Pontificia Universidad Católica Argentina

Biblioteca digital
de la Universidad Católica Argentina

Romero Berdullas, Carlos Manuel

Derecho penal líquido: derrame de la expresión constitucional

Forum : Anuario del Centro de Derecho Constitucional Nº 4, 2016

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Romero Berdullas, C. M. (2016). Derecho penal líquido : derrame de la expresión constitucional [en línea]. *Forum : Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 4. Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derecho-penal-liquido-berdullas.pdf [Fecha de consulta:....]

DERECHO PENAL LÍQUIDO: DERRAME DE LA EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS[1]

RESUMEN

Actualmente, pueden escrutarse los signos del pródromo de una anárquica liquidez de la ley, que aja los principios acuñados en nuestra Constitución Nacional, junto a derechos inscriptos en la sacra gramática de todo hombre. Por cierto, epítome del *"derecho penal líquido"* es la negación de una legalidad, que debería concretarse de modo irrevocable, a partir del sano sincretismo entre las garantías individuales de un debido proceso y el imperativo de impulsar una justa retribución imperada por el bien común político. El sustrato de esta relativización del principio de legalidad, ya sea como garantía individual o materialización de la manda de "*dar a quien delinque su pena"*, se afinca en un normativismo exacerbado, la aconitina abo-

1. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Secretario de Cámara de la Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Bachelor of Law Universidad de Buenos Aires (UBA), Criminal Law Specialist Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) and Appellate Clerk of the Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

licionista y la adiaforización preconizada por un activismo judicial regido por los cánones de comités foráneos. Así pues, la reinterpretación del bloque de constitucionalidad propulsada por una oligarquía togada, no sólo disuelve la soberanía nacional, los valores republicanos y el derecho penal, sino también profana la naturaleza constitutiva de toda persona, mediante la cosificación de los niños por nacer e inculturación transnacional de la ideología de género. De esta manera, la antojadiza deconstrucción de los DD.HH. y la oportunidad caótica abren el grifo hacia la incertidumbre normativa, al punto de impedir la consolidación de la ley penal y el derecho a la vida en bienes perdurables. Derivado de este fenómeno es el derrame de la expresión constitucional, ya que el "derecho penal líquido" niega arbitrariamente al derecho penal; y en consecuencia, exuda una latente inconstitucionalidad.

PALABRAS CLAVE

Constitucional - Legalidad - líquida - Activismo - Aborto.

ABSTRACT

Currently, it is possible to see the symptoms of an anarchic liquidity of the law, which tears at the principles set our National Constitution, as well as rights inscribed in the very nature of every man. Certainly, the epitome of the "liquid criminal law" is the denial of a legality that should take place irrevocably, as a result of a healthy syncretism between the individual guarantees of due process, and the imperative of procuring a just retribution dictated by the political common good. The substratum of this relativization of the legality principle, whereas as an individual guarantee or a materialization of the "give their sentence to who commits a crime "mandate", is rooted in an exacerbated normativism, the abolitionist aconitine and the amorality promoted by a judicial activism ruled by the canons of foreign committees. Therefore, the reinterpretation of the constitutional block by an oligarchy of the robe, not only dissolves national sovereignty, the republican values

and criminal law, but it also desecrates the constitutional nature of every person, through the objectification of unborn children and the transnational indoctrination of gender ideology. In this way, the whimsical deconstruction of human rights and the chaotic opportunity open the faucet towards normative uncertainty, to a level of impeding the consolidation of the criminal law and the right to life into durable legal assets. From this phenomenon derives the spill of the constitutional expression, since the "liquid criminal law" arbitrarily denies criminal law and, in consequence, exudes a latent unconstitutionality.

Keywords

Constitutional - Legality - Liquid - Activism - Abortion.

1. Introducción

Si oteamos el horizonte actual del derecho penal, a su vera columbraremos una liquidez caótica de la ley, que inexorablemente propende a desangrar y disolver la manifestación constitucional en dos direcciones antagónicas.

Pues por un lado, el alcázar de la política criminal es penetrado por un normativismo exacerbado, que presta su guiño para relativizar en determinados casos el principio de legalidad (puntualmente en su formulación como garantía positiva e individual del imputado); y de esta manera, propiciar un derecho penal binario sustentado sobre la dicotomía ciudadano/enemigo.

Por otra parte, esta sangría del canon de legalidad se refuerza con una evaporación del derecho constitucional de toda la comunidad a afianzar la justicia, al segar el principio de "*dar a quien delinque su pena*", y truncar así, la materialización de una justa retribución imperada por el bien común político.

Simplificando, epítome del "derecho penal líquido" es la negación del anverso/reverso de una legalidad, que contrariamente debería concretarse de modo irrevocable, a partir del sano sincretismo

entre las garantías individuales de un debido proceso y el imperativo de la persecución penal.

En este *iter* investigativo, primero se intentarán justipreciar algunas características definitorias de un derecho penal efímero, signado por la vacuidad filosófica, el relativismo, y una adiaforización tendente a doblegar cualquier resistencia ética frente a actos inmorales regidos por el primado del mero deseo, la conveniencia circunstancial o un utilitarismo deshumanizador.

En un segundo peldaño, colocaremos la lupa sobre un activismo judicial que hace las veces de disolvente de la soberanía nacional, la representatividad del poder legislativo y el derecho penal, a través de una reinterpretación de la normativa (interna e internacional con jerarquía constitucional), no sólo profanadora de nuestra constitución política, sino también de la naturaleza constitutiva de todo hombre. Especialmente, focalizaremos la atención en la influencia de comités integrados por una teocracia de magistrados, que cual sibilas, aspiran rediseñar los DD.HH. y la naturaleza humana a su antojo, a través de la cosificación de los niños por nacer, e inculturación transnacional de la ideología de género.

Luego pasaremos la criba sobre la doble vara de una legalidad normativizada, que al tornarse puramente funcional y divorciarse de la realidad natural u ontológica, licúa las garantías individuales por intermedio de un esquema de legalidades diferenciables imbricado a un derecho penal de autor.

Ya como corolario, analizaremos los bemoles y peligros de una oportunidad, que reglada anárquicamente abriría el grifo hacia la incertidumbre e inestabilidad normativa, además de impedir la consolidación de la ley penal en un bien perdurable. En particular, reconoceremos la aconitina garanto-abolicionista de algunos discursos, que de prevalecer en la normativa procesal, junto a una arbitrariedad huera de contrapesos o mecanismos de coagulación eficaz, indefectiblemente propenderá a banalizar la manda de justicia y a cercenar el principio fundamental de "*dar a cada uno lo suyo*", derecho-deber contenido en los vasos capilares de la Constitución Nacional.

2. Vacuidad filosófica

Indudablemente, uno de los factores que insuflan este "derecho penal líquido" es la orfandad de un acontecer teorético previo a la estructuración de la *kriminalpolitik.* En pocas palabras, al no tratarse a la política criminal de modo filosófico y apartarse la mirada de toda significación académica, necesariamente se la priva de frutos.

