

Persona en Derecho Penal

Esbozo desde la perspectiva funcional – sistémica

Leandro D. Ríos*

A. Introducción – Consideraciones Preliminares:

Si se me exigiese disgregar el concepto de Delito utilizando solo dos términos, seguramente acudiría a la nomenclatura tradicional – sorteando el reto solamente desde un punto de vista formal – señalando los conceptos de Ilícito y Culpabilidad. Pero si en cambio se redoblara la apuesta, y se me requiriese una vez más, en sólo dos términos avanzar sobre el contenido material del Delito, no dudaría en invocar al **Riesgo**¹ y a la **Persona** como sucedáneos conceptuales respectivos de la terminología habitual.

En última instancia, todo comportamiento típico y antijurídico solamente será relevante en el Derecho Penal (específicamente, para la Teoría del Delito), si es al mismo tiempo culpable; esto presupone considerar la inescindibilidad del comportamiento y su cualidad de culpable para una dogmática que reconozca sus propios límites. Además, trabajar con la noción de “acción/omisión culpable” conlleva revisar el método escalonado de la Teoría del Delito, pues todo comportamiento que no presente la cualidad de culpable será irrelevante para el sistema del Derecho Penal.

Por ello, el concepto de Persona ostenta una importancia trascendental para la categoría de la culpabilidad en particular y para el sistema dogmático en general.

Para el funcionalismo radical solo aquellos individuos destinatarios de derechos y obligaciones son considerados personas, pues exclusivamente sobre ellos pesan expectativas normativas susceptibles de defraudación, que se corresponden a su vez con los determinados segmentos de la realidad que a cada cual le incumbe

* Abogado Especialista en Derecho Penal (U.N.L.).

¹ Considero al riesgo (no permitido) el núcleo de la imputación jurídico penal, y por ello – quizás de manera exagerada – me remito al mismo para sintetizar la problemática del ilícito. Quizás, la justificación constituye una categoría que se resiste a ser reconducida en el riesgo – según la perspectiva que se adopte –, pero no obstante ello, lo central en el injusto continúa siendo la pauta normativa de atribución de responsabilidad penal por excelencia.

administrar (competencia – rol)². En cambio, quienes no participan del ámbito de las personas, son incapaces de ser titulares de derechos y deberes, y sobre ellos la sociedad nada espera siendo imposible desilusionar, es decir, emitir mensajes válidos contrarios a las normas³.

Cualquier Teoría de la Pena que se intente deberá rendir cuentas respecto del concepto de Persona con el que se relacione, concretando consecuentemente sus nociones de la pena y de la culpabilidad, pues desde la perspectiva aquí analizada, la función de la pena será marginar la significación del mensaje de un interlocutor a tener en cuenta y la culpabilidad presentará una textura por entero normativa y preventivista.

Por lo demás, resulta claro que el Derecho Penal se representa como una de las caras más sinceras de la sociedad, pues ésta se auto – constata e identifica en aquel⁴.

B. Comunicación – Construcción Social de la Persona:

Desde esta perspectiva las personas no construyen a la sociedad, por el contrario son constituidas por ésta, la cual – y al propio momento de la parición – les asigna estándares mínimos de comportamientos sobre los cuales apoyar las expectativas básicas.

Si bien en este grado de análisis la Teoría Crítica del Derecho⁵ no coincidiría en un todo con las aportaciones de un funcionalismo tan radical, es cierto que sus

² El Derecho (penal) como práctica social específica y discursiva no registra al hombre como un ser natural, sino que lo concibe como pertenencia de lo social y en dicha dimensión le asigna roles, es decir, conjuntos de expectativas de comportamiento a cargo de personas.

³ Jakobs, Günther, en “Personalität und Strafrecht” (Personalidad y Exclusión en Derecho Penal), Traducción de Teresa Manso Porto – Universidad de Bonn, reserva la denominación “individuo” a aquel incapaz de titularizar derechos y deberes. El término “válido” hace referencia a la aptitud o posibilidad de transmisión de la disonancia comunicacional.

⁴ Jakobs, Günther, en “Sociedad Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional”, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 13, Universidad de Externado de Colombia, Colombia, 1996. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez – Universidad Autónoma de Madrid, pág. 11, donde se sostiene: “*El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social.*”.

