminología del sí mismo planteada por Garland. El fomento del consenso, que Foucault menciona como cuarta propiedad, se desprende (sin acción estatal violenta, directa o visible) de la combinación de las mencionadas estrategias de poder soberana y gubernamental, de la complementación recíproca de seguridad y libertad. Los sujetos que se desenvuelven en los ámbitos “liberales” (propia de la lógica percibida como “blanda”) toman a su cargo el control y manejo de riesgos y se perciben a sí mismos como beneficiarios de las medidas adoptadas en los ámbitos de “seguridad” (aquellos de la lógica “dura”). La intervención soberana directa tiene lugar únicamente en los casos en que se presentan amenazas serias a la seguridad, ya que una permanente acción estatal no sólo económicamente, sino principalmente estratégicamente, ya no es posible. Existe por tanto una especie de consenso que se logra a partir del equilibrio entre racionalidades de seguridad y racionalidades de libertad. Un Estado “gubernamentalizado” permite el aumento constante de servicios privados de seguridad, de barrios cerrados y de policiamiento barrial, ya que la existencia y desarrollo de este tipo de técnicas fomenta el ejercicio productivo de responsabilidad y libertad y, al mismo tiempo, resuelve dificultades o problemas molestos pero no graves, que de otro modo deberían ser asumidos y regulados por el Estado. Los riesgos son entonces regulados *at-a-distance* y de una forma acorde con los requerimientos del mercado. Una sociedad, por su parte, que pretende ser protegida por el poder soberano estatal, no sólo tolera sino que incluso exige la adopción de toda medida que sea necesaria para su propia

seguridad – da lo mismo qué, da lo mismo cómo. Tanto peligros como enemigos deben ser neutralizados.

Las estrategias soberanas y las estrategias gubernamentales logran en su interrelación un consenso increíblemente sólido. Importante en este escenario es la tercera característica mencionada por Foucault, acerca de unas constantes y fluidas comunicación y transferencia de información a través de la red social, las cuales no son difíciles de lograr en estos tiempos de la informática, de las fuentes de información multimediales y de la globalización. Un control permanente, tecnológicamente complejo aún y logra el ejercicio óptimo de estrategias soberanas y gubernamentales. Un ejemplo ilustrativo de este escenario vislumbrado por Foucault y hecho realidad en nuestros días es el uso de las cámaras de video para vigilancia (CCTV). El sistema de CCTV es utilizado para el ejercicio soberano del poder estatal en la detección de peligros y amenazas por ejemplo en los aeropuertos, o para identificar con posterioridad a los autores y reconstruir los pasos de un ataque terrorista. Por parte de los particulares se montan cámaras de CCTV en ejercicio de técnicas gubernamentales de minimización de riesgo o en el trabajo conjunto con la policía en los planes de “vecinos en alerta”.

El consenso del que hablaba Foucault es a mi entender la idea clave para comprender el funcionamiento de la política criminal actual. Este consenso es por una parte resultado de la simbiosis entre distintas estrategias de poder, simbiosis que produce una cierta coherencia – si bien no siempre visible – y apoyo recíproco de las prácticas, discursos y mecanismos de la política criminal. Este consenso es hoy más necesario que nunca, ya que las estrategias soberanas de poder, que desde los tiempos de la Modernidad aparentemente habían perdido importancia al punto que muchos creyeron que habían desaparecido, han permanecido en cambio siempre presentes, pero en forma encubierta, oculta. En el campo de la política criminal este poder soberano, poder de seguridad, estuvo claramente presente en la escuela positivista italiana que luego se extendió al resto de Europa e incluso a Latinoamérica. En aquel tiempo no hubo dentro de la criminología una

“contracorriente” de envergadura que equilibrara y complementara – como sucede en nuestros días – la fuerza de esa política criminal de la seguridad. El poder soberano defendía a una sociedad sana de los peligros que pudieran “degenerarla”, y se dio en aquel tiempo – inicios del siglo XX – como un ejemplo de la “reducción de la gubernamentalidad del Estado” de la que hablaba Foucault (Foucault 2004a: 260 ss.). En aquella época los Estados podían mostrarse como fuertes y soberanos, lo cual no es posible para los Estados neoliberales actuales. La gubernamentalización – coincidente con la formación - del Estado que se inició en el siglo XVI, ha vivido a lo largo de los siglos avances y retrocesos alternativamente. Pero desde los años cincuenta del pasado siglo XX se ha desarrollado y fortalecido en forma ininterrumpida, fundamentalmente hombro a hombro con el neoliberalismo. El proceso ha sido tan importante, que ha causado una aparente paradoja: más gubernamentalidad y más estrategias de libertad requieren de más poder soberano y de estrategias de seguridad. “Si la integración del cuerpo social no puede ser lograda mediante persuasión, debe ser garantizada en última instancia por medio de la fuerza. Bajo estas circunstancias no debemos sorprendernos si la confianza en tecnologías actuariales y autorregulatorias para la mayoría, coexiste con la confianza en los intentos para dominar con tecnologías soberanas importantes sectores de la población que devienen problemáticos (Valverde 1996)” (Stenson 1998: 344)⁵.

El desarrollo de la criminología del sí mismo no puede ser entendida en la actualidad si no se considera a la criminología del otro, y vice versa. Ámbitos de seguridad y de libertad construyen consenso, complementariedad.

Cuando el poder soberano es ejercido fuera de la propia población, significa este ejercicio – no siempre, pero generalmente – guerra. ¿Pero qué significa cuando es ejercido dentro de la propia población y para la exclusión de partes de esta población?. Este ya no es un problema de la seguridad exterior, sino de la seguridad interior y

⁵ El texto de Mariana Valverde al que hace referencia Stenson es: “Despotism and ethical governance”, en: *Economy and Society* 23(3): 357-372.

fundamentalmente de la política criminal. La política criminal (de la seguridad) refleja por lo tanto el punto en el cual la biopolítica actúa dentro de los límites estatales y según pautas de normalidad/anormalidad (y no necesariamente según el derecho) neutraliza y excluye a una parte de la población; a aquella que resulta peligrosa o representa una amenaza para el resto de esa misma población o para el Estado – “institucionalización” de esa población –. Se trata de exclusión, y no de una inclusión forzada como deja suponer el texto de Stenson. El control social que aspiraba a lograr la inclusión de los desviados fue el control social moderno, disciplinario. En el caso del control postsocial y posmoderno en ningún momento se obliga a los individuos a adaptarse e incorporarse. Aquellos que no se adaptan y que representan un peligro son excluidos – se lo incluye mediante una excepción en la lógica soberana, y de este modo quedan “suspendidos” “nudos” en derechos y en vida, son un *homo sacer* excluido mediante esa fatal inclusión. Aquellos que no representan un peligro permanecen anónimos e ignorados hasta que en algún momento terminan siendo considerados peligrosos (comp. Lapeyronnie 2001).

Poder soberano, gubernamentalidad y su complementariedad biopolítica explican por tanto la política criminal del presente. Como afirma Stenson, “es un error caracterizar al ‘gobierno en el nombre de lo social’ (*governing through crime*)” como radicalmente separado de la soberanía y de la retórica nacionalista emocionalmente manipuladora. Es más útil presentarlas como lógicas de gobierno que recíprocamente se constituyen y refuerzan” (Stenson 1998: 342). Es cierto que la política criminal actual se muestra con tendencias esquizofrénicas (Garland 2005), pero no es cierto que efectivamente lo sean. Aún cuando ofrece distinto tipo de respuestas a una misma problemática y manifiesta estrategias diferentes entre sí, sus modelos y tendencias producen al actuar en forma conjunta un efecto mucho más contundente del que a primera vista podría pensarse. El mismo Garland da un ejemplo de esto, cuando dice que ambas tendencias “comparten el nuevo énfasis en el fortalecimiento del control (control situacional en un caso, control social y moral en el otro), y ambas representan

giros significativos dando la espalda a las posiciones liberal y conservadora que caracterizaron al primer período del correccionalismo” (Garland 2000: 216). ¿Este acento en el control no es similar a aquello que decía Foucault con respecto a los tejidos de información del Estado sobre los sujetos?. ¿No es este control prueba de la política criminal biopolítica, desde que se implementan al mismo tiempo e interrelacionadas tácticas individualizantes y totalizantes, inmediatas y a distancia?. Libertad y seguridad como promesas, como medios y como fines de la política criminal conforman racionalidades políticas absolutamente diferenciadas, pero al mismo tiempo inseparables. Ambas plantean en la política criminal, como dice Garland, dos direcciones que se diferencian del *correcionalismo*. La política criminal de la libertad es más bien postcorrecionalista, ya que se desarrolló recién con la tecnología de la biopolítica y gubernamentalidad neoliberales, es decir, después de la edad de oro de la (anatomo)política disciplinaria. La política criminal de la seguridad, por su parte, se muestra como pre-correcionalista, ya que la estrategia que se encuentra detrás de esta política criminal encuentra sus raíces en mecanismos de tiempos pre-gubernamentales y pre-disciplinarios, y por tanto propios del poder soberano, como se vio ilustrativamente en los pasajes de Garland citados. La dicotomía o bifurcación contradictoria que se podría desprender de este análisis, se disuelve rápidamente tan pronto se evalúa no el sentido de las tendencias, sino la forma que adquiere la interacción entre ellas.

Este primer acercamiento a la idea de complementariedad biopolítica quiero hacerlo más preciso y detallado mediante el análisis de estas dos tendencias que denomino política criminal de la seguridad, y política criminal de la libertad. En el primer caso, se plantea como tema principal la comprensión de la lógica y mecanismos de defensa, y la cuestión de la identificación dentro de un grupo del *otro*, *peligro* o *enemigo*. Peligros y enemigos generalmente biológicos, pero también económicos. En el caso de la política criminal de la libertad, donde no hay enemigos sino ciudadanos racionales que deben potenciar y ejercer responsablemente sus esferas de libertad, se plantea como núcleo de análisis la

cuestión de la economía, así como la de los riesgos y su gerenciamiento. El estudio de estos elementos resulta fundamental para una posterior comprensión del funcionamiento complementario de las políticas de seguridad y de libertad en la problemática delictiva.

Política criminal de la seguridad

Cuando Foucault explicaba la estrategia soberana en interrelación con la tecnología biopolítica y afirmaba que el racismo es la única forma en que el “poder de muerte” (propio del soberano que decide sobre la muerte de sus súbditos cuando éstos cuestionan o ponen en peligro su poder) es pensable en coexistencia con el “poder sobre la vida” (propio de la tecnología biopolítica que procura mejorar y fomentar la sana y duradera vida de una población), dijo también: “Podríamos decir lo mismo con respecto a la criminalidad. Si ésta se pensó en términos de racismo, fue igualmente a partir del momento en que, en un mecanismo de biopoder, se planteó la necesidad de dar muerte o apartar a un criminal.” (Foucault 2001: 233). Esto significa entonces que también existe en el ámbito de la política criminal la separación entre normales y anormales, entre aquellos que son beneficiarios del poder de vida, y aquellos que precisamente amenazan este poder de vida y por tanto son destinatarios del poder de muerte. Obviamente se podría objetar que no todos los “delincuentes peligrosos” mueren en manos del Estado. Y esta objeción sería absolutamente correcta. Pero eso no implicaría que aún en estos casos el poder de muerte no es ejercido. Foucault mismo aclaró esta idea: “Desde luego, cuando hablo de dar muerte no me refiero simplemente al asesinato directo, sino también a todo lo que puede ser asesinato indirecto: el hecho de exponer a la muerte, multiplicar el riesgo de muerte de algunos o, sencillamente, la muerte política, la expulsión, el rechazo, etcétera.” (*ib.*: 231). Este poder de muerte, esta estrategia de seguridad expuesta por Foucault hace ya treinta años, hoy no sólo está presente en los discursos, sino también en las más concretas prácticas de la política criminal. Incremento del riesgo de muerte hay en todas las prisiones, que cada vez se asemejan más a *Lager*. La muerte política reduce seres humanos a *homo sacer* (Agamben), personas a individuos

(Jakobs⁶), o seres humanos a sub-humanos (Donald Rumsfeld en Butler 2005: 93). La expulsión y exclusión es en todos estos casos la regla: no necesariamente fuera del Estado, sino fuera de la sociedad abierta, “normal”. Expulsión y exclusión en dirección a *Lager*, dirigidas a zonas del “estado de excepción” (*Ausnahmezustand*), en los cuales *Lager* y nuda vida se encuentran. Jakobs habla de individuos que “actualmente son no-personas” y cuya peligrosidad sólo es neutralizable con medios bélicos, mediante la exclusión. Una “exclusión regulada” (Jakobs 2000: 53), que no tiene que ver necesariamente con el derecho, sino con la norma. Esto es así, “porque vivimos en una sociedad en la que el crimen ya no es más simplemente ni esencialmente la transgresión a la ley, sino el desvío en relación a la norma” (Foucault 1993: 69).