En esta instancia, vale preguntarnos entonces qué significa filosófico. La respuesta debe buscarse en lo teórico, que justamente se tangibiliza en una mirada librada de prejuicios e intereses utilitarios, es decir orientada sencillamente a la solitaria conquista de la verdad. Internalizar este presupuesto en el orden de la *theoria* es esencial, ya que su fin no es práctico y se especifica en aferrar la realidad. Mientras que el conocimiento práctico tiene por objeto una acción. Simplificando, el fin último de una es el saber, en tanto que la otra ordena la actividad cognoscitiva a un acto. Con lo que podemos resumir lo dicho con dos fórmulas: conocer por conocer; y conocer para hacer.

Desde esta perspectiva, es que la política criminal no puede perder su libertad académica y omitir su tratamiento filosófico. Claro está, que aludimos a una libertad entendida como una actitud de no puesta al servicio de otros objetivos, ya que la filosofía es un fin en sí misma y por su carácter teorético no realiza concesiones utilitarias para que seamos señores de ella o de la naturaleza. Por ello, desde el momento en que decidimos elaborar justificaciones filosóficas en defensa de una ideología de poder, nos encontramos condicionados a saber de determinada forma, y es ahí precisamente cuando la filosofía es desplazada por las variadas manifestaciones de la sofística[2].

2. *Cfr.* PIEPER, Josef, *Antología,* Barcelona, Herder, 1984, págs. 136/137. Por su parte, ya Ortega y Gasset alertaba una característica del hombre-masa fácil de avizorar al platicar, dictar conferencias o escribir, que es puntualmente su desinterés por ajustarse a la verdad. Esa carencia de voluntad de veracidad es la que condena a la intelectualidad a la barbarie de la no cultura. ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Barcelona, Biblioteca de los Grandes Pensadores, 2004, pág. 113.

El rasgo distintivo de lo filosófico es esta libertad, que al académico le permite penetrar desinteresadamente en la verdad del ser[3], mientras que ya en una etapa ulterior, posibilita al práctico poder ordenarla a la acción. Con esto no se quiere significar, que se debe rechazar de manera absoluta alguna clase de valía al conocimiento técnico. Lo que se pretende dar a entender, es que el efecto práctico de lo útil presupone necesariamente la realización de un acto puramente teórico, el cual se concreta ante aquella mirada desinteresada y filosófica de la realidad objetiva[4]. Pues bien como lo sostiene JOSEF PIEPER, es muy probable que si una investigación no es encarada con genuina libertad académica[5] sean estériles sus resultados[6].

Un ejemplo puede ayudarnos a desentrañar lo descripto. Uno podría solicitar que un grupo de profesionales estudiara cuál es el programa político-criminal ideal en base a una realidad determinada. Ahora bien, muy distinto sería que se requiriera a un equipo de tecnócratas un trabajo para fundamentar y sostener un plan político-criminal que girara en derredor de un "derecho penal líquido", pues esa petición sesgada ideológicamente asfixiaría desde sus orígenes a la filosofía misma.

Esto nos permite comprender en todos los ámbitos del conocimiento, incluso el jurídico, que la riqueza del hombre no reside en ejercer su señorío sobre todas las cosas o desarrollar una habilidad específica. Pues su valor consiste en poder descubrir lo que es y lo hace humano, una dignidad con proyecciones en una política criminal, cuya medida es el hombre, la verdad y la realidad en la cual le toca

3. Ortega y Gasset destaca la patente inutilidad de la filosofía y apreciaba esta característica como un síntoma favorable para ver en ese amor a la sabiduría el verdadero conocimiento. ORTEGA Y GASSET, José, "Bronca en la física".

4. Justamente, sólo su tratamiento filosófico y el desinteresado "*hundimiento en el ser"* nos pueden conducir a la verdad. Si no ponderamos el derecho penal de acuerdo a la realidad, no podemos pretender arribar a conclusiones de utilidad práctica. *Vid*. PIEPER, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, 8ª ed., Madrid, Rialp S.A., 2003, págs. 173-238.

5. Sólo podremos hablar de libertad académica, en la medida de que las ciencias especiales sean tratadas de manera filosófica.

6. *Vid*. PIEPER, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, págs. 184-185; y BLANCO, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, 1ª ed., Educa, 2004, pág. 114.

vivir. De lo contrario, se corre el riesgo de caer en una práctica muy común en la realidad política del ejercicio de un poder totalitario.

Puntualmente, aludo a la negación de la realidad/verdad, germen que conduce a la viabilidad de sujetar ilimitadamente la política criminal y el derecho penal a propósitos exteriores y arbitrarios. En efecto, al tomar cuerpo esta postura se puede echar mano a la política criminal en la instrumentación de una factible *"dictadura de la mayoría" o* del *"relativismo"* advertida por algunos pensadores, o dentro de un "*totalitarismo científico*" profetizado por HUXLEY, construido sin violencia alguna por un grupo de ingenieros sociales idóneos para manipular a la sociedad mediante un uso aparente de los conceptos de democracia y libertad[7]. Pues éstos se vacían de contenidos, al sustentarse en una visión totalitaria e inhumana, que justamente rechaza lo que realmente es, aunque ofreciendo su elocuente verbosidad como fundamento de lo irreal.

3. ADIAFORIZACIÓN

Otro aspecto ligado umbilicalmente al "derecho penal líquido" es la vacuidad del pensamiento práctico moral, que a diferencia del técnico no se restringe a la sola medición de lo producido, sino se extiende al bien o valor conseguidos. Esta adiaforización del derecho es un aspecto medular, ya que recala en una tecnocracia penal signada únicamente por criterios de eficiencia instrumental y elusiva de cualquier valla ética interpuesta contra la comisión de actos inmorales.

Si bien la eficacia es un valor positivo, ciertamente se pervierte cuando se procura construirla de espaldas a la moral, ciencia práctica tendiente al bien del hombre. No puede obviarse que la ética es una ciencia catalogada como antropológica, puesto que aguza su mirada en el actuar libre, responsable e imputable del hombre, con el aditivo de ponderar la moralidad o no de los propósitos y medios utilizados para alcanzarlos[8].

7. *Vid.* PIEPER, Josef, *Antología,* cit., págs. 233-234.

8. Existe una relación circular en las concepciones antropológicas y las éticas. Toda concepción antropológica conlleva a una ética; y al mismo tiempo toda concep-

La política criminal y la ética se encuentran al servicio del hombre. Sin embargo, ambas tienen jerarquías diversas que se definen en base al valor de su objeto de estudio. En este sentido, la ética es un saber subalternante respecto a la política criminal, dado que su objeto directo es el hombre, valor supremo y pretérito de cualquier símil producido por la ciencia, el arte o la técnica[9]. De modo que ninguna actividad humana puede sortear los límites morales si se encuentra subordinada al hombre[10], destinatario final de cualquier proceso investigativo o tecnificación orientados a su desarrollo integral[11].