⁵ Concibe al Derecho como una práctica social específica, discursiva y paradójica, que expresa y registra conflictos y tensiones de los grupos que operan en una formación social históricamente determinada. Cárcova, Carlos María “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, en la pág. 7 afirma: “*Para las filosofías críticas, en cambio, no son los sujetos los que constituyen la sociedad, sino que es ésta la que constituye a los sujetos (personas según la terminología aquí utilizada), determinándolos a través de complejos procesos de socialización, que le otorgan*

representantes han visto con claridad como “La “humanidad”, la “vida humana”, lo “humano” el “hombre”; no son realidades dadas de una vez y para siempre, que se traducen en conceptos generales y abstractos. Son definiciones culturales que adquieren significación en tanto esté contextualizadas.”⁶.

Lo apuntado se presenta como fundacional respecto de la categoría de la culpabilidad que la dogmática actual pueda ofrecer, pues es de esperar que la sociedad al configurar a las personas lo haga a su imagen y semejanza, disponiendo modelos o patrones primarios, por debajo de los cuales nadie pueda administrar el respectivo segmento de la realidad social que le compete⁷.

Si la sociedad preexiste a los seres humanos, cabe preguntarse entonces cual es el material con el cual se construye ésta; pues bien, la sociedad se encuentra compuesta por comunicación, es decir que se muestra como un sistema recíproco de comunicaciones con sentido⁸. La comunicación es considerada como un proceso de selecciones reductora de la complejidad⁹. En clave de Luhmann, la comunicación es la operación autopoietica propia de los sistemas sociales, al igual que la conciencia y el

identidad y reconocimiento dentro del grupo y que, al unísono, le inculcan valores, comportamientos, visiones del mundo, etc. Se trata de una concepción que se distingue de la antropología etno y antropocéntrica de cuño liberal, para inclinarse por una visión estructural – sistémica de lo social y de sus diversas manifestaciones, entre ellas, las de naturaleza jurídica. Por esa razón privilegian un análisis funcional del derecho que, según la conocida clasificación de Bobbio, se ocupa de sus fines sociales, por sobre un análisis estructural, que se ocupa sólo de su carácter más o menos sistemático, o sea, de las propiedades lógicas del discurso normativo (completitud, consistencia, decibilidad).”.

⁶ Ruíz, Alicia E.C. en “Materiales para una Teoría Crítica del Derecho” AA.VV. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, pág. 190. Ruíz sostiene: “No hay momento de la constitución del sujeto y, después, una serie de incontables apelaciones al sujeto. No hay sujeto antes, fuera o más allá de cada interpelación concreta. ... Sin embargo, es necesario insistir en que todo el derecho se organiza a partir de esta ficción, y el nivel normativo de su discurso lo exhibe ejemplarmente.”. Ver pág. 194.

⁷ Aquellos que no alcancen los niveles mínimos de culpabilidad no podrán ser responsabilizados (al menos penalmente) por los injustos cometidos, pudiendo en cambio ser intervenidos (mediante la aplicación de medidas de seguridad), en razón de sus deficientes capacidades para cumplir sus competencias (deberes).

⁸ Cárcova, Carlos María “Complejidad y Derecho” pág. 4, donde el autor efectúa un repaso por los principales postulados de la Teoría Sistémica de Niklas Luhmann.

⁹ El término complejidad es concebido en la Teoría Sistémica, como la multiplicidad de posibilidades u opciones de relación entre los elementos de un sistema, de manera que no sea plausible plantear una correspondencia biunívoca y lineal de elemento con elemento. Toda teoría – según esta perspectiva – debe ser un instrumento cualificado para reducir complejidad, siendo ello condición de validez teórica; además la complejidad sólo se combate con mayor complejidad.

lenguaje lo son para los sistemas psíquicos, y la vida y las operaciones vitales para los sistemas vivos¹⁰.

Dentro de los sistemas sociales, existen sub – sistemas como la economía, la política, la religión, la educación, el derecho (penal), etc. Los mismos son el resultado de la diferenciación, que a su vez se corresponde – proporcionalmente – con la mayor o menor complejidad de la sociedad, la cual aumenta en la absorción¹¹ que el sistema efectúa del entorno (no – sistema).

En la propuesta teórica de Luhmann, el ser humano no ocupa el lugar central de la sociedad, pues como tal pertenece al entorno de los sistemas sociales¹². En otras palabras: la persona es el resultado de la comunicación¹³ y sólo de ese modo puede ser considerada incluida en la sociedad (y en el sub – sistema derecho penal); por ello exclusivamente las personas pueden ser destinatarias de derechos y deberes, transmitidos mediante normas (comunicación), siendo éstas últimas el objeto de protección del derecho penal¹⁴.