Si se mira la historia de la criminología, o se intenta un acercamiento más bien genealógico de la misma, se puede ver claramente este paso de la ley a la norma que Foucault describe. De la escuela clásica jurídica – siglo XVIII -, para la cual todo estaba – o debía estar – detallada y claramente establecido en el código penal, pasando por las corrientes naturalistas de Quetelet y Gerry – mediados del siglo XIX – y hasta la escuela positivista italiana, según la cual la separación entre normal y anormal era mucho más manifiesta e incluso mucho más importante que el hecho delictivo en sí mismo – fines del siglo XIX, principios del XX -. Este giro, que también ha significado un giro de la libertad a la seguridad en cuanto a las racionalidades políticas que movilizan estos cambios, significa que lo

⁶ El Derecho Penal del Enemigo analizado por Jakobs se dirige a Individuos que “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona” (Jakobs 2003: 40). Jakobs no niega la naturaleza humana de estos individuos, pero sí la calidad de personas que, en su análisis, sólo poseen aquellos individuos que se reconocen en su rol de ciudadanos y que reconocen las reglas de la configuración social y estatal, aún cuando esporádicamente no actúen de acuerdo a ellas. Para una mayor comprensión de esta idea y de la diferencia entre persona e individuo en la concepción jakobsiana ver de él *Sociedad, Norma y Persona* (Jakobs 1997).

criminal ya no es más lo que está previsto en el código penal, sino lo que es considerado peligroso⁷. Todo aquello que es aceptado o entendido como anormal, como una amenaza para la población, sus “cosas” y sus procesos. Todo lo que es considerado enemigo y por tanto sólo puede ser vencido mediante el ejercicio del poder soberano. Todo eso es lo anormal. “El derecho de castigar será, pues, como un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos: castigar pertenece a ese ‘derecho de guerra, a ese poder absoluto de vida y muerte de que habla el derecho romano con el nombre de *merum imperium*, derecho en virtud del cual el príncipe hace ejecutar su ley ordenando el castigo del crimen” (Foucault 1989: 53). Pero quiénes son estos enemigos? O, como lo plantea Stenson partiendo del otro extremo... “Promoviendo la cohesión social y la seguridad para la mayoría se demonizan minorías, y surge entonces la pregunta: seguridad pública para quién?” (Stenson 2005: 267).

i. Bio-biopolítica

No es ninguna casualidad, el que tanto Garland como Jakobs mencionen ámbitos delictivos similares, cuando se refieren a la criminología del otro y al Derecho Penal del Enemigo respectivamente: Terroristas y terrorismo son vistos como amenaza física para la población, los delitos relativos al consumo y tráfico de drogas como amenaza física y psíquica para la salud pública, el crimen económico como peligro para la libre circulación de la riqueza, y el crimen organizado en general como amenaza – y soy

⁷ Si bien luego de la escuela positivista ha habido giros hacia una criminología más liberal, e incluso en Estados Unidos ni siquiera había llegado a adquirir real importancia, el desarrollo que Foucault menciona en cuanto al abandono de la ley como pauta única, y la existencia de la ley más bien como “recipiente” de las normas dictadas por requerimientos biopolíticos – y no racionales – es un proceso que llega hasta nuestros días, dándose en los actuales estudios de *security* y seguridad interior un interesante debate acerca de la pérdida de importancia de la ley frente a los requerimientos de seguridad. No ya la ley, sino la normalidad, la necesidad de seguridad frente a los “anormales”, determinan medidas de encierro extra-legales. El caso de Guantánamo es paradigmático en este sentido, pero no un caso aislado.

consciente que esta apreciación aparece como muy amplia e imprecisa – para la libre circulación de riquezas, de bienes, de información. Todos ellos representan un peligro para la vida y desarrollo de la población. Sobre la extensión de los daños que pueden causar y el perjuicio a la vida poblacional pareciera no haber dudas. No por lo pronto desde esta perspectiva biopolítica.

Distinto es en cambio el caso de los ofensores sexuales, particularmente interesante: Su ubicación en el grupo de los delincuentes altamente peligrosos o “portadores de peligro” (“Gefährenträger”) y por tanto en la lista de los extraños y enemigos, no tiene que ver con la extensión a amplios sectores de la población del daño que pudieran causar, sino con la “monstruosidad” que lleva en sí dicho ofensor y con su naturaleza inhumana (Foucault 2002: 167). Qué significa esto realmente?Cuál es el motivo, de que los delitos sexuales sean visto como peligro y amenaza para toda la población? Por qué dirigir contra ellos medidas de tipo combativas? Foucault mostró en la primera parte de su *Historia de la sexualidad* cómo en la tecnología biopolítica actúan conjuntamente mecanismos individualizantes y totalizantes a través de la población (Foucault 2002). Esta población que devino en cuerpo biológico a ser cuidado y que, por esa idea misma de conservación, hizo posible surgir y pensar el problema de la degeneración “de la especie”. Desde ese momento en que aparecen las tecnologías biopolíticas, reaparece entonces también la posibilidad de tácticas soberanas dentro mismo de esas tecnologías. El poder de muerte – soberano - encuentra así su sitio como “protector” del poder de vida – biopolítico -, como protector ante el peligro de la degeneración. Los ofensores sexuales de la actualidad arrastran por ello la mácula de la degeneración, porque – considerado biopolíticamente – sus hechos tienen que ver no sólo con sexualidad, sino también con (in)salubridad y (a)normalidad. Reúnen las tres figuras de la anomalía que desde el siglo XVIII fueron tema de la psiquiatría, de la medicina y del derecho: el monstruo, el incorregible y el onanista (Foucault 2000: 61 ss). Las tres figuras permanecen desde aquellos tiempos y hasta hoy como amenaza biopolítica para la población. En la última clase del ciclo de lecciones sobre los anormales (clase del 19 de

marzo de 1975), conecta Foucault los mecanismos que ha ejercido el poder biopolítico sobre estos individuos, con aquellos de la defensa social y, en definitiva, con el racismo biológico que ha hecho posible en el siglo XX al racismo del nacionalsocialismo (Foucault 2000: 269 ss.). Los degenerados, quienes representan una amenaza a la sana procreación de la población, han permanecido como monstruos. Las reflexiones de Foucault acerca de la comparecencia de estos “monstruos” ante los tribunales, voy a hacerla aquí extensiva a la situación y consideración actual de los grupos “terroristas” y “traficantes de drogas”. Las tres preguntas que los jueces una y otra vez plantean a los psiquiatras:

“¿El individuo es peligroso? ¿El acusado es pasible de castigo? ¿El acusado es curable?, tenían poco sentido en relación con el edificio jurídico del Código Penal tal como funciona todavía hoy. Preguntas sin significación con respecto al derecho, preguntas que tampoco tienen significación con respecto a una psiquiatría que se centre efectivamente en la enfermedad; pero que tienen un sentido completamente preciso cuando se plantean a una psiquiatría que funciona esencialmente como defensa social o, para retomar los términos del siglo XIX, como ‘caza de los degenerados’. El degenerado es el portador de peligro. El degenerado es quien, hágase lo que sea, no es pasible de castigo. El degenerado es quien, de todas formas, será incurable.” (Foucault 2000: 295).

El ofensor sexual es entonces, según esta lógica, anormal, peligroso e incurable. Así como los “terroristas” y los “traficantes de drogas”, que ponen en peligro la sana y duradera existencia de la población. Y esto no porque hayan cometido un delito o por haberlo intentado, no por motivos jurídicos, sino por motivos biopolíticos. Por eso deben ser separados de la sociedad normal. Por eso deben ser excluidos. Pero no para su tratamiento o disciplinamiento – son incurables, inmejorables – y tampoco para su castigo – no son pasibles de castigo -, sino sólo a los fines de su neutralización. Ya lo ha dicho Jakobs, que estos enemigos no son intimidables y que por eso deben ser combatidos no con el sistema comunicativo del derecho, que ellos no entienden, sino con el instrumental de la guerra (Jakobs

2000: 53/54). Algo parecido tenía en mente Donald Rumsfeld respecto a los detenidos en Guantánamo Bay, cuando dijo – en realidad, gritó – a los periodistas que preguntaban por los derechos humanos de los prisioneros, que lo único que él intenta es sacar a esta gente de circulación y mantenerla lejos de las centrales nucleares para que no puedan matar a más personas, porque esta gente tiene que ser encerrada para que no mate (conf. Butler 2005: 103). Es claro que este es un caso extremo, pero es actual y preciso y, al mismo tiempo, un ejemplo de la internacionalización de la biopolítica en el ámbito de la política criminal, donde los peligros internos y externos, y la política criminal y la guerra internacional se entremezclan.

La estrategia soberana se muestra en la política criminal de la actualidad respecto de estos sujetos portadores de peligros fundamentalmente biológicos (delitos sexuales, delitos del ámbito de las drogas, terrorismo). Su explicación es la necesaria defensa biopolítica de la población frente a los peligros, que - a diferencia de los riesgos- no son gerenciables. Existe el gerenciamiento de riesgos, pero no el gerenciamiento de peligros. Por eso la exclusión.

ii. Biopolítica Eco(nómica)

Ya fue mencionado que el “crimen económico” – fundamentalmente el que se relaciona con el crimen organizado - también se encuentra dentro de la categoría de los “peligros”. Tanto Jakobs como Garland los consideran dentro de los enemigos o extraños. Pero podríamos preguntarnos... estos ofensores también pertenecen a la categoría de “otros”, de “extraños” a la sociedad, de “enemigos”? Tienen en sí el “peligro biológico” o la “monstruosidad” que parecen tener los terroristas, los ofensores sexuales o los ofensores del ámbito de las drogas? Yo más bien diría que no.

El viejo delito de cuello blanco devino de ser un delito casi no investigado a ser una amenaza de alta peligrosidad. Pero, como dije, no por su peligrosidad biológica, no porque pueda causar una degeneración de la especie, sino porque el objeto mismo del delito es nada menos que la economía. Esta economía que es blanco y

elemento fundamental de las actuales sociedades neoliberales y gubernamentalizadas, o tal vez más sencillo, de la gubernamentalidad, estrategia de poder que actúa en dirección y con fines económicos, y no en contra de la lógica de la productividad – como suele hacerlo el poder soberano (Foucault 1993: 228). Esta economía tiene que ver con la circulación de bienes, de riqueza, de individuos y de poder y posibilita y requiere al mismo tiempo (aunque pueda sonar paradójico) de una sostenida intervención estatal. “El nuevo orden económico requiere de una autoridad estatal soberana monopólica y coercitiva para suprimir y contener dislocaciones sociales y resistencias” (Stenson 2005: 268). Esta economía es de alguna forma fundamento y fin del actual poder soberano, pero también fundamento y fin de la gubernamentalidad, y por eso debe ser defendida. Más libertad económica implica por tanto más estrategias punitivas de seguridad. En el título *La libre economía y el Estado fuerte: Las políticas del Thatcherismo* se resume la idea de complementariedad entre ambas estrategias (Gamble 1994). El autor expone y critica las ideas económicas de la *escuela neoliberal* de Milton Friedman. Uno de los temas que analiza Gamble tiene estrecha relación con lo que propongo aquí, aunque desde otra perspectiva. Gamble señala cómo para estos liberales – en realidad neoliberales – hay una diferencia importante entre regímenes totalitarios y autoritarios. Una diferencia que normalmente no es destacada. Mientras que los primeros – como por ejemplo el nacionalsocialismo alemán o su contemporáneo régimen soviético – limitan tanto las libertades individuales como la libre economía, reducen los segundos – Pinochet en Chile, por ejemplo – sólo las libertades individuales, mientras que la economía y las relaciones económicas permanecen sin intervención e intocables. Por eso para estos autores que Gamble analiza es preferible el autoritarismo. Lo que sin embargo estos autores deliberadamente no dicen, remarca Gamble, es que en el nacionalsocialismo también estaba permitida una economía de libre mercado. No sería buen antecedente mencionar tal ejemplo, claro. El autoritarismo se relaciona habitualmente con fuerzas militares, que imponen límites a la libertad mediante la violencia. Y es cierto que, en la mayoría de los casos la libre economía no sólo no se limita, sino que incluso se promociona. El

apoyo de las dictaduras argentinas por parte de los gobiernos norteamericanos tenía también estas características: un mercado libre y un estado fuerte y violento. Estas dictaduras, como la mayoría de las dictaduras latinoamericanas de los años setenta y ochenta, tenían por fin no sólo impedir el ingreso o expansión del comunismo hacia los Estados Unidos – o sea una defensa de una población determinada –, sino que también la apertura del mercado, del libre mercado, hasta ese momento intervenido y controlado. No necesariamente en forma tan extrema, pero con una lógica similar se entiende la biopolítica económica que aquí analizo. Si la libertad de la economía es entendida como forma de promover los procesos – vitales – de una determinada población, entonces esta libre economía debe ser protegida, aún a costa del cercenamiento de libertades políticas y civiles.