---

ción ética supone la primera. Cfr. BLANCO, Guillermo P., *Curso de Antropología…*, cit., pág. 111. De modo que aquí cobra especial significancia lo denominado por ZYGMUNT BAUMAN como adiaforización, es decir aquellas estratagemas diseñadas con el propósito de eximir (por defecto o intencionadamente) a determinados actos u omisiones relacionados a ciertas categorías de seres humanos de toda evaluación moral. Como bien lo explicita el sociólogo polaco, de esta manera se libra a estos actos o inacciones de todo juicio ético, al subsumirlos dentro de la categoría de moralmente neutros o indiferentes. Por consiguiente, se abre paso al adagio "*el fin justifica los medios"*, que postra todo resorte moral frente a la comisión de actos inmorales en pos de una eficiencia o racionalidad instrumental, caracterizada negativamente por HANNAH ARENDT como diluyente de la responsabilidad. Vid. BAUMAN, Zygmunt - LYON, David, *Vigilancia líquida*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2013, págs. 16, 96 y 102 y BAUMAN, Zygmunt - DONSKIS, Leonidas, *Ceguera Moral –La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida–*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2015, págs. 57-58.

Particularmente apta es la interpretación brindada por LEONIDAS DONSKIS sobre el sello impreso por BAUMAN a la adiaforización (del gr. *adiaphoron*), al retratar este fenómeno como "*una retirada temporal de la propia zona de sensibilidad; la capacidad de no reaccionar o de reaccionar como si algo le ocurriera no a personas, sino a objetos físicos, a cosas, o a no humanos…"* (cfr. BAUMAN, Zygmunt - DONSKIS, Leonidas, *Ceguera Moral…, cit.*, págs. 53-55). Ejemplifica esta ausencia de empatía con las cuitas de otros seres humanos y la rutinaria violencia ejecutada en un contexto signado por la adiaphora, el anonadamiento de millones de niños por nacer, que inermes son ejecutados a través de un aborto horadado por la maldad, idiotez y locura moral. Aludo a una adiaforización que también aja el derecho penal, al punto de desconectarse de una liquidez, incluso profanadora de un derecho a la vida evanescente y distante de cualquier consideración moral, tal como podremos comprobar en el decurso de este trabajo (más precisamente en el acápite 4.b).

9. *Cfr.* BASSO, Domingo M. O. P., *Los fundamentos de la moral*, 2ª ed., Buenos Aires, Educa, 1997, págs. 15-16.

10. Ídem.

11. *Vid*. San JUAN PÁBLO II, *Redemptor hominis*.

Las reflexiones maduradas son aplicables al derecho penal. *Per se*, toda actividad humana reviste la nota de moral, porque los actos humanos se hallan direccionados o no al auténtico fin del hombre. De ahí que, necesariamente se especifican dentro de un orden moral y no pueden divorciarse de los imperativos éticos fundamentales/primarios[12]. Por tanto, la política criminal debería asimilar los principios primeros que la ética le trasmite al hombre en cuanto persona.

En consecuencia, al negarse la dimensión ética de la política criminal se conduce a la deshumanización de la vida comunitaria, las instituciones jurídicas/sociales/políticas[13] y penales, además de potenciarse un orden social injusto e incongruente con la dignidad humana[14].

4. El influjo del Neoconstitucionalismo

Factótum de este "derecho penal líquido" es el Neoconstitucionalismo, que al mostrarse remiso a respetar los límites de la realidad, sentencia a la política criminal al trágico destino del Creonte representado en Antígona[15]. Es que al renegarse de la naturaleza humana y concebirse a los DD. HH. como un producto histórico, la verdad cesa de ser la norma. Por consiguiente, se tiene piedra libre para ejercer el poder violenta y arbitrariamente, ya sea mediante la práctica jurídica, política o en el caso, por intermedio del activismo judicial.

La verdad en sí, es una barrera contra la potestad estatal, dado que confirma al hombre en su justicia esencial, libertad y dignidad, por cuanto el individuo cobra conciencia racional de lo que es obrar el bien[16]. Por eso cobra importancia la atrofia globalizada en el orden

12. *Cfr.* BASSO, Domingo M., O. P., *Los fundamentos de la…*, cit., págs. 16-17.

13. Se sigue de cerca a San JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis*, nº 36.

14. *Vid.* San JUAN PABLO II, *Centesimus Annus,* nº 46.

15. La tragedia evidencia la significancia de que el orden humano se instaure con arreglo a las perennes *ágrafas* o leyes de las deidades. Así, se destaca la sujeción del acto humano a las leyes de los dioses, de superior jerarquía a las normas humanas, que no pueden ser su último marco de referencia. Cfr. SÓFOCLES, *Antígona*.

16. *Vid.* GUARDINI, Romano, *Una ética para nuestro tiempo*, Buenos Aires, Lumen, 1994, págs. 35-36.

de determinarse según el bien común político padecida por gobiernos democráticos contemporáneos, que guiados por las interpretaciones líquidas de constituciones y tratados internacionales relegan las directrices de la ética/justicia, al punto de exponer a una crisis la libertad, el mismo ideal democrático y los derechos humanos, ya que pierden el sólido sustento de la verdad.

Esto desgrana inevitablemente en arbitrariedad judicial, pues al rechazarse los límites enhiestos en los derechos naturales y la dignidad de todo hombre, el intérprete de la ley deconstruye derechos, en vez de reconocer los rubricados en la realidad humana, de acuerdo a la naturaleza dada.

Se suma a esto, una liquidez de la ley, que a entender de MAINO se vuelve expresión de grupos y estratos sociales con participación en un *mercado de leyes*, originador de un aluvión de normas sectoriales dentro de un marco agonal[17]. Paradójicamente, la ley se transforma así en una palestra para discutir valores en conflicto por fracciones antagónicas y opiniones foráneas, que no tienen como culmen el bien común político. Por este motivo, la precariedad, incertidumbre y el oscurantismo son propiedades ingénitas a las leyes, que dan pie a un Estado Constitucional de Derecho en constante formación, desarrollado más allá de la Constitución Política de cada Estado y quebrantador de la mismísima constitución óntica del ser humano.

Se añade a esto un provecto positivismo, cuya estricta sujeción a la ley es ajada por una hermenéutica imbuida de un desvirtuado amor a la libertad, pues hoy el exégeta puede refundirla jurisprudencialmente y moverse a su antojo en un contexto de generalidad, que le posibilita echar mano al criterio hermenéutico más sistemático a sus intereses.

Concomitantemente, subyace la escopofilia a concentrar la mirada en una ley internacional, que coloca en jaque la validez del derecho patrio mediante cánones interpretativos del bloque federal de constitucionalidad y el llamado control de convencionalidad.

17. MAINO, Carlos A. G., D., *¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones?*, *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires, Educa, 2014, nº 2, págs. 122-123.

Como bien lo explica LEZICA, la ley local es regulada y relaborada, tanto a través de la interpretación de la costumbre internacional, como de una exégesis de tratados con jerarquía constitucional, que *stricto sensu* no realizan la noción de ley[18]. Esto sería así, por cuanto el bien común político de nuestra comunidad autárquica diverge del propio de la internacional, además de carecer ésta de una potestad ordenativa a ese propósito[19].