¹⁰ Luhmann, Niklas, “Sociedad y sistema: la ambición de la teoría”, con introducción de Ignacio Izuzquiza, Editorial Páiros/ I.C.E. – U.A.B., pág. 24.

¹¹ El sistema se define por oposición a aquello que no es – entorno – y ello importa una capacidad de este de definición de sus propios límites. Sistema y entorno son conceptos básicos del pensamiento sistémico.

¹² Ello ha dado lugar a la ya clásica y efectista crítica, consistente en argumentar que para la teoría de Luhmann la sociedad se construye sin hombres, lo cual no deja de ser cierto si se concibiese a los hombres como carne y huesos. El sociólogo de la Universidad de Bielefeld considera que muchos de los planteamientos explicativos que consideran al tema del sujeto humano en primer término y emplean categorías antropológicas de análisis, llegan a impedir un adecuado estudio de la sociedad contemporánea. Luhmann, Niklas, “Sociedad y sistema ...”, pág. 32.

¹³ Las personas son definidas por la comunicación. Jakobs sostiene: “..., desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas.”. Ver Jakobs, Günther, en “Sociedad Norma y Persona ...”, pág. 59. Este autor diferencia la comunicación instrumental, en donde la psique del individuo ordena absolutamente todo pues no existe un mundo objetivo ni ningún sujeto es interpretado socialmente, y se rige por el código individual de satisfacción/insatisfacción (apetencia/inapetencia); de la comunicación personal, en donde sí existe un mundo objetivo y el sujeto acepta a los otros como seres iguales, son las normas las que constituyen la relación entre los sujetos no basándose exclusivamente sobre las propias preferencias del mismo. Por último, no pretende establecer una diferencia moral entre estas clases de comunicación, precisando que sólo en el ámbito de la comunicación personal existen perspectivas normativas en sentido estricto.

¹⁴ El bien jurídico protegido ha sido una expresión plástica a la que quizás no sea necesario renunciar, siempre y cuando se la utilice en la inteligencia de que el derecho penal no protege vidas, honestidades, bienes, transparencias en la administración pública, etc., sino que lo único

La comunicación es también el mecanismo de reproducción (operación autopoyética) de la sociedad (sistema autorreferente), y en la misma medida en que esos mensajes – en particular los prescriptivos – se modifiquen, la sociedad mutará, pues no se identificará ya con las antiguas consignas sino que sólo podrá constatar en el nuevo orden normativo (comunicativo)¹⁵.

Cabe afirmar entonces que el concepto de Persona como producto social, se sirve de insumos provenientes de lo cultural, lo ideológico, lo histórico, lo económico y lo jurídico principalmente¹⁶, en tanto y en cuanto, estos son discursos generadores de realidades – ontologías si se prefiere – comunicativas, que no siempre coinciden con las ontologías antropológicas y naturales¹⁷. Por ello se requiere advertir la existencia – por

que puede amparar es la vigencia de normas, entendidas como mensajes mediante los cuales la sociedad se reconoce a sí misma.

¹⁵ Afirma Jakobs: “ ..., la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado. ... Quien sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta, es decir, no sabe nada sobre los contenidos de las comunicaciones susceptibles de ser incorporadas. ... Pero sabe una cosa, sabe que esa sociedad posee y usa de un instrumental para tratar los conflictos que se producen de forma cotidiana, como, por ejemplo, los delitos, de tal forma que los contrapesos desplazados vuelvan a estar en equilibrio. Desde una perspectiva funcional, sólo esa fuerza de auto conservación es la que cuenta. ...”. Ver Jakobs, Günther, en “Sociedad Norma y Persona ...”, págs. 25/26.