Para la defensa de las estrategias gubernamentales y los requisitos empíricos de la gubernamentalidad son las estrategias soberanas las indicadas, las cuales en el campo de la política criminal se manifiestan a través de las ya muchas veces mencionadas políticas criminales de la seguridad (criminología del otro, Derecho Penal del Enemigo). El rol de la política criminal de la seguridad como “guardián” de la economía es al mismo tiempo un ejemplo de lo que Jonathan Simon llama el *governing through crime* (“gobernar a través del crimen”). “Gobernamos a través del delito al punto que crimen y castigo devienen en las ocasiones y en los contextos institucionales por medio de los cuales intentamos conducir la conductas de los otros (o incluso de nosotros mismos)” (Simon 1997: 174). En este sentido se puede decir entonces, que la situación económica no siempre “justifica” su defensa. En la mayoría de los casos se trata de amenazas sólo aparentes que son por tanto una pura instrumentalización en beneficio de otro tipo de fines, como suele pasar habitualmente en el abuso partidista de la política. La legítima fundamentación biopolítica del ejercicio del poder soberano tiene su base no aquí, donde el mercado reclama para su exclusivo beneficio el ejercicio de técnicas soberanas, sino en otro sitio, donde se sitúan las reales necesidades económicas y los peligros para el desarrollo económico poblacional (Simon 1997: 179).

A causa de la economización de lo social es entendible que la economía, así como la población misma, tenga que ser protegida de peligros y “degeneraciones” y que, llegado el caso, sea incluso declarado el estado de excepción (Agamben 2004: 20). En estado de excepción las normas pierden “forma”. En el estado de excepción no hay normalidad, pero tampoco anormalidad. Por eso no son las leyes, sino una especie de reglas, o de directivas los únicos puntos de referencia, si es que llega a existir siquiera eso. Y estas reglas, o directivas pueden ser definidas en el actual neoliberalismo – y cuando se llama a estado de excepción –, por la economía misma. “De acuerdo con Schmitt, la directiva aparece porque la legislación está llamada a servir las necesidades inmediatas de la economía. En términos de Foucault, la ley opera más y más como norma – o como táctica, como dice él. Ya no es más expresión de la voluntad de un legislador, sino una expresión de vida en la esfera de la economía. Son las leyes de la economía – así como las de la biología, la psicología, la sociología – las que definen el contenido de la norma informe” (Ojakangas 2005: 17). Carl Schmitt no es el único jurista que ve a la economía como “legisladora”. Jakobs realiza un análisis similar, cuando entiende que el reconocimiento y asunción de la necesidad de un Derecho Penal del Enemigo es un desafío fundamental de la ciencia jurídico penal.

“Este desafío consiste en separar aquello que transcurre bajo el nombre de derecho penal, o sea hacerse cargo de complementar el derecho penal con un derecho de lucha contra el enemigo. Si ella [la ciencia jurídicopenal, MLB] no quiere reconocer la necesidad del último [el derecho de lucha contra el enemigo, MLB] va a ser marginalizada por la sociedad – económicamente dominada – por falta de efectividad: Cuando todo lo que corre bajo el nombre ‘derecho penal’ es tratado por la ciencia penal de igual manera, capitula la ciencia penal frente a la política respecto a sus posibilidades de distinción, se entrega” (Jakobs 2000: 53/54).

Para poder seguirle el paso a los requerimientos de la economía, la ciencia jurídicopenal debe reconocer al Derecho Penal del Enemigo. Para seguir las reglas de la economía – y no las jurídicas – y para no ser “idealistas”, hay que

adaptarse a la economía (por ejemplo ubicando a los ofensores de crimen económico en la categoría de “enemigo”). Estas idean van en la misma dirección que Jakobs señaló en una carta del año 2005: “En breve, un Estado de Derecho no puede hacerse realidad idealmente (según el modelo ideal) bajo cualquier tipo de circunstancias, sin por ello – por debajo de ese ideal – perder su valor” (Jakobs 2005: 2). Es decir, el Estado de Derecho no pierde su valor, aún cuando se encuentre en la realidad por debajo de su ideal. Esta manifestación recuerda la antigua discusión sobre libertad y seguridad en Estado de Derecho. Para mantener en pie el Estado de Derecho, sus premisas deben ser a veces ignoradas. La idea parece ser clara: se debe pensar material y no idealmente. Debe ser reconocida la necesidad de la economía de ser apoyada y defendida – aún cuando esto no sea tenido en consideración desde lo legal o legislativo –. La economía tiene que ver con normas y con libertad, y no con derecho. Y pertenece por ello al campo biopolítico del poder de vida.

“El Biopoder se halla por tanto por fuera de la ley” (Ojakangas 2005:18). *Ser viviente* en lugar de *sujeto de derecho*... “La deconstrucción de Foucault de una comprensión jurídica del poder trae consigo la construcción de una comprensión corporal del poder” (Reuter 2003: 203). Esto es lo que se advierte hoy en análisis de todo tipo y materia.

La economía explica al menos en parte tanto a la criminología del otro, como a la criminología del sí mismo. Poder soberano y gubernamentalidad se funden así en formas económicas, también en la política criminal, como muestra Stenson: “Prácticas soberanas operan en nombre de y con los recursos de la autoridad estatal central y de la ley. Esto es así incluso ahí donde los elementos del poder soberano, por ejemplo en la vigilancia electrónica de ofensores, se encuentran subcontratados a corporaciones comerciales” (Stenson 2005: 273). Que el poder soberano sea normalmente ejercido estatalmente no significa que sus técnicas no puedan entremezclarse en la lógica económica de la privatización y la *commodification*⁸. Cuando los individuos en

⁸ El término *commodification* presentado por Steven Spitzer hace referencia al desarrollo que se ha

todos los ámbitos de su existencia son regidos – interna o externamente – por medidas económicas, por qué tendría que ser eso diferente en el ámbito de la criminalidad, su prevención y su “combate”?

Política criminal de la libertad

La cuestión de la economía nos conduce al tema de la política criminal de la libertad, o sea, a la política criminal que no es llevada adelante a través de mecanismos soberanos, sino gubernamentales. Así como la política criminal soberana actúa a través y en miras a una promesa de seguridad, actúa también la política criminal gubernamental a través y con miras a la promesa de libertad, el otro extremo de la tecnología biopolítica actual. Ya vimos que los ofensores de delito económico son considerados enemigos, y vimos que la política económica es parte constitutiva de la lógica gubernamental. La idea es analizar aquí, partiendo de esas premisas, la relación – muy cercana sin duda – entre la economía, que es fomentada e instrumentalizada por las técnicas de libertad, y la economía que es protegida y defendida mediante técnicas de seguridad, así como las implicancias que tiene esta lógica económica en la política criminal en general.

No pocos análisis ponen el acento en la “economización del lenguaje” que ha tenido lugar dentro de la criminología y la política criminal en las últimas décadas. En realidad hay una economización no sólo del lenguaje, sino también de la lógica misma de la criminología y la política criminal (Garland 1997: 185), de modo que hay una especie de “invasión de la criminología y la

venido dando en las últimas décadas, por el cual “todo” es transformado en producto de compra y venta, y por tanto convertido en un bien comerciable, en una *commodity* (Nogala 1995), y por tanto consumible, por lo que el proceso también puede ser llamado *consumerisation*, como hace Crawford (Crawford 2000: 202/203). En este proceso no sólo la salud, la educación, el tiempo libre, sino que también la seguridad (servicios de seguridad privada, empresas de seguros, sprays paralizantes, servicios y sistemas de alarma electrónica, CCTV, cursos de defensa personal, etc.) se han transformado en “bienes adquiribles”, para los cuales rigen las mismas reglas de mercado que para las *commodities* tradicionales.

política criminal por parte del razonamiento económico” (Sack 1998: 45). Casi todas las teorías y enfoques que Garland alista bajo la criminología del sí mismo se entienden con fórmulas económicas. La teoría de la elección racional (*rational choice theory*), el delito como oportunidad (*crime as opportunity*) y el análisis económico del delito (*economic analysis of crime*) como posibles explicaciones de la decisión delictiva, se basan en un balance de costos y beneficios. La prevención situacional del delito (*situational crime prevention*) por parte de la política criminal apunta a lograr la disminución de los costos y el aumento de la efectividad en la prevención. Este proceso no debe ser observado como aislado. Desde que el Estado no actúa a través de, pero fundamentalmente según las reglas del mercado, entonces se encuentran todos los ámbitos “economizados” y no sólo el social, aunque éste sea el más mencionado. Y esto ha pasado obviamente también dentro de la política criminal. Porque un “pensamiento social” es in-económico, se debe pensar ya no más en sociedad, sino en comunidad (*community*). Los problemas son solucionables dentro de las comunidades, en forma inmediata, directa y privada. Los incontables minimales “soberanos”, cuyas decisiones son tan difíciles de regir en la economía⁹, representan y corporizan la única forma de gerenciar los asuntos cotidianos. Y esto no sólo en materia económica sino en todo otro ámbito. El “responsabilizamiento” (algo así como el “hacer responsable a”) de los sujetos alcanza no sólo cuestiones del ámbito de la salud, la educación o la jubilación, sino también del ámbito del delito. La cuestión de la seguridad como “slogan” es, por ejemplo, una estrategia que facilita el gobierno de los individuos y su

⁹ Hago referencia aquí a la relación que analiza Foucault de la economía con el poder estatal, y la imposibilidad del Estado de controlar todos y cada uno de los canales económicos, que son regidos por los particulares y por firmas privadas, cada uno de ellos un *Homo oeconomicus* que en su decisión cotidiana e individual va construyendo y forjando las redes económicas y determinando los giros en el mercado (Foucault 2004a: 387). El Estado dejó de ser soberano en el gobierno en el momento en que la economía política pasó a ser – obligadamente – la forma de saber político por excelencia. El poder soberano – estatal -, que no puede expresarse a través de la economía, se muestra entonces mediante su defensa.

responsabilidad en las comunidades: mayor participación, más predisposición a actuar conjuntamente con la policía barrial, mayor contacto con los vecinos y, por tanto, mayor sensación de seguridad, de confianza y de libertad – lo que se traslada también a otros ámbitos de la vida de los sujetos y los “hace” más conformados y conformables en general (Rose 2000: 85). Como mencioné anteriormente: Gubernamentalidad significa la promoción de esferas de libertad, lo que puede ser traducido como el gobierno por, en, y principalmente, a través de la libertad – un ejercicio responsable de la libertad.