Complementa esta internacionalización, un principio de legalidad que no logra guarecerse en la ley positiva –esencial para la concreción del iusnaturalismo– o sus interpretaciones, pues al no arraigarse en la justicia, el bien común político y la naturaleza del hombre, ninguna de estas instancias tienden a efectivizar en la práctica la ley natural.

4.a. La incorrectamente denominada violencia de género

Ejemplifica la heteróclita situación ya descripta, la reinterpretación progresiva del derecho ensayada por círculos intelectualoides, que mediante indefinidas acepciones consignadas subliminalmente en documentos internacionales ejercen presión sobre las soberanías nacionales, en pos de reinventar los DD. HH. y la naturaleza humana.

Este es el caso por ejemplo de la inculturación en el mundo jurídico de la locución perspectiva de género, al aludirse a determinada clase de violencia, pues al poseer dos acepciones diferentes, su equívoca utilización conduce a yerros no menores.

Un válido uso de esta terminología necesariamente debería partir de la identidad sexual biológica (femenina/masculina), la igual dignidad y derechos entre sexos, de consuno a la diversidad antropológica. Tal es así, que el diseño e instrumentación de políticas públicas orientadas a superar la inicua discriminación de la mujer y promocionarla, sin dejar de contemplar su incidencia en las familias, se advertiría por demás acertado.

18. LEZICA, Miguel de, *Crisis del Principio de Legalidad*, Ponencia en el Centro de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Argentina, 3-11-2015.

19. Ídem.

Es que solo la igualdad consecuente de la dignidad poseída por todas las personas, sean varones o mujeres, puede generar una *"communio personarum"* entre ambos sexos. La lesión de esta igualdad comporta una desventaja para la mujer, que se traduce en un embate contra la dignidad tanto de la ofendida, como del ofensor –o sea el varón–.

Digamos que la primera no puede volverse en objeto de dominio y posesión masculina. De ahí que, cuando el varón discrimina a la mujer por el hecho de ser tal, no solamente conculca la dignidad y vocación personal de ella, sino también la propia. Así pues, los recursos personales de la femineidad no son menores que los de la masculinidad, sino disímiles y por consiguiente complementarios. Por tanto, es sumamente trascendental pugnar por la defensa de los ricos y originales recursos de la femineidad, elementos esenciales para que las mujeres puedan alcanzar su realización personal[20].

Sin embargo, echar mano al vocablo género no parece adecuado por dos razones. La primera de éstas radica en que la condición biológica y orgánica en base a la cual los seres vivos son masculinos o femeninos se designa mediante el término sexo. Pues mientras las palabras detentan género, los seres vivos poseen sexo. En otras palabras, las personas no tienen género, sino sexo. En consecuencia, la expresión violencia de género adolecería de incorrección, por cuanto la violencia es perpetrada por las personas, mas no por las palabras[21].

Otro motivo de entidad que denota la inconveniencia de aplicar la palabra género es la ambigüedad despertada cuando se la utiliza en su versión ideologizada, con el objeto de trastocar la realidad y la verdad de las cosas, incluso de manera obscena. Aludo a manifestaciones de una injusticia con el ser que asimila lo igualitario a intercambiable, ade-

20. San JUAN PABLO II, *Mulieris Dignitatem*, nº 10.

21. *Cfr.* SCALA, Jorge, *La Ideología de Género o el Género como herramienta de poder*, Madrid, Sekotia S.L., 2010, págs. 18-19. Allí se cita el informe de la Real Academia Española sobre la expresión violencia de género del 19 de mayo de 2004 y la Nueva Gramática de la lengua española de Carlos G. de Castro Expósito, en donde se afirma que las personas no tenemos género, sino sexo. Incluso, se plantea que integrantes de la RAE han advertido la inconveniencia de aplicar circunloquios tales como "La mayor parte de los ciudadanos y de las ciudadanas", pues son del todo incongruentes con el principio rector de economía y simplificación de la lengua.

más de reconocer pseudo-derechos –sexuales/reproductivos– erigidos sobre ficciones o deseos; y vaciar de protección efectiva derechos con contenido real (*vgr.* el derecho a la vida del *nasciturus.* Esta postura inmanentista y negatoria de la realidad objetiva de la naturaleza humana aherroja grandes peligros, ya que cualquier sistema democrático sustentado en el relativismo fácilmente es trocado en totalitarismo. Pues si el hombre resulta cincelado cual si fuera una especie de masa informe vacua de significación propia, las posibilidades de manipulación violenta por parte de quienes poseen el poder carecen de confines para dotar al ser humano de sentido –tal como lo enseñaron en el cercano pasado las ideologías fascistas, nazistas y marxistas–[22].

La ideología de género, no sólo no se encuentra limitada por la realidad concreta, sino que busca impregnar la vida social con un pensamiento único global basado en una cuasi antropología –dual–, a través de una redefinición de la *res* y de la persona. De esta manera, amén de las irrefutables diferencias biológicas entre el varón y la mujer (que vienen dadas por la naturaleza), se procura afirmar una suerte de construcción social, cultural e histórica de la propia sexualidad, totalmente autónoma al no tener condicionamientos por parte del sexo.

Simplificando, el género no se relacionaría con el sexo y crearía la naturaleza de toda persona. Pues el género constituiría el sexo elaborado socioculturalmente, por lo que se escindiría el hombre en dos dimensiones: una corporal (aspecto biológico), y otra psíquica construida respecto a la sexualidad, con independencia de la primera[23]. Así, las disimilitudes entre varón y mujer no se sustentarían en la realidad, sino en la construcción cultural. De modo que, los disímiles papeles desempeñados serían producto de una estructuración social sujeta a mutaciones.

Por tanto, los postulados ideológicos radicalizados de esta doctrina esbozarían una igualdad entre varones y mujeres equiparada

22. SCALA, Jorge, *La Ideología de Género…,* cit.

23. Cualquiera sea la lectura propuesta, lo cierto es que la naturaleza misma pone en crisis esta afirmación arbitraria. Las diferencias anatómicas y fisiológicas de hombres y mujeres influyen en los planos psicológico/espiritual. Véase *in extenso* la obra citada SCALA, Jorge, *La Ideología de Género…,* cit.

a homogeneidad e identidad absoluta, que los volvería intercambiables. Es decir, no se trataría de una igualdad enhiesta en la naturaleza, dignidad y derechos, por lo que la diversidad biológica sexual sería ponderada como una incitación a la confrontación por la toma de poder entre varón y mujer, en donde no habría cabida alguna para la complementariedad de ambos sexos[24].

Al rechazarse toda posibilidad de efectuar distinciones entre varones y mujeres en razón de su realidad natural, esta ideología echa por tierra las diversas formas de hacer pie en la humanidad con las que cuentan el genio femenino y el masculino[25]. Puede advertirse entonces, que estas erradas premisas son manifestaciones del hundimiento de la razón filosofante en la más perpleja oquedad.