¹⁶ Desde la perspectiva de la Teoría Crítica del Derecho, la construcción social de la persona no es “inocente” o “neutral”, y se enmarca en los discursos predominantes en un momento determinado. Asevera Cárcova: “El derecho es una práctica de los hombres, que se expresa a través de un discurso que es más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos. ... Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significaciones a los hechos y a las palabras. Esta compleja operación social que premia o castiga, otorga personería y deslinda lo lícito de lo ilícito, dista de ser neutral. Está impregnada de politicidad, de valoraciones y de intereses en conflicto y adquiere discrecionalidad en relación con las formas en que esté efectivamente distribuido el poder en la sociedad. Es en consecuencia un discurso ideológico, en la medida en que produce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los otros hombres. ...”. Ver: Cárcova, Carlos M. en “Materiales para una Teoría Crítica del Derecho” AA.VV. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, pág. 213/214. Al igual que la religión ocupó un espacio rector del devenir social, desde hace algún tiempo resulta ser la economía el discurso que adopta las decisiones de organización, siendo el derecho el colaborador y ejecutor de las mismas por excelencia, y al mismo tiempo es la práctica que transforma y permite evoluciones (función paradójica del Derecho). Según Cárcova: “... El derecho, en lo substancial, cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez un rol en la remoción y transformación de tales relaciones. Cumple a la vez, una función conservadora y reformadora. ...”. Ver pág. 216.

¹⁷ Con la salvedad de que toda generalización resulta inexacta, es posible afirmar que tanto el Causalismo como el Finalismo emplean en sus construcciones una imagen antropológica de la persona, concibiendo a la misma como perteneciente a la naturaleza. Es necesario reconocer que Welzel – fundamentalmente en sus referencias a la adecuación social – se interesaba por el sentido social de la acción final, pero estimo que sus aportes avanzaron más decididamente en la

sobre los huesos y la carne del ser humano –, de una trascendencia comunicativa delineadora del perfil o de la máscara que porta el titular de derechos y deberes, la cual asigna a este actor el papel que tendrá que representar ante los otros.

C. Norma:

Sin dudas el vehículo jurídico de la comunicación lo constituye la norma jurídica, pues en ella se expresan las expectativas solidificadas – mediante los procesos históricos y la habituación – de las diferentes sociedades.

En materia penal la discusión en torno a la Teoría de las Normas experimentó una llamativa quietud hasta nuestros días, desde que en 1954 Armin Kaufmann efectuara sus aportes a la temática¹⁸.

Fue así que las aportaciones funcionalistas – sistémicas¹⁹ reeditaron un profundo debate sobre las normas, pues estas no tienen la función – al menos primaria²⁰ – de influir sobre el comportamiento de los ciudadanos como lo afirmara el finalismo, sino que transmiten o expresan regularidades sociales, las cuales han de orientar a los

búsqueda de las denominadas entidades lógico – objetivas hasta el encandilamiento con las estructuras finales del comportamiento humano.

¹⁸ Así lo señala Jesús María Silva Sánchez en su conferencia “¿Directivas de Conducta o Expectativas Institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”, en el Congreso Internacional sobre las Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Silva Sánchez sostiene que en dicho período “... , hubo una serie de cuestiones que dejaron de discutirse. Así por ejemplo, la efectiva existencia de <<normas>>; el contenido valorativo de éstas; o su función (directiva) de conducción de conductas. En realidad, la discusión se centró, de modo constante, sobre el alcance de la <<dimensión de determinación>> (o imperativa) de las normas y en las repercusiones sistemáticas de ésta.”(ver pág. 559). Silva Sánchez en este trabajo intenta una esforzada conciliación de las concepciones analizadas, sosteniendo – según mi criterio – que en realidad cada uno de los aspectos – directiva de conducta y expectativa institucionalizada – son las caras de una misma moneda. Concretamente afirma: “Lo que ocurre es que esa única norma se muestra para unos como institucionalización de una expectativa (configuración de una expectativa normativa) y para otros, como directiva de conducta. ...Quien se centra en la norma como fuente de expectativas (orientación) para los ciudadanos no debería, por tanto, perder de vista que esta perspectiva se complementa con una vertiente de directivas para los mismos ciudadanos (en su faceta de autores potenciales). ...Si la norma puede ser, para unos, fuente de orientación contrafáctica (fuente de derechos, diríamos seguramente en lenguaje pre-funcionalista) ello es porque para los otros es directiva de conducta (fuente de deberes). ... ”. (ver pág. 567).

¹⁹ Principalmente ello se debe al sistema dogmático que propone Jakobs.

ciudadanos en su interacción – anónima y compleja – en base a expectativas institucionalizadas y por lo tanto previsibles.