Según esta lógica “la situación puede ser ‘gobernada’, pero no puede ser completamente o coercitivamente controlada. Prácticas de gobernanza situacional deben operar claramente y sin obstrucciones, trabajando con y a través de los actores involucrados” (Garland 1997: 187). La criminalidad “normal” es gerenciada de esta forma *at-a-distance* pero al mismo tiempo en forma directa e inmediata, por los mismos particulares. Sólo si esto “funciona”, sólo si los sujetos son hechos y se hacen responsables ellos mismos de sus “inseguridades” cotidianas, puede continuar existiendo la estrategia gubernamental. La población debe desarrollarse a sí misma y para ello debe si no impedir – lo cual es imposible – por lo menos minimizar toda situación de riesgo. Los mecanismos de aseguramiento, de los que hablaba Foucault como técnica de intervención de la gubernamentalidad, se encuentran ahora en manos privadas, que deben moverse en forma suficientemente creativa (Felson 1994)¹⁰.

El trabajo conjunto de individuos y firmas en las tácticas preventivas situacionales pueden ser entendidas como manipulación tanto de las oportunidades como también de potenciales acciones delictivas - siempre que se cuide de no

¹⁰ Es importante destacar en este punto, que las “técnicas de aseguramiento”, o los “mecanismos de aseguramiento”, son algo bien distinto de la estrategia de seguridad. Mientras los primeros se refieren a la prevención y regulación de factores desestabilizantes para los procesos vitales y económicos, la segunda se refiere a la neutralización de peligros, propia de la tecnología soberana de poder. En un caso se trata del *management* de riesgos, mientras que en el otro de la eliminación de peligros.

entender las racionalidades de libertad como engaño. Según Krasmann los destinatarios de las estrategias neoliberales de la política criminal son “tipificaciones de ofensores, o sea *homunculi de probabilidades*, (...) cuyo comportamiento aparece calculado y calculable en dependencia de contextos situativos” (Krasmann 1999: 117). Por eso regiría la política criminal del presente no sobre la libertad, sino mediante manipulación – no de ofensores, sino de oportunidades – (Krasmann *id.*), lo que puede ser entendido como soporte a la tesis de Lemke, en cuanto a que el *homo oeconomicus* “deviene en el pensamiento neoliberal de la escuela de Chicago en un ser conductistamente manipulable y correlato de una gubernamentalidad, que sistemáticamente modifica las variables del ‘Milieu’ (medio) y que puede contar con la ‘elección racional’ de los individuos” (Lemke 2002: 251). Este tipo de análisis se corresponden con la idea de un conductismo actual, que Stanley Cohen anunciaba hace ya más de veinte años y según el cual ya no más las intenciones o las concepciones morales, sino específicas muestras y determinados tipos de conducta son puestos bajo control (Cohen 1988). La justicia actuarial y la prevención situacional del delito, si bien con lógicas bien distintas entre sí, son tal vez los mejores ejemplos criminológicos de ello. El ámbito de libertad y las posibilidades de libertad son regidos en forma inmediata, pero no hay ningún “contacto” directo con el autor o el presunto autor de un hecho. La despersonalización (*Entpersonalisierung*) de la que hablaba Sack en referencia a las estrategias de seguridad interior, se refleja también en este ámbito (Sack 1995: 448 ss.). “No delitos concretos ni situaciones de peligro son el punto de cristalización de la actividad policial, sino precisamente contextos, estados y situaciones supra-individuales. Dicho de otra manera: no conductas, sino relaciones son hechos el foco de la políticas de seguridad” (Sack 1995: 449). Según una disposición espacial y de acuerdo a cálculos actuariales son gobernadas las situaciones y los riesgos por la política criminal de la libertad y los “sujetos de libertad” encuentran aquí su propio lugar, o deben cuanto menos encontrarlo.

Pero Stenson tiene razón, cuando dice que la teoría gubernamental discursiva y su aplicación en el análisis criminológico normalmente

subestiman el rol de la soberanía y su legítimo ejercicio monopólico de la violencia (Stenson 2005). Sólo dentro de las transformaciones que han tenido lugar en los ámbitos político, social y económico en las últimas décadas fueron posibles la reformulación y la reaparición de formas no encubiertas del poder soberano. O dicho de otro modo: El poder soberano, que es impensable en la sociedades neolibares sin la paralela promesa de libertad y sus consecuencias, puede continuar existiendo sólo como contrapeso de la estrategia gubernamental. El interjuego no es sencillo, en ese punto tiene razón Garland, pero este interjuego es coherente, y no incoherente como él afirma (Garland 1997).

El crimen significa en el imaginario general - y puede ser también así analizado -, a veces un riesgo, y a veces un peligro. El Estado ya no está en condiciones de minimizar riesgos y combatir peligros (Foucault 1991, Garland 1996). En el sentido de las transformaciones neoliberales, las reglas ya no son definidas por el Estado, sino por los requerimientos de la población, que pueden ser satisfechos a través de la libertad económica. Esta libertad económica lleva, como se vio, a todo otro tipo de libertades, que no son ni “naturales”, ni “fabricadas”. Libertades que de todas formas deben ser fomentadas – mediante mecanismos de responsabilización y disminución de riesgo- y protegidas, en caso extremo mediante la neutralización. Jakobs decía con respecto al derecho, que si el Derecho Penal del Ciudadano no quiere perecer, debe ser protegido mediante el reconocimiento del Derecho Penal del Enemigo (Jakobs 2003). Ya sabemos que no el derecho o la ley mismos, sino las normas que se encuentran detrás de ellos son las que tienen sentido y otorgan significados. La naturaleza “natural” de las cosas y no la razón o las leyes se encuentran en juego. Esto significa que no se sigue pensando en términos de legalidad, sino de normalidad. En la normalidad de los procesos hay riesgos, pero un peligro ya no se encuentra dentro de la normalidad, sino que representa una anormalidad. O, dicho de otra manera, una anormalidad, representa un peligro, y no un riesgo. Esto vale también para la comprensión de las nuevas criminologías de la libertad, que tienen una especie de “naturalismo”, por el cual los procesos “reales” son observados y analizados en la práctica misma y en forma práctica (Garland

2000: 217). No se trata sólo de palabras, sino de hechos que deben ser regulados y protegidos. No se trata tampoco de una valoración. La lógica del análisis que propongo se identifica en realidad con la forma de “pensar” de los análisis de gubernamentalidad:

“La problemática de la gubernamentalidad sensibiliza ante la pregunta por la ‘construcción social’ de la verdad – Foucault habla en este sentido de ‘políticas de verdad’ – y su acoplamiento a racionalidades políticas y técnicas de gobierno. [...] En lugar de analizar ideas, programas, teorías, etc. sólo en términos de verdadero/falso, y de considerar la relación de política y conocimiento bajo el punto de vista externo de la legitimación de la dominación o del encubrimiento de la violencia, se dirige el interés analítico al conocimiento inmanente a las prácticas y a la producción y transformación de lo ‘verdadero’” (Lemke 2001: 92).

Política criminal biopolíticamente complementaria

Tanto Foucault en su trabajo *Nuevo orden interior y control social* (1991) como Deleuze en su *Postscriptum* (1995: 285) habían anunciado que bajo las actuales condiciones de las sociedades postdisciplinarias – o sea en las sociedades biopolíticas gubernamentales – podrían reaparecer formas adaptadas del viejo poder soberano. Esto es exactamente lo que pasó. Y no tiene nada que ver necesariamente con índices de criminalidad o con la sensación de inseguridad. La política criminal es sin embargo el campo en el cual se reflejan con más claridad las transformaciones estatales, políticas, sociales y económicas, aunque “las políticas de delito y de control afectan no solamente contextos de delito y reacción social. El que algo sea o no sea definido como delito, el cómo la conducta delictiva es organizada, rechazada o controlada, todo ello corporiza relaciones políticas en el sentido más amplio, más que sólo luchas por el control estatal” (Stenson 2005: 267). La fuerte gubernamentalización del Estado ha posibilitado la reaparición franca y al descubierto de estrategias soberanas. Esto no significa sin embargo que el poder soberano y las corrientes punitivas en el campo político criminal ganen

importancia en desmedro de la gubernamentalidad.

Gubernamentalización y “soberanización” de los Estados, de la sociedad y por eso también de las políticas criminales son, según mi opinión, desarrollos actuales y paralelos. Por este motivo cuando se dice que las “sociedades industriales avanzadas (particularmente los Estados Unidos) están experimentando no una crisis de crimen y castigo sino una crisis de *governance* que las ha llevado a priorizar al crimen y al castigo como los contextos preferidos para dicha *governance*” (Simon 1997: 173), ésto no debe ser entendido exclusivamente en el ámbito de la política criminal de seguridad. El gobernar a través del crimen tiene tanto que ver con las políticas criminales de la seguridad, como de la libertad, así como lo mostraba Jonathan Simon con el ejemplo del trabajo en comunidad. Fritz Sack entre otros considera que las corrientes punitivas están siendo mucho más importantes y significativas que el movimiento que se da entre las políticas criminales de la libertad (Sack 2003: 63). Si se tiene en cuenta el funcionamiento complementario y conjunto de ambas tendencias político-criminales, que tiene por fundamento el interjuego también complementario de las estrategias de poder en que se fundan, es poco plausible tal primacía de las estrategias de seguridad.

La política criminal de la seguridad complementa una política criminal de la libertad al neutralizar amenazas biopolíticas de una forma que nunca podría ser llevada adelante por los privados o por mecanismos descentralizados ni *at-a-distance*. Por su parte la política criminal de la libertad complementa una política criminal de la seguridad al gerenciar situaciones riesgosas cotidianas a través de los mismos particulares y aliviando de este modo la carga estatal y logrando mantener una – aparentemente deseada y necesaria – distancia del Estado respecto a la sociedad en su cotidianeidad. Sin esta política criminal de la libertad que sigue el paso a los tiempos neoliberales, no sería posible pensar en una política criminal de la seguridad tan abierta, ya que sería económicamente imposible de sostenerse y desde una óptica político social, tampoco sería tolerable una permanente cercana y visible intervención estatal en la vida cotidiana de

la postsocialidad. Un ejemplo muy ilustrativo lo brindan los Estados Unidos. El recorte de libertades y privacidad civiles que significa la normativa de emergencia decidida – y adviértase que digo “decidida” y no legislada – en el marco de la lucha contra el terrorismo, implica una intervención estatal pocas veces vista en ese país (desde la habilitación intervenciones telefónicas dispuestas sin mayor explicación hasta el establecimiento de tribunales especiales militares y de detenciones custodiales con base en procedimientos especiales que nada tienen que ver con la *rule of law*). Si bien hay protestas de organizaciones de derechos civiles, no existe mayor resistencia por parte de la sociedad en general, puesto que estas medidas son tomadas “por su seguridad”, y en pos de la “defensa de su libertad”. Respuestas habituales, que también se han comprobado en estudios sobre CCTV, a la pregunta de si los individuos no se sienten limitados en sus libertades son “No me siento afectado, porque se que esos controles no estan dirigidos a mi... No tengo nada que ocultar... Son medidas necesarias para nuestra seguridad, cómo me voy a quejar?”. La seguridad como racionalidad política habilita medidas que son aceptadas por la “sociedad” y tomadas en contra de los “extraños a” o “enemigos de” esa sociedad. La libertad como racionalidad política pone en acción a esa mayoría, que advierte que el Estado no está en condiciones de reducir los riesgos y controlar las situaciones riesgosas como, entre otros, el delito “racional” cometido por los miembros de la sociedad. En otras palabras, la criminología del otro interactúa con la criminología del sí mismo... El Derecho Penal del Enemigo complementa – en la lógica de este funcionamiento y dejados de lado balances valorativos – al Derecho Penal del Ciudadano.

El ámbito de libertad, como categoría de pensamiento, o sea, como forma de reflexión y praxis de posibilidades, de desarrollos y de resistencias frente a ejercicios de poder externo, ha aumentado enormemente con el correr de las últimas décadas. Aún cuando el ámbito de libertad y la promesa de libertad son difícil y problemáticas de aplicar y alcanzar en la vida cotidiana, permanece la libertad siempre remodelada, como forma y paradigma del gobierno gubernamental. Promesa, ámbito y pensamiento de libertad abren la posibilidad a

promesas de seguridad, a ámbitos de seguridad y a pensamientos de seguridad. Cuando los individuos se sienten “libres” y pueden actuar “libres” no tienen ningún problema con que haya intervenciones visibles inmediatas y permanentes por parte del Estado y de actores soberanos que “crean” o “fabrican” seguridad. Tampoco tienen ningún problema con tomar medidas excluyentes, soberanas privadas (por ejemplo al contratar servicios de seguridad privada en un centro comercial para excluir la presencia de sujetos indeseados). Las técnicas del poder de muerte son permitidas e incluso fomentadas en favor del poder de vida. “Foucault ha ubicado la violencia en el corazón de la identidad social y política. Más aún, ha mostrado la forma en que modernas sociedades biopolíticas están basadas en una violencia que ha sido reificada en códigos, normas y tecnologías de regulación – en un registro político que, en lugar del derecho simbólico del soberano de tomar la vida, tiene como su principio identificatorio la preservación y protección de la vida” (Newman 2004: 24).