Se coloca hincapié en esto, por cuanto los deberes éticos se fundan justamente en la realidad, es decir en el ser de las cosas. Por ello es indispensable conocer la verdad, en donde se manifiesta lo que es. Esto es así, dado que para hacer el bien, una premisa fundamental es conocer verdaderamente la realidad[26]. Contrariamente, una política que rechaza lo real y actúa en consonancia con una mirada no adecuada a lo que las cosas son, simplemente por una contradicción óntico-lógica hará el mal[27]. Y aquí vale hacer una observación esencial, la realidad es independiente de nuestra voluntad, intención, valores, ideologías o pensamientos[28].

Por consiguiente, para ser justo es necesario relacionarnos con lo real en forma objetiva, de lo contrario no podremos adecuar nuestro obrar a lo que las cosas son. PIEPER explica esto con brillantez y lo define como una justicia con el ser, que se concreta en la me-

24. Ídem.

25. Si bien no existen actividades humanas impropias de alguno de los sexos, ciertamente puede haber una más adecuada predisposición femenina o masculina para desarrollar de diferente forma la misma acción. Vale aclarara que predisposición no implica exclusividad. Así lo explica Scala en obra arriba citada, págs. 100-101.

26. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Educar desde los santos*, 1ª ed., Buenos Aires, edición de autor, 2013, pág. 55.

27. *Cfr.* PIEPER, Josef, *La Realidad y el Bien; La Verdad de las Cosas*, 1ª ed., Buenos Aires, Librería Córdoba, 2009, págs. 11-13.

28. Ídem.

dida de que el hombre al conocer se deja determinar objetivamente sólo por la realidad.

Por eso, cuando el hombre, el Derecho Penal o la Política Criminal pierden esa objetividad y se busca influir el conocimiento a través de la voluntad, que se puede expresar –con este juego de palabras redundantes– queriendo que algo sea, no sea o sea otra cosa diferente de lo que es, se echa a perder este noble cometido junto a cualquier pretensión de obrar prudente, justo y bueno[29]. Es que la medida de lo moral lo determina la prudencia, que primero necesariamente debe conocer la realidad objetiva de las cosas para poder concluir lo que es bueno[30] para la sociedad.

Tal vez un punto de partida sea comprender, que si bien con excepción de las actividades dependientes de caracteres físicos excluyentes[31] la gramática de la naturaleza indica la inexistencia de acciones exclusivas masculinas o femeninas, sí debe afirmarse el existir de modos innatos de cada sexo en ese realizar las mismas obras[32]. Y esto es esencial valorarlo, dado que en la ideología de género no existe resquicio alguno para la construcción de un proyecto superador en el cual se potencien e integren armónicamente las cualidades de ambos sexos.

Esto es indispensable subrayarlo, ya que el mundo requiere de esa sinergia y el aporte original brindado por cada uno con sus cualidades propias. Es evidente, que en esa apreciación de las diferencias no en sentido excluyente o competitivo, sino en el de complementariedad se encuentra una vital riqueza para un proyecto de vida común. Por todo esto, es que sería más adecuado hablar de violencia contra la mujer y evitar referencias a la erróneamente denominada violencia de género, debido a sus incorrectas interpretaciones.

29. Ibídem, primer capítulo, pág. 39.
30. Ibídem, segundo capítulo.
31. Ej. amamantar es una actividad de cumplimiento imposible en el varón.
32. Ver SCALA, Jorge, *La Ideología de Género…*, cit.

4.b. Liquidez cosificadora de víctimas indeseadas

Con certeza, la expresión más cabal de un "derecho penal líquido", que se traduce en un *"No Derecho"* y se sustancia en una de las vertientes de relativismo democrático permeable al totalitarismo profusamente extendidas en nuestra aldea global es la negación arbitraria de los DD. HH. de ciertas víctimas, llamativamente las más débiles e indefensas.

En concreto, aludo a un relativismo jurisdiccional, que adopta como criterio de determinación de la verdad los designios de una aristocracia condescendiente ante la presión de comités internacionales[33], al tornar a todo en materia pactable, incluso al derecho inalienable, original y fundamental de la vida consagrado en nuestra Constitución Nacional.

De este modo, el derecho se vacía de contenidos, ya que cesa de construirse sobre la inviolable dignidad humana y libra a discreción de la voluntad del más fuerte la posibilidad de disponer de la suerte vital de las personas, como es el caso de los *nasciturus* o podrían serlo otras franjas vulnerables de la población (léase ancianos, niños con deficiencias, etc), al punto no sólo de rechazar la realidad óntica del otro por cuestiones pragmáticas pasibles de ser modificadas, sino también de considerarlo un enemigo de quien debe defenderse[34].

33. Estos comités de seguimiento y control emiten recomendaciones que no tienen el carácter de vinculante de los tratados. En efecto, los países signatarios no tienen obligación de cumplirlas, y menos aún si colisionan con la normativa nacional.

34. *Cfr.* FUENTES, Miguel Á., *Las Verdades Robadas*, 3ª ed., Mendoza, IVE, 2008, págs. 17-25. Allí incluso el autor describe las diversas manifestaciones de un relativismo que niega la posibilidad de conocer una verdad objetiva, válida y universal para todos. Así pues, en su vertiente individualista nos topamos con un relativismo que estipula como criterio determinador de la verdad a cada individuo. Es decir, habría tantas verdades como individuos existen. Por su parte, el relativismo cultural y el sociológico ligan la configuración de la verdad a la cultura histórica y el juicio de los grupos sociales respectivamente. En otro orden, puntualmente en su variable racista, el relativismo hace depender la verdad de la raza (ej. el nazismo). Y por último, la versión política vincula la verdad a la votación de la mayoría. Básicamente, FUENTES explica que el relativismo incurre en una contradicción intrínseca, por cuanto si toda verdad es relativa carece de validez su afirmación, paradójicamente

Paradójicamente, los Derechos Humanos que nacieron y se desarrollaron con el objeto de limitar la voluntad de la mayoría son desvirtuados mediante la desprotección de sujetos pasivos que incomodan a quienes detentan el poder jurídico de definirlos[35]. Se observa así una radical coincidencia con el derecho penal de enemigo, por cuanto se considera como no persona a aquel ser humano cuya antropología es deconstruida jurídica y filosóficamente. Simplificando, al resultar la persona una construcción social, se selecciona qué ser humano mantiene el *status personae* y cuál se reconfigura como un ente comprendido en el derecho de cosas[36].

SILVA SÁNCHEZ expone su aguda crítica y explica que este es el caso del ser humano concebido aún no nacido e indeseado por sus progenitores. Pues el concebido no deseado sería percibido como una carga o fuente de displacer que pone en peligro el bienestar de sus padres; y por ello es deshumanizado. En pocas palabras, si el concebido es deseado por los procreadores[37] gozaría de protección jurídica, pero si no lo es, pasa a integrar el concepto de enemigo, y por ende resulta excluido del amparo político criminal, a través de un previo proceso de despersonalización que procura poner en crisis su condición de sujeto de derechos para luego descartar su tutela[38].