Si la base dogmática de las doctrinas funcionalistas la constituye el concepto de norma (penal) como expectativa institucionalizada, resulta consecuente que el objeto de protección no sean ya los valores éticos – sociales de la acción que propugnaba Welzel, sino exclusivamente las expectativas sociales concebidas como regularidades comunicativas contenidas en las normas²¹, cuyo peso específico dependerá de cual sea la clase de sociedad que se analice, pues el mensaje tiene que ver con el perfil de la misma. En clave de Luhmann, la comunicación como operación autopoyética se corresponde con el sistema social que constituya²².

Solamente las personas pueden contradecir o desafiar los mensajes normativos, pues de los sujetos – en la terminología de Jakobs – nada cabe esperar y por ende sus comportamientos no son aptos para cuestionar el orden comunicativo respectivo.

Son las personas – en sentido estricto – las encargadas de administrar los diferentes segmentos de la realidad social, y por ello sólo su comportamiento puede ser susceptible de imputación dado que sobre ellas pesan expectativas. Brevemente: la norma es indemne frente a los ataques del entorno.

Es correcto afirmar que el mensaje normativo se dirige a todos, pero debe aclararse de inmediato que sólo el comportamiento de las personas posee la aptitud de desafiarlo.

D. Culpabilidad y Pena:

Esta idea de la persona como sujeto mediado por lo social ¿pone en crisis el Principio de Culpabilidad?, entendiendo al mismo como un límite a la aplicación de

²⁰ Es posible que como efecto psicológico y latente las normas jurídico – penal influyan sobre el comportamiento de los ciudadanos, pero ello sólo es secundario.

²¹ Cada una de las posturas dogmáticas (finalismo y funcionalismo) usará la expresión “bien jurídico” para denominar objetos de protección del Derecho Penal diferentes.

²² No deja de ser riesgoso intentar el descenso de los postulados sistémicos de Luhmann de su innata abstracción, dado que la lectura que se pretenda realizar de los mismos en el marco de la dogmática penal exige siempre renunciar a los altos grados de teorización en que fueron concebidos.

penas funcionales. En otras palabras: cómo se resuelve el dilema entre la pena útil para la consecución de fines sociales (pena con finalidad propia), versus la culpabilidad concebida como el juicio de reproche por *“haber podido obrar de otras manera”* y *no haberse motivado en la norma*²³. Expresado en forma grotesca, ¿detrás de la culpabilidad existe algo más que *deber*²⁴?

Pero antes pensemos en la pena, ya que la concepción de la misma delinea todo sistema dogmático, y en particular la culpabilidad como categoría. El castigo también es comunicación, pues contradice el significado del delito, reafirmando a su vez la norma cuestionada²⁵.

Entonces, si la persona es una construcción social, ya que lo particular o individual es cada vez menos determinante en la responsabilidad por el ilícito²⁶, esta se

²³ Detrás de estas expresiones de motivabilidad a través de normas aparentemente empíricas, se ocultan – en definitiva – criterios normativos de culpabilidad.

²⁴ Concebir la culpabilidad – y en definitiva toda la Teoría del Delito – desde la óptica de los “deberes” no constituye una actitud científica autoritaria por sí misma, como se ha pretendido señalar. Se sabe que como contrapartida de aquello que se exalta, existe algo que se oculta en todo discurso (jurídico en este caso). Remarcar los derechos utilizando su perspectiva para abordar un determinado sistema penal, no hace desaparecer “mágicamente” los deberes convirtiéndolo al mismo en un orden más democrático, sino que en esa mecánica de “exposición – ocultamiento” el discurso jurídico hecha mano a ficciones y mitos para tornar funcionales determinadas formas de organización del poder social, como ha ocurrido siempre. Ver Cárcova, Carlos María “Notas acerca ...”, pág. 14.

²⁵ Las normas sociales – como producto cultural – requieren de confirmaciones simbólicas permanentes, a diferencia de lo que ocurre con las leyes de la física – como producto de la naturaleza –. Quien desconozca el Principio de la gravedad, difícilmente se podrá organizar satisfactoriamente, pues su desarrollo será obstaculizado una y otra vez por el ambiente. En cambio, para reforzar la orientación normativa de los comportamientos de tal manera que estos sean previsibles, es indispensable contradecir a nivel comunicativo los proyectos que desprecien las pautas comunes. Muchas veces la comunicación requiere de lo cognitivo (los tormentos en la carne y en los huesos o la privación de libertad en el espíritu), pero lo relevante es aquello que acontece en el plano de los mensajes y no en la naturaleza – entorno –. El castigo como manera de atribuir con exclusividad el conflicto al autor, puede ser obviado si existiesen otros medios comunicativos de elaboración o absorción de este.