Por qué tendrían que ser contradictorios con la libertad de los “normales ciudadanos” las medidas soberanas que se toman contra vagabundos, contra musulmanes, contra terroristas, contra delincuentes sexuales, contra grupos o “miembros” del crimen organizado? Los “ciudadanos normales” necesitan y desean la protección que brinda una política criminal de la seguridad.

Por otra parte, por qué el monopolio estatal de la violencia tendría que verse contradicho por la policía comunitaria, por los servicios de seguridad privada, por las cada vez más surtidos servicios de seguros, por los diseños de la prevención situacional del delito? Todas estas tácticas de la política criminal de la libertad relevan al Estado de tareas y se mueven en un productivo ámbito de libertad, que de ninguna manera podría ser cubierto por mecanismos soberanos de seguridad.

La escisión que se observa en los discursos y prácticas de la política criminal pone en evidencia un procesamiento dicotómico de la cuestión delictiva. Esta dicotomía se encuentra sin embargo muy lejos de ser contradictoria. El surgimiento de políticas criminales de la libertad,

que actúan fundamentalmente privada, individual y económicamente y que tratan con riesgos, sigue una estrategia de poder gubernamental. El surgimiento de políticas criminales de la seguridad, que ya no en forma oculta sino absolutamente al descubierto adoptan medidas de exclusión y básicamente son llevadas a cabo por el Estado para enfrentar peligros, sigue estrategias soberanas de poder. Ambas formas reflejan la lógica de la gubernamentalidad y el poder soberanos biopolítico de la actualidad. Se entremezclan, pero son de todos modos diferenciables. Mientras el lenguaje en un ámbito es de tipo económico, lo es en el otro de tipo bélico. Economía y población, en sus niveles económico y biológico son fomentadas y protegidas al mismo tiempo.

Aquí no se trata de legitimar la función de la política criminal por parte de la sociedad o del Estado, sino de descifrar su forma actual de funcionamiento. La reflexión acerca del interjuego de las distintas manifestaciones de la política criminal y el análisis “conglobante” – para usar un interesante término zaffaroniano – de sus racionalidades, es un ejercicio algo olvidado en la discusión criminológica. Ejercicio que creo hay que recuperar y con la que pretendo colaborar con este trabajo. Sólo entendiendo o, cuanto menos, intentando entender los procesos que nos rodean y dejando en principio valoraciones y pasiones de lado, podemos acercarnos a nuestra realidad, desmenuzarla. Este acercamiento avalorativo no debe ser confundido sin embargo con legitimación o defensa, sino entendido como desafío intelectual. En definitiva se trata de la investigación de prácticas o de sistemas de prácticas y sus racionalidades, roles y funcionamiento. La perspectiva biopolítica que expuse, la libertad gubernamental, el rol del poder soberano - incluso en sus expresiones más extremas - no deben ser entendidos como error, sino, como dijo alguna vez Foucault en referencia a los *Gulags*, como “realidad” que debe ser analizada (Foucault 1985: 75). Recién cuando esta realidad es decodificada y entendida se pueden poner en marcha todas las formas – más y menos posibles - de resistencia.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, Giorgio 2004 (orig. 2003), *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Butler, Judith 2005, *Unbegrenzte Haft*, en Butler, *Gefährdetes Leben* (69-120), Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Cohen, Stanley 1988 (orig. 1985), *Visiones de Control Social*, Barcelona: PPU.

Crawford, Adam 2000, “Situational Crime Prevention, Urban Governance and Trust Relations”, en: von Hirsch/Garland/Wakefield (Eds.) *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford y Oregon: Hart Publishing, 193-213.

Dean, Mitchell, 2001, “Demonic Societies: Liberalism, Biopolitics and Sovereignty”, en T.B. Hansen y F. Stepputat (eds) *States of Imagination*, Durham, N.C: Duke University Press, S. 41-64.

Deleuze, Gilles 1995, “*Post-scriptum sobre las sociedades de control*”, en: Deleuze, G., *Conversaciones 1972-1990*, Valencia: Pre-Textos, pp. 277-286. (orig. En *L'Autre Journal*, N° 1, mayo de 1990).

De Marinis, Pablo 1998, “La espacialidad del Ojo Miope (del Poder) (Dos Ejercicios de Cartografía Postsocial)”, en: *Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura* 34-35: 32-39, Dic. 1998.

Felson, Marcus 1994, *Crime and everyday life: insights and implications for society*, Thousand Oaks, Calif. [u.a.]: Pine Forge Press.

Foucault, Michel 1985 (orig. 1977), “Poderes y Estrategias”, in Foucault, M. *et al.*, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid: Alianza Editorial, 73-86.

Foucault, Michel 1989 (orig. 1975), *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión.*, Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Foucault, Michel 1991 (orig. 1978), “Nuevo Orden interior y Control Social” en: Foucault *Saber y Verdad*, Madrid: La Piqueta, 1991, 163-166 (Participación en la Universidad Vincennes, orig. Publicado en *El Viejo Topo*, extra N 7, 1978, 5-7).

Foucault, Michel, 1992, “Entrevista sobre la prisión: el libro y su método” (“Entretien sur la prison: Le livre et sa methode”. *Rev. Magazine Littéraire*, nr. 101, Juni 1975, 27-33), en: Foucault *Microfísica del Poder*, Madrid: La Piqueta.

Foucault, Michel 1993 (orig. 1976), “Las Redes el poder” (Texto de la conferencia proferida en 1976 en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Brasil), en: Foucault, *Las Redes del Poder*, Buenos Aires: Almagesto.

Foucault, Michel, 1995 (orig. 1978), *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Barcelona: Gedisa.

Foucault, Michel 2000 (orig. 1975), *Los Anormales*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, Michel 2001 (orig. 1976), *Defender la sociedad*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, Michel 2002 (orig. 1976), *La voluntad de saber* (Historia de la sexualidad, Tomo 1), México: Siglo XXI editores.

Foucault, Michel 2004 (orig. 1978), *Geschichte der Gouvernementalität I. Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Foucault, Michel 2004a (orig. 1979), *Geschichte der Gouvernementalität II. Die Geburt der Biopolitik*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Gamble, Andrew 1994 (orig. 1988), *The Free Economy and the Strong State: The Politics of Thatcherism*, Basingstoke.

Garland, David 1996, “The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society”, en: *British Journal of Criminology* 36(4), 445-471.

Garland, David 1997, “Governmentality and the problem of crime: Foucault, criminology, sociology”, en: *Theoretical Criminology* Vol. 1 (2), 173-214.

Garland, David 2000, “The New Criminologies of Everyday Life: Routine Activity Theory in Historical and Social Context”, en: von Hirsch/Garland/Wakefield (Comps.) *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford y Oregon: Hart Publishing, 215-224.

Garland, David, 2003 (orig. 2000), “Die Kultur der ‘High-Crimes Societies’. Voraussetzungen einer neuen Politik von ‘Law and Order’”, in: *Soziologie der Kriminalität. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 43/2003, 36-68.

Garland, David 2005 (orig. 2001), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa.

Jakobs, Günther 1997, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid: Civitas.

Jakobs, Günther 2000, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en: Eser, A./Hassemer, W./Burkhardt, B. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, S. 47-56.

Jakobs, Günther, 2003, “Derecho Penal del Enemigo”, en: Jakobs, G./Cancio Meliá, M.: *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 19-56.

Jakobs, Günther, 2005, Carta de G. Jakobs del 7 de febrero de 2005 a los estudiantes del seminario “*Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie*” (Seguridad y Libertad IV. Estado y Sociedad).

Derecho Penal del Enemigo y Criminología) bajo la dirección de Prof. Dr. Fritz Sack y Dr. Jürgen Kühling, en el marco del Posgrado en Criminología de la Universidad de Hamburgo.

Krasmann, Susanne 1999, "Regieren über Freiheit. Zur Analyse der Kontrollgesellschaft in foucaultscher Perspektive", en *Kriminologisches Journal*, 31 Jg., H.2, 107-121.

Lapeyronnie, Didier 2001, "Die Ordnung des Formlosen. Die soziale und politische Konstruktion von Rassismus in der französischen Gesellschaft", en: *Mittelweg* 36 10(3):79-92.

Lemke, Thomas 2001, "Max Weber, Norbert Elías y Michel Foucault über Macht und Subjektivierung", en: *Berliner Journal für Soziologie* 11:77-95.

Lemke, Thomas 2002 (1. Aufl. 1997), *Eine Kritik der politischen Vernunft*, Göttingen: Argument.

Newman, Saul 2004, "Terror, Sovereignty and Law: On the Politics of Violence", en: *German Law Journal* Vol. 5 N° 5 – 1 May 2004.

Nogala, Detlef 1995, "Was ist eigentlich so privat an der Privatisierung sozialer Kontrolle?", en: Sack, Fritz (Hrsg.) *Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen*, Baden-Baden: Nomos, 234-260.

Ojakangas, Mika 2005, "Impossible Dialogue on Bio-power. Agamben und Foucault", en: *Foucault Studies*, N° 2, Mai 2005: 5-28.

Reuter, Julia 2003, "Der Körper als seismograph gesellschaftlicher (Un-)Ordnung", en: *Kriminologisches Journal* 35.Jg. H.3:201-211.

Rose, Nikolas 2000 (orig. 1994), "Tod des Sozialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens", en: Bröckling/Krasmann/Lemke *Gouvernementalität der Gegenwart*, Frankfurt: Suhrkamp, 72-109.

Rose, Nikolas/ Miller, Peter 1992, "Political power beyond the State: problematics of government", en: *British Journal of Sociology* 43/2, junio, 173-205.

Sack, Fritz 1995, "Prävention – ein alter Gedanke in neuem Gewand. Zur Entwicklung und Kritik der Strukturen ‚postmoderner‘ Kontrolle", en: Gössner, R. (Hrg.) *Mythos Sicherheit. Der hilflose Schrei nach dem starken Staat*, Baden-Baden: Nomos, 429-456.

Sack, Fritz 1998, "Conflicts and convergences in criminology: bringing politics and economy back in", en: Ruggiero, V./ South, N./ Taylor, I.: *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London/ New York, 37-51.

Sack, Fritz 2003, "Governing through Crime", en: *Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat*. Konferenz der Friedrich-Ebert-Stiftung/ Forum Berlin in Kooperation mit der Humanistischen Union e.V. am 26. März 2003 in Berlin, hrsg. v. Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin, 59-70.

Simon, Jonathan 1997, "Governing Through Crime", en: Fischer, G./ Friedman, L.: *The Crime Conundrum. Essays on Criminal Justice*, New York: Westview Press, 171-190.

Stenson, Kevin 1998, "Beyond histories of the present", en: *Economy and Society* 27:333-352.

Stenson, Kevin 2005, "Sovereignty, biopolitics and the local government of crime in Britain", en: *Theoretical Criminology* Vol.9 (3):265-287.

SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE IMMANUEL KANT*

Kristian Kühl**

I. Introducción

En el sistema universitario de Alemania la Filosofía del Derecho es una asignatura que se enseña mayoritariamente en las facultades de derecho. Eso se hace evidente sobre todo por la gran cantidad de los manuales de Filosofía del Derecho escritos por juristas. Pondremos una pequeña muestra de ello: *Helmut Coing*, Fundamentos de la Filosofía del Derecho (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*), 5a ed. 1993; *Arthur Kaufmann*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*) 2a ed. 1997; *Wolfgang Naucke*, Conceptos fundamentales de la Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophische Grundbegriffe*), 3a. ed. 1996; *Gustav Radbruch*, Manual de Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie – Studienausgabe*) 2a. ed. 2003; *Kurt Seelmann*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*), 3a. ed. 2004; *Reinhold Zippelius*, Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*), 4a. ed. 2003. A diferencia de la filosofía, la jurisprudencia es una ciencia de los manuales, es el género literario preferido por los juristas junto con los comentarios, y este hecho también afecta las ciencias básicas como la Historia del Derecho, la Sociología del Derecho y la Filosofía del Derecho, aunque ésta última no se presta demasiado para ser desarrollado en un manual (lo que no impide que muchos juristas produzcan manuales de Filosofía del Derecho.)