A propósito de esto, recordemos que los tratados internacionales de DD. HH. con rango constitucional tutelan toda vida humana des-

---

erigida como una afirmación objetiva y universalmente válida. En otras palabras, el Aquinate nos enseña que al negarse la existencia de la verdad, se está afirmando implícitamente que existe, pues si no existiese sería verdad su no existencia. De modo que, si algo es verdadero, necesariamente debe existir la verdad (Suma Teológica I, 2, 1 ad. 3).

35. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., "Los Indeseados como Enemigos: La Exclusión de Seres Humanos del *Status Personae*", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9-1-07, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf.

36. Ídem.

37. Véase por ejemplo que RENÉ FRIEDMAN afirma la existencia potencial de atributos de la persona humana en los embriones, sólo adquiridos a partir del deseo del hijo por parte del adulto y de la superación de las instancias del desarrollo. *Cfr.* FUENTES, Miguel Á., *Las Verdades Robadas,* cit., pág. 183.

38. *Cfr.*SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Los Indeseados como Enemigos*…, cit.

de el instante de su concepción[39], y ninguna condición puede restringir este derecho humano, por cuanto es persona todo ser humano[40]. Al mismo tiempo, sabido es que *"Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"*; y de consuno detenta "*todos los derechos y libertades proclamados… sin distinción alguna"*[41].

Todavía más, puntualmente la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que

> Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

En lo que importa al derecho a la vida, ha de destacarse que el bloque federal de constitucionalidad reconoce a todo ser humano este derecho protegido por la ley, pues es inherente a la persona y debe ser garantizado incluso bajo situaciones excepcionales[42]. De hecho, en

39. Nuestro país hizo la reserva al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, de que *"se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción"*. Por su parte, la CADH prescribe que *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"* (art. 4.1).

40. *Cfr.* CADH, arts. 1-3.

41. Arts. 2 y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

42. El PIDCP establece que *"El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente"* (art, 6.1). Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos fija que *"todo individuo tiene derecho a la vida"*; y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que *"todo ser humano tiene derecho a la vida"* (art. 1). A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niños estipula que *"Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida"* y *"garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño"* (art. 6, incs. 1 y 2). Basta señalar, que este derecho

ninguno de los tratados internacionales firmados y ratificados por la República Argentina se alude al derecho al aborto, ni puede inferirse su existencia. Contrariamente, el derecho a la vida atraviesa el lenguaje vinculante de todos estos documentos[43].

De esto se infiere, que ninguna condición del niño (ej. su vida intrauterina) o de los padres valida la expoliación de su vida[44]. Pues este derecho analíticamente tan evidente es la piedra miliar del resto de los derechos, ya que sin su tutela no se puede gozar ni disponer de derecho alguno. De ahí que, al centrarse las construcciones jurídicas en los derechos de la madre, padre, la familia o la sociedad en lo concerniente al aborto, se sume en el olvido el derecho a la vida del inocente *nasciturus*[45].

Desde luego, prácticamente nadie pone hoy en tela de juicio que el comienzo de la vida se da en la concepción o fecundación, momento en el cual inicia el ser humano su ciclo vital[46]. Sin embargo, algu-

---

a la vida no puede suspenderse ni disminuirse bajo la excepcionalidad de la guerra (art. 27, incs. 1 y 2 CADH).

43. *Cfr.* TOZZI, Piero A. - CASILLAS PADRÓN, Neydy - MARCILESE, Sebastián, *El aborto en el derecho internacional y en la jurisprudencia panamericana*, Buenos Aires, ED 244-607, 2011, págs. 1-7.

44. *Vid*. SCALA, Jorge, *Aborto no punible. A propósito del caso "R.L.M." Un fallido fallo*. Buenos Aires, *Lexis Nexis*, 20-12-06.

45. Sobre este enunciado tan analíticamente evidente del derecho a la vida y la exclusión de los derechos del niño del debate puede leerse a PORTELA, Jorge Guillermo - GONZÁLEZ, Nemesio, *Sobre si son válidos los procedimientos judiciales seguidos contra la mujer abortante en los casos previstos en el art. 88 del Código Penal*, Buenos Aires, *El Derecho*, t. 129, págs. 388-417. Ha de añadirse, que al abortar lo que se escoge es matar al propio hijo, quien carece de libre elección y no elige fenecer. Sencillamente, el por nacer no sólo se encuentra restringido de ejercer su libertad, sino también privado de su vida a partir de una pseudo reivindicación para eliminarlo. Por tanto, al no poseer nadie libertad ni derecho a ultimar a otro ser humano, se advierte claramente que la libertad de elección invocada no es real e implica una manipulación obscena del lenguaje. Cfr. SCALA, Jorge, *La Ideología de Género o el Género como herramienta de poder*, págs. 30-31.

46. Existe una coincidencia entre el inicio de la vida y este acto originador de una entidad biológica plenamente individualizada. Es que el cigoto contiene la identidad biológica de un nuevo ser humano y el programa integral del crecimiento, junto a la información necesaria para atravesar todas las fases de desarrollo características de

nas corrientes escogen diferentes estadios para determinar antojadizamente el límite entre la vida y no vida (ej. implantación en el útero, término de dos semanas o meses, formación del cerebro, autoconciencia) con el afán de negar el status jurídico de persona.

La arbitrariedad de estas posiciones es patente, por cuanto cualquier otra instancia seleccionada no posee cambios fundamentales respecto a la fase inmediatamente anterior. Ciertamente, todas las etapas escogidas arbitrariamente resaltan la línea divisoria entre disímiles fases del desarrollo vital, pero únicamente encuentran solución de continuidad en la fecundación, que contiene a todos estos actos ulteriores[47].

Cabe añadir por otra parte, que la natividad tampoco produce cesura alguna en este sentido, pues el nacido prosigue dependiendo de su madre[48]. En suma, tanto el concebido como el nacido constituyen seres humanos que se desarrollan a sí mismos.[49]

Relacionadas a estas ideologías pragmáticas y negatorias de la universalidad de derechos también han surgido algunas doctrinas que ligan el derecho a la vida al *"tener"* ciertas propiedades más que al *"ser"*. De manera tal, que se desguaza al ser humano en accidentes o propiedades[50]. Con esa perspectiva, se vincularía el estatuto de persona del embrión a la sensibilidad, la conciencia del yo y/o el interés de sobrevivir. Este absurdo demuestra, que por ejemplo se podría llegar a rotular como no vivientes a los afectados por graves patologías,

---

una persona. Cfr. FUENTES, Miguel Ángel, *Las Verdades Robadas,* cit., págs. 179, 188 y193. Se aconseja leer el cap. VI *in extenso*. Por tanto, la denominada política de los tres trimestres instaurada en *"Roe vs. Wade"* (Estado de Texas) es desacertada, pues el derecho a la vida debe ampararse durante todo el proceso de gestación.

47. FUENTES, Miguel Á., *Las Verdades Robadas,* cit., págs. 180, y 193-194.

48. Por lo que visualizar una cesura en la alimentación oral y la percepción sensorial directa se advierte normativamente irrelevante. *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Los Indeseados como…*, cit.