²⁶ Córdoba, Fernando (U.B.A.) en su conferencia “Capacidad de Motivación y la Imputación de la Culpabilidad”, afirma en tono de conclusión que: *“La culpabilidad, al menos en lo que se refiere a su momento volitivo, no se establece en función de las capacidades individuales del autor; y ello sencillamente porque en el caso particular la capacidad de motivación es empíricamente indemostrable. La capacidad de motivarse según la norma se imputa normativamente y, por cierto, de manera tal que salvo unas pocas excepciones se la considera siempre presente. No obstante, debería ser evidente que un “poder” que se imputa normativamente, vale decir, que se imputa según puntos de vista valorativos, no es otra cosa que un “deber”. Su admisión no supone ya un juicio del ser, sino de uno de deber ser: la motivación conforme a la norma es en realidad una prestación que se espera del autor, es*

erigirá en base a incumplimientos de los estándares de competencias (roles), y correlativamente todo aquello distinto a los deberes a satisfacer resultará prescindible al momento de imputar penas.

Como sólo se puede atribuir castigo a la persona, se debe concluir que dicha adjudicación de pena confirma precisamente dicho carácter, ya que de lo contrario, y en el supuesto de considerársela incapaz de culpabilidad – inimputable –, sería posible la intervención al autor mediante la aplicación de medidas de seguridad. La pena es el precio o canon (imputado por defraudación de expectativas vigentes) que el sujeto deberá satisfacer para seguir siendo considerado persona y por lo tanto interlocutor válido en la sociedad²⁷.

Desde la perspectiva funcional – radical, donde Culpabilidad equivale a Prevención General Positiva²⁸, la problemática del libre albedrío versus determinismo queda soslayada, pues la libertad en que se piensa no es la libertad de la voluntad, sino la posibilidad de autoadministrar a gusto el ámbito de organización propio, siendo este último el espacio libre en que se puede ser culpable (art. 19 de la Constitución Nacional).

E. Exclusión:

La diferenciación entre quienes son considerados Personas y quienes se encuentran excluidos ha sido intentada. Es necesario proyectar algunas consecuencias dogmáticas de tal distinción.

decir, que el autor debe llevar a cabo. No se sabe a ciencia cierta si el autor habría podido motivarse según la norma, pero se esperaba que lo hiciera y esto es lo que determina en última instancia que se le reproche culpabilidad.”

²⁷ Por supuesto que lo afirmado debe ser analizado en el plano (de abstracción) teórico en que es vertido, ya que no tiene relación con las deplorables e indignas características no solo de las prisiones, sino también de los institutos de salud mental. A los efectos ilustrativos, ver Jakobs, Günter, “El Principio de Culpabilidad” en “Estudios de Derecho Penal”, Editorial Civitas, Madrid 1997, págs. 365/393. Traducción a cargo de Manuel Cancio Meliá. En palabras de Jakobs: “*En cualquier caso, y eso es lo relevante aquí, el autor penal no resulta excluido, más aún, la pena únicamente tiene un sentido porque es persona*”. Ver Jakobs, Günter, “Personalidad y Exclusión en Derecho Penal”, Traducción Teresa Manso Porto, pág. 4.

²⁸ Idem pág. 385: “*...prevención general, porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos, positiva, porque ese efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino*

Es claro que sólo las personas pueden comportarse culpablemente, siendo la pena la certificación social que indica – en el plano de la comunicación – que determinado sujeto luego del delito sigue siendo considerado persona, y por ende no puede ser intervenida. Ergo: exclusivamente el comportamiento culpable constituye una agresión contra la cual se puede ejercer legítima defensa.

Si desde la prevención general positiva, en pos de entrenar a los ciudadanos en la confianza normativa persiguiendo así la estabilidad del orden jurídico, se enuncian como principios que fundamentan la legítima defensa a la protección individual (propia y/o de terceros) y a la prevalencia del derecho, resulta consecuente afirmar que el último de los principios enunciados sólo tiene sentido frente a las agresiones culpables, pues ante comportamientos que sólo alcancen la cualidad de antijurídicos resulta imposible reafirmar la vigencia del derecho.