Además de la tendencia de presentar la filosofía del derecho en forma de un manual se hace notorio que en el manejo de la problemática de la filosofía del derecho los juristas direccionan el tema hacia un derecho positivo y buscan una relación con temas actuales, ello también se reproduce en el título de esta contribución. Ello tiene la ventaja que el filosofar jurídicamente no

se escapa a las nubes de conceptos, así pues, no pierde el contacto con la realidad. Pero también tiene la desventaja que las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho y sus problemas generales se vinculan demasiado rápido con problemas actuales cotidianos mediante una acercamiento selectivo ("se escoge lo que se adecua a este instante.")

Para entender bien esta desventaja es importante saber que también los filósofos, en realidad científicos filosóficos, -pero este concepto no existe-, se interesan por la filosofía del derecho, no obstante en un número reducido. Ellos entienden la filosofía como un sistema, por ende ubican la filosofía práctica al lado de la filosofía teórica y colocan la filosofía del derecho junto con la ética al lado de una filosofía práctica. La filosofía del derecho se vuelve de esta manera un área de aplicación de principios de la filosofía práctica y no -como para los juristas- una asignatura básica del derecho como ciencia del derecho positivo. A ese hecho corresponde que por parte de los filósofos la "Filosofía de Derecho" es entendida como concepto competitivo de "Ética del derecho".¹

Esta ubicación de la filosofía del derecho, como lo han realizado los filósofos, la encontramos también en el sistema propuesto por Kant. Él separa su filosofía práctica "*Metafísica de las Costumbres*" de 1797 en dos partes: "Parte primera: Principios Metafísicos del Derecho"² y "Parte Segunda: Principios Metafísicos de la Moral". Según la terminología contemporánea se podría decir que divide la filosofía práctica en Filosofía del Derecho y Ética.

No obstante el reconocimiento que aún goza la filosofía de Kant, la filosofía del derecho, tal como lo presenta en la *Metafísica de las Costumbres*, fue durante mucho tiempo infravalorado en Alemania.³ Las razones para su

¹ Véase, Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2001.

² La "Doctrina de Derecho" se cita según los Escritos de Kant editado por la Academia Prusiana de Ciencias (*Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften - AA*), Berlín 1902 s., por ejemplo: VI 203 corresponde al Tomo 6, Pág. 203.

³ Más acerca de este tema acompañado de varios ejemplos, véase Kühl, *Rehabilitierung und*

* Título original: "Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Immanuel Kants". Texto traducido del alemán por Dorothea Ortman y Andy Carrión.

** Catedrático en las Universidades de Tübingen, Erlangen-Nürnberg, Gießen, Alemania.

menosprecio durante más de 150 años son antiguas pero persistentes:

- El texto de la Doctrina del Derecho parece ser oscuro y difícil; algunas partes del texto aparentemente fueron mal ubicadas al momento de su publicación;
- La “*Metafísica de las Costumbres*” a más tardar desde de la condena realizada por Schopenhauer en el año 1820 (“como un muy mal libro”) cuenta como una obra accidentada por la vejez de su autor;
- En la doctrina jurídica, se le reprocha a Kant el haber regresado metodológicamente al dogmatismo y al antiguo derecho natural.

Sobre todo el último punto de la crítica, que se origina a partir de la época de la aplicación de métodos, o del neokantismo que exagera en lo metodológico apareciendo en el cambio del siglo XIX/XX, ha impedido la dedicación estricta con la doctrina del derecho, a tal punto que se reduce todo a un método; argumento que se repite muchas veces incluso en la muy influyente “*Introducción a la Filosofía de Derecho*” de Artur Kaufmann. En tal sentido leemos en la quinta edición de 1989 que Kant presentó en su obra tardía “un punto de vista no muy crítico acerca del Derecho Natural,” especialmente en lo referido a su teoría de la justicia, la cual no se encontraba a la altura de su época (p. 59 s.). Este argumento no ha variado en la 7ª edición actual de 2004 (véase Pág. 56 y ss.), además se reimprime en ella la introducción de la 6ª edición de 2001 sin modificarla, en homenaje a su reciente fallecido autor Artur Kaufmann.⁴

Esta crítica realizada a Kant debe ser rechazada puesto que el tiempo ha demostrado que la misma se ha vuelto obsoleta, ello desde que a partir del inicio de los años ochenta del siglo XX tanto los filósofos del derecho como los juristas dedicados a la filosofía del derecho, se ocuparon de la doctrina del derecho de Kant. El autor de esta contribución ha podido constatar una cierta rehabilitación de la doctrina del derecho a partir del año 1991, lo cual puede ser corroborado con

varios ejemplos específicos.⁵ Aquí añadimos como una evidencia más de ello la aparición de la exitosa serie “*Explicar a los clásicos*”, cuyo primer tomo, titulado: “*Immanuel Kant, comienzos metafísicos de la Doctrina del Derecho*” se publicó en 1999. Este tomo, editado por Otfried Höffe, uno de los filósofos más importantes de la rehabilitación Kantiana, contiene 14 contribuciones de autores de lengua alemana e inglesa, quienes son en su mayoría filósofos y juristas. A la última categoría pertenece el autor de esta contribución, aunque también siguió un estudio en filosofía que concluyó con un doctorado.

II. Elementos para un Estado Social en la doctrina de la propiedad privada

El autor de esta contribución ya se ha planteado en su tesis doctoral en filosofía la pregunta de si la doctrina de la propiedad privada de Kant se encuentra abierta o no a elementos de un Estado social (Véase: Kristian Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung - Zur Aktualität der kantischen Rechts- und Eigentumslehre*, 1984). Fue grande la resonancia que recibió este trabajo, aunque en su mayor parte crítica. Lamentablemente tenemos que renunciar a presentar la doctrina de la propiedad de Kant en este trabajo, no sin confirmar nuestra tesis de la posibilidad de incluir los elementos de una doctrina para un Estado social.⁶

Según Kant sólo “la voluntad unida a priori” determina en un Estado burgués “qué es derecho, qué es lo justo y qué es lo adecuado.”⁷ Con ello surge la pregunta si esto implica la obligación para el legislativo de dar un reglamento para la interpretación de la propiedad. O ¿acaso el Estado no juega un rol tan importante para asegurar la propiedad provisional adquirida de manera natural? Más concretamente: ¿el rol del Estado es solamente restrictivo para asegurar la propiedad pre-estatal adquirida en un estado natural o su rol es preventivo para ofrecer las condiciones que son necesarias para poder crear una propiedad, y,

en el caso que éstas condiciones hayan desaparecido, volver a establecerlas?. Aparentemente un Estado de bienestar no conjuga con una doctrina de la propiedad privada porque aquella tiene que redistribuir permanentemente los bienes adquiridos sobre la base de una libertad de producción. Una obligación estatal para una distribución equilibrada respecto a las posibilidades de propiedad privada y la libertad de producción encontraríamos quizá en la doctrina de Kant referido a la propiedad.

La crítica que recibió mi tesis – afirmando que un “Estado socialmente funcional y libre” se enmarca dentro del margen de la doctrina de propiedad de Kant - se basa esencialmente en el texto de la doctrina kantiana del derecho, expuesto en la *Metafísica de las Costumbres* de 1797. Este texto realmente no permite una identidad entre una libertad externa, visto como independencia frente a una voluntad ajena y opresiva,⁸ y una libertad que entiende la igualdad de posibilidades como la base para el ejercicio libre de las actividades económicas. De la última no se habla en la filosofía del derecho, por lo menos no de una manera explícita. Por esta razón no vamos a encontrar en ella indicios explícitos para un componente de un Estado de Derecho que fundamente por completo la protección de la propiedad y la libertad. En el § 9, capítulo primero, leemos: la “Constitución burguesa asegura a cada uno lo suyo, pero no lo precisa ni lo determina”.⁹ De manera más específica se añade en § 15, en el segundo capítulo referido a la compra: “Lo indeterminado en relación a la cantidad así como a la cualidad del objeto adquirido hace de esta tarea (de la única originaria adquisición) entre todas las existentes la más difícil de disolverla”,¹⁰ pero tampoco se formula a través de ella un rol activo del Estado para proponer la igualdad de las posibilidades en la adquisición de la propiedad, lo que pondría límites para la adquisición de la propiedad.

A pesar de este resultado inequívoco, en el texto sobre la Doctrina del Derecho encontramos también algunos principios que pueden ser considerados para la adquisición de la propiedad, así como limitaciones para aquel que tiene el

poder sobre ella. En este sentido leemos en el § 46 respecto a la ley positiva: “la obtención de la propiedad no debe estar en contra de la libertad natural y su respectiva igualdad del pueblo porque no debe imposibilitar que cada uno pueda desarrollarse de un estado pasivo hacia un activo”.¹¹ Como el “estado activo” está principalmente relacionado a la obtención de la propiedad se podría derivar de esta exigencia que la posibilidad para evolucionarse hacia un propietario no debe estar obstruida. El texto no especifica si se piensa solamente en las posibilidades o ya en las bases legales para ello.

Algo parecido encontramos también respecto a la limitación de la propiedad. Títulos de propiedad y bienes como las “fidei comisas” eran comunes en la época de Kant, pero fueron criticadas en la Doctrina del Derecho porque formaban restricciones para el individuo en el momento de crear una propiedad y lograr con ello la independencia burguesa.¹² Kant adscribe al Estado un rol activo si se trata de la abolición de privilegios: “De allí se concluye: que no deben existir corporaciones en el Estado, ni en los estamentos y deben ordenar quienes como propietarios puedan heredar tierras para el uso único de las generaciones siguientes (sin límite) según ciertos estatutos”. El Estado las pueda anular en cualquier momento solamente a condición de indemnizar a los sobrevivientes.¹³ Pero Kant no llega a sacar explícitamente la consecuencia lógica de todo ello que consiste en el hecho que no solamente los privilegios legales pueden ser anulados, sino también los poderes reales que se manifiestan en la propiedad si eso está en el interés para la adquisición de la propiedad.

Pero aun más importante que estos puntos de partida para la apertura de la doctrina del derecho a un Estado social es la reflexión sobre la capacidad de evolución de los principios fundamentales de la doctrina del derecho, normas jurídicas generales, que coincide con la ley de la voluntad general.¹⁴ El Estado como representante de esa voluntad de todos deben cumplir a la hora

Aktualisierung des kantischen Vernunftrechts, en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 44 (1991), Pág. 212 ss.

⁴ Véase, El Prefacio de Hassemmer/Neumann.

⁵ Kühl (nota. 3), Pág. 212 ss.

⁶ Esta parte del texto sigue en lo principal al aporte mío que he proporcionado a la obra editado por Höffe, *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1999, Pág. 177 s.

⁷ Kant, AA VI 267.

⁸ Kant, AA VI 237.

⁹ Kant, ibidem, Pág. 256.

¹⁰ Kant, ibidem, p. 266.

¹¹ Kant, ibidem, p. 215.

¹² Cercano, Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung*, 1984, Pág. 286 s.

¹³ Kant, AA VI 324.

¹⁴ Kant, ibidem, Pág. 267.

de dar las leyes para la propiedad con una ley jurídica. Queda por preguntarse si en esa ley general se trata solamente de la aprobación para las libertades jurídicas o si se considera también las condiciones para la realización de la libertad.