49. Ídem. Incluso, Silva Sánchez pone de manifiesto la arbitrariedad de este proceso de exclusión, al especificar paradojas tales como a modo de ejemplo, que los nacidos prematuros sean considerados personas con derecho a la vida; en tanto que el feto de ocho meses aún no nacido sea ponderado como carente de ese derecho.

50. Ídem.

que tornarían a cualquier persona incapaz para elaborar información u obrar de modo autoconsciente (ej. quienes padecen Alzheimer)[51].

Con buen tino enseña SILVA SÁNCHEZ, que es un error vincular los presupuestos requeridos para la atribución de responsabilidad por los hechos con los exigidos en orden a conferir derechos. La conciencia de uno mismo es premisa de atribución de deberes, mas no de derechos, pues éstos parten de la personalidad de cada miembro de la especie humana.

De lo contario, de considerarse a la conciencia como puntapié para el reconocimiento de derechos y su protección, se podría concluir que por ejemplo los niños enajenados y los adultos seniles no son personas[52]. Más aún, este criterio también podría extenderse a niños nacidos prematuros o a término con enfermedades o deficiencias, en donde su tutela dependiera del interés de los padres en el amparo de su vida. Por lo que la titularidad de derechos se relacionaría más con quienes gozan de una plena o incipiente autonomía y el deseo de inclusión[53].

Como consecuencia de ello, el concebido y todo sujeto débil o dependiente de otros, en vez de ser reconocidos por lo que son, resultarían categorizados en el status de enemigo por la cultura del descarte. Vemos así, como de imperar esta lógica cosificadora, ciertos principios eugenésicos se actualizarían. Pues la eugenesia no sólo lleva ínsita una consideración desigual de las personas, sino también les extirpa su *status personae*, al negar su realidad y no concebirlas como seres humanos.

Tal como lo explica MAURO RONCO, este pródromo de la destrucción de la persona se afinca también en una ideología posmoderna

51. FUENTES, Miguel Á., *Las Verdades Robadas,* cit., pág. 180. El citado añade que otro absurdo se configura cuando se afirma al embrión como no constitutivo de un ser vivo, por cuanto resulta incapaz de comunicarse/relacionarse, algo notoriamente errado por cuanto sí se comunica/relaciona químicamente con su madre desde el primer estadio de su desarrollo. Por lo que, el desacertado criterio para determinar la vida se basaría más bien en el modo de comunicación utilizado y no tanto en la capacidad de comunicación/relacionamiento.

52. *Vid*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Los Indeseados como*…, cit.

53. Ídem.

sostenida por escuelas relativistas, que transforman en derecho humano a todos los dictados de la autodeterminación absoluta, definida ésta como una espontaneidad incoercible originada en los impulsos de un yo obliterado sobre sí mismo, y destinada a la satisfacción de los propios deseos[54].

Simplificando, RONCO señala críticamente que el basamento de los derechos giraría erradamente en derredor de la espontaneidad de elección y una autodeterminación irracional orientada a satisfacer el apetito sensible de cada uno. Por eso, sencillamente la protección normativa de los seres humanos ya no se fundaría en la irreductible dignidad y el valor intrínseco e inalienable de las personas.

De esta forma, el interés en tener o no un hijo generaría el pseudo-derecho a la contracepción; como también el interés individual de engendrar un hijo sano y el interés social de no afrontar erogaciones para cuidar a personas inadecuadas sustanciaría el pseudo-derecho a la selección prenatal o eliminación de embriones con cualidades inferiores.

Profundiza aún más su objeción RONCO, cuando especifica que este hilo conductor acarrearía a clasificar en dos categorías a las personas. Pues por un lado se hallarían los sujetos *pleno iure*, es decir capaces de manifestar y ejecutar sus determinaciones; en tanto por otra parte se encontrarían quienes gozan de derechos limitados, por cuanto precisamente, no pueden llevar a término sus decisiones o expresar actos de conciencia. Por tanto, a los integrantes de este último grupo se les reconocerían ciertos intereses, pero que no se hallarían amparados por la ley de manera absoluta. Es que estos intereses serían inferiores y se subordinarían a los derechos atribuidos a los sujetos humanos de *pleno iure*.

En otras palabras, la tutela legal no se fundamentaría en ese principio de dignidad relacionado a la naturaleza humana, sino que en una protección relativa y condicionada. Es decir, sería una tutela similar a la

54. RONCO, Mauro, *La Tutela de la persona y las consecuencias jurídicas de la ideología de género*. Intervención revisada y anotada del 10-12-10 durante el congreso Nacional de Estudio sobre Identidad Sexual e Identidad de la Persona, organizado por la UGCI, la Unión de Juristas Católicos Italianos, en Palermo, en el Palazzo dei Normanni y en la sede de la LUMSA, la Libera Università Maria SS. Assunta, del 9 al 11 de diciembre de 2010.

dispensada a las *"cosas socialmente apreciables en la medida que no afecten derechos de los sujetos en sentido fuerte"*[55]. Así, merced a este relativismo prohibitivo de toda fundamentación (metafísica, ontológica, moral y jurídica) de los derechos del hombre, se vuelve evanescente la exigencia ética de proteger juridícamente al ser humano, por cuanto exclusivamente se ampara una autodeterminación sin trabas, y bajo ese pretexto, en definitiva se rechaza la custodia legal de la persona[56].

Vemos así, que al admitir como único sustento de los DD. HH. el mero consenso, no sólo se los disocia de la naturaleza humana, sino también se abre juego a un violento e ineluctable autoritarismo, por cuanto la concepción endeble de la persona conduce en la *praxis* a su debilitamiento y consecuente indefensión[57].

Por estos motivos, un Estado de Derecho auténticamente justo debe pugnar por preservar la dignidad del ser humano y adecuar la normativa a esta realidad natural preexistente a cualquier pacto social, ley o instancia de política criminal, ya que es el núcleo de la juridicidad constitucional, además de su sentido, fundamento y valor supremo. Tanto es así, que el ser humano se posee a sí mismo ontológicamente y contiene una esfera de dominio sobre su persona no comunicable al todo social[58]. En este dominio radical sobre sí, en cuanto lo constituye y su proyección en los derechos naturales –*ius* o *iustum naturale*– estriba el fundamento de su dignidad y el carácter distintivo de la persona humana[59].

¿Qué aspiro expresar con esto? Sencillamente, que existen derechos integrados al estatuto ontológico del hombre y se encuentran atribuidos por la misma naturaleza humana. El señorío de la persona que

55. Ídem.

56. Ídem.

57. Sobre el consensualismo en materia de DD. HH. se sugiere leer a ARNOSSI, Carlos G., "Consensualismo y derechos humanos en el magisterio de Benedicto XVI: un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos", *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires, Educa, nº 1, 2013.

58. HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 8ª ed., Pamplona, EUNSA, 1994, págs. 56 y 64-65.

59. Ibídem, pág. 65.

ejerce sobre su ser y la imposibilidad ontológica de pertenecer a otro son una pauta definitoria en este sentido. No es arduo deducir entonces, que los bienes intrínsecos a ese ser conforman su objeto de dominio y son suyos por el sólo hecho de resultar persona[60]. Por tanto, se puede entrever que estos derechos generan un deber de respeto en los demás y quienes ejercen el poder estatal. Es que al ser estrictamente derechos naturales de la persona, deben encontrarse librados de cualquier clase de interferencia o negación –ya sea de terceros o del Estado–. De lo contrario, se rechazaría el mismísimo carácter de persona.