El ataque de un incapaz de culpabilidad sólo podrá ser repelido justificadamente – en principio – dentro de los límites del estado de necesidad²⁹; pero respecto de las personas que en el ejercicio de su organización libre realicen una agresión (ilegítima y culpable), deberán soportar los “costes” de tal decisión (sinalagma de libre organización/responsabilidad), pues si bien la defensa o más precisamente los daños que puede ocasionar la defensa no constituye pena para el agresor, la obligación de soportarlos dentro de las fronteras que autorizan las reglas de la legítima defensa se funda – también – en su carácter o condición de persona³⁰.

en una tranquilización en el sentido que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena ...”.

²⁹ Roxin al tratar la cualidad de legítima defensa requerida o indicada como un requisito ético – social restrictivo de la legítima defensa, deriva tres topes frente a las agresiones no culpables o con culpabilidad sustancialmente disminuida expresando que: “... (a)El agredido tiene que esquivar cuando sea posible hacerlo sin peligro y mediante una defensa se le habrían de causar daños graves al agresor. ... (b)Hay que buscar auxilio ajeno si con ello se puede repeler con menos dureza la agresión ... (c) Cuando no se pueda ni eludir la agresión ni conseguir ayuda, se puede hacer lo necesario para protegerse también frente a agresores no culpables; pero a diferencia de lo que sucede frente al agresor malicioso, hay que tener consideraciones si eso es posible sin un peligro propio considerable. ...Sin embargo ese deber de “trato considerado arriesgado” tiene límites estrictos: pues nadie tiene por qué dejarse apalear aunque sea por un enfermo mental o por un menor no responsable penalmente.”(ver: Roxin, Claus, “Derecho Penal. Parte General” – Tomo I – Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág.635/638).

³⁰ Para mayor ilustración sobre las consecuencias en la teoría del delito del concepto de persona y exclusión ver Jakobs, Günther, en “Personalität und Strafrecht” (Personalidad y Exclusión en Derecho Penal) manuscrito, Traducción de Teresa Manso Porto – Universidad de Bonn, donde el mencionado autor luego de precisar el concepto de persona del que se sirve, efectúa un repaso

Es posible imaginar supuestos en los cuales el autor se reduce a sí mismo en su condición de persona, anudando graves conflictos en la red normativa y auto – colocándose por fuera del sistema, es decir, transformándose en entorno³¹.

En mi opinión, la temática del denominado “Derecho Penal de Enemigos”, ha sido claramente insertada en la agenda de la discusión jurídico – penal por iniciativa de los países centrales, para los cuales constituye una preocupación actualmente más cercana.

En ese sentido, el “derecho penal de combate o de enemigos”, resulta ser un esfuerzo extremo del sistema en la absorción de complejidad del entorno.

Este derecho penal dirigido a individuos habilita – e intenta legitimar – los amplios adelantamientos de la punibilidad sin su correspondiente rebaja de “pena” (a diferencia de lo que ocurre en los delitos de peligro abstracto del Derecho Penal de Ciudadanos), renunciando a su vez a un gran cúmulo de garantías de índole procesal, y permitiendo – en definitiva – la intervención del ser humano. Entiendo que resulta incorrecto denominar “pena” a la respuesta que recibe el comportamiento del individuo – enemigo, pues dicho castigo no persigue – en mi criterio – su inclusión o reafirmación como persona, sino su exclusión del sub – sistema penal de los ciudadanos. Por eso – y sólo desde este punto de vista – es posible afirmar que el derecho penal de enemigos prescinde de la categoría de la culpabilidad tal como se la ha referenciado³².

Es cierto que este “Derecho Penal de Exclusión” no puede ser simplemente ignorado, rechazado o desconocido, pues como se ha dicho: su abolición aún se encuentra lejos. Pero su estudio debe ser asumido por la Ciencia del Derecho Penal como la mayor empresa limitadora de dicho poder “punitivo” (quizás supra – estatal) que se le haya presentado jamás en la historia.

El “Derecho Penal de Enemigos” es una de las manifestaciones de la especialización del propio Derecho Penal, la cual presupone una necesaria selección de

sobre las repercusiones en la legítima defensa, en el riesgo (permitido), en el estado de necesidad defensivo y agresivo. También analiza supuestos por él denominados de autoexclusión y de personalización forzosa.