Según Kant la igualdad como “un principio de los derechos humanos universales” ya está implícita en el principio de la libertad innata con todos sus facultades y sus consecuencias jurídicas; libertad e igualdad “no cuentan como parte de un concepto jurídico de un mayor rango”.¹⁵ Aunque libertad e igualdad no son principios autónomos colocados cada uno frente al otro o como ideas competitivas, no se puede entender la igualdad como igualdad de los estratos sociales, porque de esta manera se debería excluir la libertad para el manejo de las cosas de manera general; lo que siempre nos lleva a una desproporcionalidad de los estados de posesión. La igualdad debe referirse más bien a la libertad y debe precisar en sus contenidos que ella significa libertad para todos siempre y cuando el ejercicio de esa libertad no contradiga la ley general y el ejercicio de la libertad de los demás. A aquello pertenece no sólo negativamente la abolición de los privilegios que limitan la libertad, sino también positivamente la creación de las condiciones para implementar la libertad en el espacio social, sobre todo en lo económico, no obstante que cuestiones de las garantías empíricas no están en el centro de la realización de la libertad de Kant. Eso significa que la doctrina del derecho de Kant con su principio de la libertad vinculado con la idea de la igualdad no está fijada en una igualdad jurídica, sino en la exigencia de una igualdad de posibilidades. Para este fin la razón práctica no necesita disponer un concepto general de la felicidad porque la igualdad de posibilidades deja que cada uno realice sus ideas acerca de la felicidad.

La libertad limitada por la ley que fundamenta en un primer momento la obtención de la propiedad, regula al mismo tiempo el principio de la limitación para el proceso de la adquisición de una propiedad. Que la propiedad se fundamente en la libertad no quiere decir que ella queda expuesta a su suerte. Eso nos demuestra la ley general indicando que se necesita la aceptación de la libertad de los demás. Con ello se establecen

¹⁵ Kant, *ibidem*, Pág. 238.

las condiciones generales y recíprocas de toda libertad, también de aquella libertad en la cual se manifiesta la adquisición de bienes y la acumulación de capital.

III. La Fundamentación del Derecho Penal en Kant

La Doctrina del Derecho penal de Kant ha encontrado una crítica aun mayor en Alemania que su propia Doctrina del Derecho. Sobre todo su teoría represiva de la pena y su famoso “Ejemplo de la Isla” es la causante que 1968 el penalista y teórico del derecho, Ulrich Klug, insista en despedirse tanto de Kant como de Hegel: “Ya es hora de despedirse definitivamente de las teorías penales de Kant y Hegel con todos sus excesos irracionales y líricos, con sus dudosas teorías epistemológicas, lógicas y morales.”¹⁶

No obstante esta eficaz invitación, ella no impedía a los juristas como tampoco a los filósofos del derecho a dedicarse a la teoría penal de Kant. Debemos mencionar sobre todo, una vez más, a Otfried Höffe, quien en su volumen publicado rehabilitó la teoría penal de Kant, como ya hemos mencionado en el punto uno de este ensayo.¹⁷ El autor de esta contribución se ha unido a ello incluyendo además la discusión científica acerca del Derecho penal de Kant con una pequeña monografía escrita en año 2001 que lleva por título “El significado de la Filosofía del Derecho para el Derecho penal”.¹⁸ Allí se parte de la crítica ya formulada por Kant y Hegel sobre las teorías penales utilitaristas, según las cuales ellas “sea por causa de condicionamiento de sí mismo o sea a causa de motivación para otros”¹⁹ entremezclan al ser humano con “las demás cosas del derecho de los objetos;”²⁰ o lo tratan “como un perro” que “se amenaza con un palo”.²¹ La condena es en primer lugar una desaprobación o

¹⁶ Klug, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Tomo 2: *Materielle und formelle Strafrechtsprobleme*, 1981, Pág. 149 y 154 (primero en: J. Baumann [Edit.], *Programm für ein neues Strafrecht*, 1968, Pág. 36 s.)

¹⁷ Höffe (nota 6), Pág. 213 s.

¹⁸ Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 2001, Pág. 26 s.

¹⁹ Kant, AA VI 331

²⁰ Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, Pág. 45

²¹ Hegel, *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, 2a ed. 1840, § 99 Añadido.

sanción que se da por un delito cometido, la medición de la pena se rige por el principio de igualdad. No se sabe si el infractor o la sociedad sacan un beneficio de la condena o de la sanción a largo o corto plazo.

Pero Kant no tiene solamente un significado permanente para la teoría penal, sino también lo tiene para la Filosofía de Derecho penal. El Derecho penal, como parte del Derecho, a lado del Derecho civil, así como también una parte del Derecho público (Derecho estatal y administrativo), se hace evidente por el hecho que el Estado sanciona con condenas máximas las infracciones cometidas frente al ciudadano. Pero al mismo tiempo también es Derecho porque nos indica en su área de competencia las normas para las sanciones. Según la Constitución de la República Federal de Alemania, la Ley Fundamental (*por sus siglas en alemán: GG*), se puede “sancionar un acto solamente si se estableció por ley ese hecho como delito antes de haberlo cometido”, (Artículo 103, Inciso 2 GG). Esta disposición constitucional, repetida con las mismas palabras en § 1 del Código Penal Alemán, contiene sobre todo, junto con la prohibición de la retroactividad y la analogía, el principio de determinación, según la cual todo comportamiento penalizado (más su sanción correspondiente) debe ser circunscrita lo más concreto posible en la ley que distinga claramente la penalización y su área de aplicación, cuya determinación permita deducirse a través de la interpretación.²²

El filósofo del derecho, y más aún el filósofo de Derecho penal, indaga más allá de lo que rige la ley de manera positiva, y cuál es el comportamiento que el Estado debe prohibir con una pena. Asimismo, busca encontrar tras el concepto formal del delito el concepto material, o más exactamente: el comportamiento sancionable.²³ En la discusión alemana predomina en este caso el llamado concepto del bien jurídico²⁴, según el cual solamente están bajo

²² Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 25a. ed. 2004, § 1 Margen 2.

²³ Véase, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5a. ed. 1996, Pág. 50 s.

²⁴ Acerca de la discusión alemana, véase, Hefendehl/v Hirsch/Wohlens (editores), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003.

pena la infracción o el hecho de poner en peligro los bienes jurídicos como la vida, la integridad física, mas no así meras infracciones morales²⁵ como por ejemplo el comportamiento homosexual entre adultos según mutuo acuerdo.

Referido a este tema, esto es: los razonables límites legales de un comportamiento punible, Kant ya desarrolló criterios importantes que el autor de este ensayo presenta en este lugar como ya lo hice en otras ocasiones.²⁶ En lo siguiente se trata a manera de conclusión acerca de la relación del Derecho (penal) positivo con el Derecho “como deber ser”, el Derecho racional de Kant. Se quiere investigar exactamente si las distinciones kantianas de legalidad y moralidad así como el deber jurídico y el deber de virtud sirven para un acercamiento crítico hacia el Derecho penal contemporáneo. El origen para esta investigación surge a partir de la observación que muchas veces el Derecho penal se basa en elementos de orientación interna como el valor de una convicción, o su no valor, la culpa por convicción y criterios especiales, y que además el Derecho penal se orienta aún hacia asuntos que pertenecen al reino de la moral. Dicho suscintamente, el Derecho penal podría estar lleno, y de manera inadmisiblemente, de preceptos morales y de convicción.

En la estructuración que realiza Kant en la *Metafísica de las Costumbres* define los conceptos “legalidad” y “moralidad” de la siguiente manera: “Se llama legalidad (conforme a la ley) a la simple coincidencia o no de un acto con la ley, sin considerar el motivo para ello; pero aquel acto en donde la idea de una obligación es originado por la ley, se llama moralidad (costumbre)”.²⁷ La diferencia entre legalidad y moralidad está presente en toda la obra *Metafísica de las Costumbres*, desde su “Introducción” hasta

²⁵ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3a. ed. 1997, § 2 Marg. 12.

²⁶ El texto siguiente corresponde en su mayor parte, Kühl (nota 18), Pág. 36 s., más detallado, Kühl, *Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechts- und Tugendpflichten für das Strafrecht*, en: Jung y otros. (compilador), *Recht und Moral*, 1991, Pág. 139 s., y: *Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens*, en: Dann/Klippel (compiladores), *Naturrecht-Spättaufklärung-Revolution*, 1995, Pág. 182 s.

²⁷ Kant, AA VI 219.

la “Doctrina sobre la Virtud”. Esta circunstancia externa nos indica que tanto la legalidad como la moralidad son formas del cumplimiento de las leyes racionales prácticas. Como todas las leyes racionales prácticas así como las leyes morales se componen de dos partes: una se refiere al deber objetivo y la otra al impulso para el cumplimiento de éste, pues, los dos conceptos “legalidad y moralidad” no están solamente entendidas como un área particular de la *Metafísica de las Costumbres*, porque sería igual si dijéramos que la legalidad perteneciera únicamente al área del Derecho y la moralidad a la moral.

Legalidad significa el cumplimiento estricto de un deber moral general, sea un deber jurídico o de virtud, así debe existir la posibilidad de cumplir también las virtudes de manera legal. Este sería el caso cuando se cumplen las virtudes, como por ejemplo el amor al prójimo, solamente por temor de una desaprobación por parte de los vecinos. Este cumplimiento de un deber recibe carácter de moralidad si la ley que exige el amor al prójimo sería la motivación principal para actuar así. Pero, si se relaciona este actuar, que debe estar libre de determinaciones empíricas e inclinaciones, con el cumplimiento de una exigencia jurídica: no cumplo mi deber por obtener ventajas, sino por el deber de cumplir con las condiciones acordadas,²⁸ entonces cumplió con un deber jurídico por motivaciones morales.

De cierta manera hago más de lo que el derecho me exige, porque el derecho se conforma con el cumplimiento de lo prescrito por la ley. Aunque leyes basadas en la razón contienen igualmente como las leyes basadas en la práctica “al mismo tiempo razones internas determinantes”, pero “no siempre es posible de evaluarlas desde esta perspectiva”.²⁹ “Aquella legislación” que “acepta también otros fundamentos aparte del deber, esa también sería jurídica”.³⁰ “Hacer del cumplimiento de la ley una máxima es una exigencia que me pide la ética.”³¹

Con ello, hemos demostrado un primer límite de la ley frente a la moral: Leyes racionales solamente pueden exigir un comportamiento legal

del destinatario; y la ley a su vez no debe interesarse por el ánimo interno de un sujeto jurídico. La fundamentación de Kant impide la intromisión de cualquier índole del Estado en el ánimo interno personal del ciudadano: Convicciones como fenómenos internos no son accesibles a pruebas jurídicas y no pueden ser obligatorias por parte del derecho estatal.³² Teniendo experiencias contrarias en donde se asume la intromisión del Estado en el ánimo interno, como por ejemplo por parte de leyes penales, se puede apoyar para ello en la Filosofía del Derecho de Kant con el argumento que en la evaluación y sanción de convicciones en contra de la ley general se pone un fenómeno interno como objeto de un reglamento legal, sin que eso fuera necesario para la protección de la libertad de esfera externa de otras personas. Mi libertad física no es tocado por el hecho que otras personas tengan otras convicciones, y normalmente tampoco por la circunstancia que pronuncien su convicción abiertamente.

También las influencias indirectas generadas por el ánimo interno son delimitadas por esta restricción. Éstas son notorias cuando se aplica sanciones solamente presumiendo que el ánimo interno puede llevar a una persona a ciertos actos o se cree que ella está al punto de realizarlo por tal motivo; a fin de cuentas es la ánimo presumido el que se sanciona. Los límites de una sanción preventiva tanto en la Parte general, (como por ejemplo la punibilidad de los actos preparatorios, según § 30 Inc. 2 del Código Penal Alemán) como en la Parte especial (por ejemplo la sanción de la conformación de una organización criminal, según § 129 del Código Penal Alemán), no debe entenderse ceñidamente de acuerdo a la peligrosidad de estos actos preparatorios respecto a las futuras víctimas porque la libertad externa de las personas no sólo debe ser protegida de lesiones, sino también ante amenazas. “Solamente se sabe” -así lo afirma *Michael Köhler* – “que la simple cogitatio, la preparación técnica o intelectual, todavía no es delito porque como tal no influye lo suficiente sobre la libertad externa de los individuos.”³³

También nos parece problemática la delimitación de un delito en el caso de expresión de ideas,

²⁸ Kant, AA VI 220.

²⁹ Kant, AA VI 214.

³⁰ Kant, AA VI 219.

³¹ Kant, AA VI 231.

³² Kant, AA VI 219, 239.