³¹ Piénsese en supuestos de terrorismo o delincuencia organizada, en donde al menos para la mayoría de las comunidades occidentales, el agresor asume comportamientos generadores de conflictos que no pueden ser contrarestados comunicativamente con la pena.

³² Será materia de estudio cuales son los sustitutos conceptuales que informan al sistema dogmático de un derecho penal de exclusión.

opciones entre las múltiples relaciones que los elementos de un sistema mantienen entre sí. Esta “coacción de la selección” en su faena constante de reducción de complejidad del entorno y correspondiente aumento de la misma en el sistema por absorción, persigue la estabilidad de este último³³. La complejidad se combate con más complejidad.

Por supuesto que la elección de determinadas relaciones de entre la multiplicidad de ellas puede ser posible de otro modo (contingencia), conllevando ello el riesgo o el potencial error de efectuar las selecciones incorrectas. Dicho peligro hoy es padecido por el derecho penal de exclusión, pues sólo en la medida que el proceso permanente de especialización permita controlar la diferenciación producida en el entorno a través de generalizaciones congruentes de expectativas (Derecho Positivizado), será posible afirmar que nos encontramos ante un derecho penal distinto del de los ciudadanos, pero no menos opaco en su discurso.

Por último, y como reverso de la exclusión se señala la personalización por la fuerza³⁴, como una manera de estilización – inclusión – del enemigo como persona.

Es correcto destacar que una identidad normativa determinada en el tiempo y en el espacio no puede ser utilizada para la valoración de hechos cometidos bajo la vigencia de otra estructura³⁵ (art. 18 Constitución Nacional); por ello la personalización forzosa del enemigo puede no ser una solución convincente.

Quienes conciben a la Democracia y a los Derechos Humanos como conquistas históricas incluidas en el denominado pacto social, seguramente resaltarán el

³³ El sistema posee la capacidad de delimitar sus propios límites, definiéndose por oposición a lo que no es (entorno).

³⁴ Jakobs, Günther, en “Personalität und ...”, pág. 14. Jakobs provocativamente expone la ausencia de esfuerzos teóricos convincentes en la fundamentación de las penas impartidas – las más de las veces por Tribunales Internacionales – por lesión de derechos humanos, sosteniendo: *“La pena por lesión de derechos humanos es – a falta de una sociedad realizada – pena en estado de naturaleza. Puede que haya buenas razones para ella o incluso puede que se considere fundamenteable que cualquiera puede estar obligado a pertenecer a una sociedad civil, pero antes de que eso haya sucedido, quien todavía ha de ser obligado no actúa precisamente bajo el derecho de dicha sociedad civil. ...El proceso inverso a la exclusión es la personalización forzosa. Entre tanto, ésta es – en el derecho penal supraestatal – la práctica común, pero sufre un grave infradesarrollo en la teoría”*.

³⁵ Idem. *“Si se entiende el principio de nulla poena, no como una perturbación de un derecho penal efectivo procedente del exterior, sino como una regla de derecho penal interna, entonces un hecho punible sólo puede ser concebido como emanación de un orden establecido o,*

efecto vinculante de los mismos, imponiendo el trato de persona al autor; pero no obstante ello, se deberá reconocer la carencia teórica.

F. Corolario:

Se ha pretendido efectuar una aproximación al concepto de Persona para el Derecho Penal desde la perspectiva funcional sistémica, con una permanente invocación de las aportaciones de la Teoría Crítica del Derecho.

Se han rastreado y destacado las coincidencias por sobre los desacuerdos en torno a los aspectos estudiados.

Como siempre ocurre, muchas de las afirmaciones personales aquí vertidas se encuentran sometidas a un constante proceso de cuestionamiento y reformulación.

Por lo pronto y a modo de conclusión, sostengo que el estudio del concepto de Persona en el Derecho Penal trasciende toda la Teoría del Delito, exigiendo un relevamiento de todas sus instancias en la consecuente elaboración de soluciones y propuestas dogmáticas.

Detrás del concepto de Persona se avizora un alto rendimiento explicativo de los fenómenos expansionistas del Derecho Penal y a la vez las claves para la construcción de los límites racionales de los mismos. Dichas expansiones se presentan como inevitables, de ahí la necesidad y la obligación de erigir los muros teóricos y dogmáticos capaces de contener la locura.

Paraná, verano de 2003.-

formulado de otro modo, la pena sirve al aseguramiento de la estructura de una sociedad dada.”.