³³ Köhler (nota 19), Pág. 547.

como por ejemplo en el caso de agitación a la rebelión, según § 130 Código Penal Alemán, inciso 3. Este hecho ya se da inclusive cuando se niegan los hechos cometidos bajo el régimen del Nacionalsocialismo, refiriéndose la “mentira de Auschwitz”. La concretización, que eso se de recién cuando un acto es apto para perturbar la paz pública, no cambia en nada que aquí la simple negación de un hecho histórico o su carácter exaltativo sea entendido como agitación a la rebelión; pero se debe añadir que frente al crecimiento de movimientos neonazis y sus actos violentos no se puede excluir que solamente por la proclamación pública de la “mentira de Auschwitz” puedan provocar otros actos violentos. No se afirma que eso justifica una sanción del provocador.³⁴ Problemas parecidos de legitimación son comprendidos en el § 140 del Código Penal Alemán, que abarca ya la aceptación de delitos con el fin de crear un clima psíquico para defenderse frente a la disponibilidad de cometer un delito.³⁵

Un problema aún más general nos presenta Karl Engisch: él afirma que la diferenciación que hace Kant entre legalidad y moralidad es correcta, viéndola desde el punto de vista legal, pues los motivos son solamente interesantes para la moral mas no para el derecho; pero actos en contra de la ley no pueden ser considerados allí, por lo menos no en un sistema de sanciones que trabaja según el principio de culpabilidad, para el cual no cuentan los impulsos y las motivaciones.³⁶

No podemos aclarar por completo este asunto en este lugar, pero podemos decir mucho al respecto, como que no todas las formas de la participación interna de una persona que actúa objetivamente en contra de la ley son sometidas por igual al derecho. La voluntad para delinquir, el dolo y la negligencia, la intención y el motivo son más aptos de ser captadas por la ley como la convicción o algunas formas de convicción. La evaluación del ánimo interno de un delincuente – a parte de la problemática de detectarlo– es muy

compleja, más aun cuando el ánimo “detectado” es usado para sancionar y ello en mayor grado como le correspondería solamente para el delito externo, sin consideración de su ánimo interno.

No se puede rechazar por completo la consideración del ánimo interno en el campo jurídico con el argumento que no son válidas, no se trata de su valoración moral sino de las que resultan rechazables. No obstante que la falta de correctas convicciones morales todavía no implicaría la existencia de un ánimo altamente rechazable, pero se debería en todo caso demostrar que su consideración sería necesaria para la protección de la libertad dentro del orden jurídico.

Excepcionalmente problemático nos parece dentro del Derecho penal todavía, aunque con tendencia a desaparecer, el reforzamiento de la pena en los casos de actitudes internas calificadas como “malévolo”, “brutal”, “desconsiderado”. Esa práctica se vuelve, según Hans Welzel, “el punto de mayor riesgo para la paulatina aparición de un Derecho penal de ánimo (*Gesinnungsstrafrechts*)”.³⁷ La dogmática penal se dedica a estos criterios, sobre todo con su ordenamiento sistemático en la construcción de la teoría del delito: ¿se los puede considerar como características subjetivas del injusto, de la culpabilidad o mixtos?³⁸ De todos modos en el momento de la determinación de la ley se los califica como “altamente difícil”, así lo afirma Günter Stratenwerth³⁹, o como “aceptable dentro de un Estado de Derecho” como lo hace Claus Roxin.⁴⁰

Aparentemente ya no se plantea la pregunta acerca de la legitimación de esos criterios. Una respuesta para ello puede tomar su punto de partida en la filosofía liberal del derecho de Kant, y desde allí puede asumir la idea que en el Derecho penal, como en cualquier otra área del derecho, la libertad externa de las personas debe coincidir con lo que rige la ley general. Si un

³⁷ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed. 1969, Pág. 80.

³⁸ Compárese, Lackner/Kühl (nota 22), § 28 Marg. 4.

³⁹ Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Ed. 2000, § 8 Marg. 151 y § 12 Marg. 196.

⁴⁰ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 3. Ed. 1997, § 10 Marg. 78.

comportamiento no afecta el radio de acción del derecho de otras personas, no se le puede considerar como injusto sin tomar en cuenta la clase de ánimo que ayuda en ejercer un acto. Pero en el caso que un comportamiento si afecta la esfera de libertad externa de una persona la actitud reprochable no puede servir para aumentar la pena, salvo que la restricción de la libertad para la otra persona, lo que es difícil de imaginar, aumente la peligrosidad del delito.

Hasta aquí la diferencia entre legalidad y moralidad; ahora nos dedicaremos a la diferencia entre deberes jurídicos y deberes de virtud (*Tugendpflichten*). Tanto los deberes jurídicos como los deberes de virtud pertenecen a los dos diferentes ámbitos de las obligaciones que Kant establece dentro de las obligaciones morales. Por ello leemos en la “Introducción general de la Metafísica de las Costumbres”: “Todas los deberes son deberes jurídicos..., esos son aquellos para las cuales rige una ley externa, o son deberes de virtud para las cuales eso no es aplicable...”,⁴¹ A esa afirmación corresponde la imposibilidad ya tratada más arriba, de que mediante una legislación externa se busque imponer una ética que pertenece en todo caso al reino de la moral.

Nos ocuparemos ahora de los dos conceptos “Deber jurídico y Deber de virtud” en relación a su diferencia en el contenido. Para subrayar esa diferencia es recomendable circunscribir exactamente qué se va a entender bajo los deberes de virtud y qué bajo los deberes jurídicos. Por ello ya no nos preocuparemos de las “deberes éticos generales de virtud” del imperativo categórico que comprende también los deberes jurídicos, la que dice: “actúa conforme al obligación por deber”. Lo que queda entonces es lo que establece el principio de las virtudes como “los deberes de virtud éticos especiales: los deberes por amor y estimación”.

Desde el área de los deberes jurídicos, como se deriva de la “División General de las Obligaciones Jurídicas”, se excluye el primer y el tercer deber jurídico: “1. Sea un ser humano honorable (honeste vive).”; “3. Foma parte de una sociedad con otros, en la cual esté garantizado a cada uno lo suyo (suum cuique tribuere)”, para

⁴¹ Kant, AA VI 239.

finalmente lograr de subrayar el único deber jurídico externo de Kant que es el segundo deber jurídico: “2. No dañe al prójimo (neminem laede), ...”⁴²

La razón por la cual el mandamiento de amor pertenece a la moral mientras que la infracción de ese mandamiento pertenece a la ley, se debe relacionar a la circunstancia ya mencionada que el cumplimiento de los deberes jurídicos son algo que obedece a impulsos externos, y puede ser impuesto en caso extremo por coacción del Estado; el cumplimiento de deberes de virtud por su parte solamente se pueden coaccionar mediante una auto obligación. Correspondientemente leemos en la “División de la Metafísica de las Costumbres” que “los deberes de benevolencia, aunque sean deberes externos (obligaciones para un acto externo), pertenecen de todos modos a la ética”, “porque su legislación solamente puede ser interna.”⁴³

Otra diferencia entre deberes jurídicos y de virtud es aquella que divide entre deberes jurídicos completos y deberes de virtud incompletos. Según el título del parágrafo VII en la “Introducción a la doctrina de la virtud” esa división significa ahora que: “Los deberes éticos tienen un alcance amplio, mientras que los deberes jurídicos contienen obligaciones mucho más concretas”⁴⁴. Se refiere con ello a que los deberes de amor, por ejemplo, dejan un margen más amplio con qué actos van a ser realizados, mientras que los deberes jurídicos exigen actos o abstenciones concretas. Esa diferencia tiene su origen supuestamente en aquella circunstancia que la compatibilidad con los actos externos y su intención de cumplimiento solamente tiene éxito si en la ley de derecho general ellos son expresados y descritos de una manera clara y concreta. Que eso es gradualmente más fácil de lograr para los actos prohibidos, no obstante de su dificultad de una descripción exacta y concreta, que para actos debidos; explica esta circunstancia el sobrepeso de las prohibiciones en el ordenamiento jurídico y el escepticismo frente a las obligaciones. Debemos añadir que solamente en el caso de los deberes jurídicos en un sentido

⁴² Kant, AA VI 236 s.

⁴³ Kant, AA VI 220.

⁴⁴ Kant, AA VI 390.

estricto existe la posibilidad de ejercer una coacción de manera inequívoca.

Finalmente debemos recordar, respecto a la diferenciación entre deberes jurídicos y de virtud, que ya en la “Introducción a la doctrina del Derecho” el derecho a un ordenamiento de las relaciones de una libertad externa fue determinada de tal manera que los actos externos del individuo solamente pueden ser restringidos legalmente para guardar el interés de las posibilidades de actuar de los demás. El derecho se refiere más en concreto a “la relación práctica de una persona frente a los demás, si sus actos pueden tener de hecho (como facta)... influencia recíproca.”⁴⁵ Mediante esa afirmación del campo jurídico se excluye las obligaciones ante uno mismo como deberes jurídicos.

Las obligaciones ante uno mismo las divide Kant de acuerdo al criterio de si se refieren al ser humano como ser biológico o como ser moral. Al segundo grupo pertenece, entre otros, la prohibición de mentir. Aunque la mentira vulnera el derecho de la humanidad,⁴⁶ ella tiene recién relevancia jurídica como estafa si genera un daño para los bienes; ello llama cuidadosamente Kant “no infundada”.⁴⁷ Que se observa en recientes trabajos alemanes que se refieren a la estafa según el Derecho alemán actual vigente, en donde se califica la falta a la verdad como una infracción, incluyendo este hecho al derecho; eso no nos hace temer que el Derecho penal paulatinamente penetre al área de la doctrina de la virtud, porque el bien que preferiblemente tiene que ser protegido ante una estafa ya no es solamente el patrimonio, sino otro bien de derecho individual igualmente digno de ser protegido: la libertad de disposición que puede ser vulnerada por una estafa.

Al primer grupo pertenece según Kant la prohibición moral de un suicidio, con lo que se expresa al mismo tiempo que esa prohibición no es jurídica, dicho de otra manera, que el mantenimiento de la vida propia no es un deber

⁴⁵ Kant, AA VI 230.

⁴⁶ Kant, AA VI 430.

⁴⁷ Kant, AA VI 238, véase nota de pie de página.

jurídico.⁴⁸ El Derecho penal alemán coincide en tal sentido con la diferenciación kantiana entre deberes jurídicos y deberes de virtud porque la tentativa de suicidio no está prohibido y tampoco es un delito. Además, parece que la jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos penales, que parten de inmoralidad del suicidio, coinciden con la posición kantiana; pero esa coincidencia termina si de ese juicio moral se derivan consecuencias jurídicas para una penalidad, que también en situaciones en las cuales, según el reglamento de eutanasia pasiva, quedarían sin penalización en el caso de un suicidio, pero aquí son interpretados como negligencia de haber omitido “una acción de socorro” posible.

También se debe observar críticamente la perspectiva kantiana respecto a la punibilidad del homicidio a petición según § 216 Código Penal Alemán, allí se omite el derecho a una autodeterminación de aquella persona que desea morir, sin que se deje de garantizar la protección o infracción de los derechos de los demás.

En el caso de los deberes de virtud ante los demás, Kant distingue entre deberes de amor y de respeto. Se pueden dar consecuencias respecto al Código Penal si vemos los deberes de respeto en su área de vulneración al honor: ¿se puede considerar hablar mal sobre alguien como delito o recién la calumnia es relevante para una penalidad? Además pueden darse consecuencias para el Derecho penal respecto al deber de amor en el área de delitos por omisión: ¿se sanciona penalmente con razón la omisión de auxilio o se vulnera con ello solamente un deber de virtud?⁴⁹ Aunque este aporte termina con muchas preguntas no resueltas, espero que por lo menos hayamos logrado despertar algún interés en la filosofía del derecho de Kant. Aparentemente esta filosofía del derecho es ya obsoleta en muchos detalles, pero no lo es en sus principios. Por esta razón sirve también para la comprobación jurídica filosófica del derecho vigente, y no sólo del Derecho alemán.

⁴⁸ Véase, Kant, AA VI 422; asimismo Höffe, *neue hefte für philosophie* 17 (1979), Pág. 31; además Köhler (nota 19), Pág. 255.

⁴⁹ Detalladamente en Kühl (nota 18), Pág. 49 s.