Por el sólo hecho de ser, los hombres poseen ciertos derechos humanos denominados de esta manera, por entramarse íntimamente con necesidades sustanciales en el orden de su desenvolvimiento. Esto significa, que los derechos naturales deben concebirse como el primer presupuesto de toda decisión político-criminal fundada en el ser humano, sin importar las contingencias socioeconómicas, políticas y personales de su mundo circundante. De modo que, la tutela de estos derechos son exigencias esenciales que se fundan en esa dignidad personal expresada en la naturaleza humana, que ninguna norma positiva, mayoría o poder estatal pueden alterar[61].

Se puede comprender entonces, que por definición toda ley positiva contradictoria de un derecho natural o no determinada por las exigencias de la dignidad de la persona humana no constituye un verdadero derecho. Este es el caso por ejemplo de las causas de justificación previstas en el art. 86 del C.P. para los abortos denominados eugenésicos y los incorrectamente llamados terapéuticos[62], ya que no se ajusta a la ley natural derecho alguno a aniquilar directamente a un hombre

60. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Planteos actuales de la política criminal*, 1ª ed., Buenos Aires, AD HOC, 2015.

61. Es importante entender que los derechos naturales preexisten a la ley positiva e inhieren a la naturaleza del hombre. No alcanzar una comprensión cabal de esta premisa, podría conducir, a guisa de ejemplo, a creer que el homicidio es injusto porque la ley lo estipula así, mas no por sí mismo. Esta interpretación absurda acarrearía a creer que la persona no tiene derechos por sí misma, pues sólo gozaría de aquéllos concedidos por la ley positiva (puesta por el hombre).

62. El embarazo no es una enfermedad; y el aborto no conduce a la sanación, sino a la muerte del ser en gestación.

inocente. De modo que, ninguna prescripción eugenésica, indicación médica, proclama social o de otra índole puede dotar de validez al abominable delito del aborto, incluso aunque no resultará un fin en sí; y constituyera un medio para alcanzar otro propósito lícito[63].

Se destaca así nuevamente, el indisoluble ligamen entre la política criminal, el orden moral y los valores objetivos de la naturaleza de las cosas. Es que una sociedad verdaderamente humana no puede darse con un positivismo excluyente de las manifestaciones más elementales de la dignidad del hombre y los derechos dimanantes de su *status personae*, pues la aceptación de aporías positivistas fue el principio que condujo a escribir las páginas más infames de la historia universal, mediante la irremisible ejecución de aberraciones y genocidios inenarrables.

Vale también aplicar lo explicitado, a un positivismo judicial que no sólo deconstruye sibilinamente derechos, sino también no garantiza los ya enhiestos en la naturaleza humana, a partir de una hermenéutica arbitraria de las constituciones y tratados internaciones de derechos humanos[64]. Es que si el legislador y el intérprete de la ley se divorcian de los límites impuestos por los principios ético-jurídicos que derivan del derecho natural, inexorablemente se abre paso a un constructivismo de la misma existencia humana y la sociedad. De modo que, esta vacuidad de un orden consonante con la naturaleza de las cosas decanta en deseos convertidos en derechos exigibles, la posibilidad de escoger el sexo, ordenar la sociedad a nuestro antojo, negar al embrión en el seno materno el carácter de persona y eliminarlo, entre otras prácticas guiadas por la conveniencia o meros berretines[65].

63. Si la finalidad es buena, pero los medios para arribar a ella son intrínsecamente malos, toda la acción se vuelve inmoral. Cfr. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, 1ª ed., Buenos Aires, editorial AD HOC, 2014, pág. 34.

64. Se sugiere leer a HERRERA, Daniel A., *Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual* en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires, Educa, nº 2, 2014, pág. 36.

65. *Vid.* GALLO, Orlando J., *¿Activismo o metamorfosis de la función judicial?*, en PALAZZO, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 413-437.

Este maremágnum de pseudo-derechos adquiere aún más envión ante un neoconstitucionalismo que licúa los contenidos pétreos de las constituciones y disuelve todos los marcos legales, por intermedio de un Estado Constitucional de Derecho, cuyo norte es la constitución, pero se desarrolla por fuera de las periferias de ésta, mediante la interpretación de lábiles tratados internacionales.

Entonces, frente a la textura abierta de estos principios impera la exégesis de operadores que conforman los tribunales internacionales y reproducen esa liquidez. En otras palabras, la creación del derecho positivo ya no es una cuestión reservada a la soberanía de las naciones, sino más bien se encuentra sujeta a la interpretación de los equipos de tecnócratas togados, llamados a escrutar taumatúrgicamente los anhelos de toda la humanidad.

Un ejemplo patente de una manifestación de un "derecho penal líquido" apuntalada por las opiniones de comités internacionales[66] fue la receptada por la CS en "F.A.L. s/medida autosatisfactiva"[67], que en clave con los dictados de aquella aristocracia de expertos sumió en la precariedad y revocabilidad el derecho a la vida del por nacer, junto al principio *in dubio pro vida* frente a embarazos provenientes de violaciones.

Más aún, procurando sustentar su tesitura en consideraciones vertidas por órganos de aplicación de tratados de derechos humanos, la CS dio un paso más y abrió el grifo a un derrame de la ley penal, puesto que tan sólo basta con una simple declaración jurada de una mujer o su representante legal, en donde se afirme la calidad de vícti-

66. En el caso, las interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Nº 23/81) respecto a las previsiones establecidas en el art. 1 de la DADDH y el art. 4 de la CADH; las consideraciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR/C/ARG/CO/4 del 22-10-10) sobre la interpretación del art. 86 de nuestro CP; la interpretación del Consejo Económico y Social (Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño, E/CN$/1989/48, 2-3-89) acerca del alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre el art. citado de nuestro código sustantivo; y el Comité de los Derechos del Niño acerca de la misma temática en Observaciones Finales, ARG. 21-6-10, CRC/C/ARG/CO/3-4.

67. F. 259, XLVI, 13-03-2012.

ma de una violación para acceder sin más a un aborto. Pues la ausencia de intervención judicial o policial e imposibilidad de profundizar las circunstancias del hecho o recabar prueba alguna revestirían el carácter de imperativos ineludibles.

De esta manera, la CS observó que si bien "*advierte la posibilidad de configuración de 'casos fabricados', considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, –que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal–, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud*" (cons. 28)[68]; y en razón de ello, exhortó a las autoridades nacionales/provinciales a implementar protocolos hospitalarios que remuevan las barreras administrativas o fácticas para acceder a estas prácticas en los casos de abortos no punibles (cons. 29[69]).

Con facilidad se puede entrever, que de esta forma se abre la puerta para llevar a término abortos contemplados como punibles en la ley penal, por cuanto con sólo declarar que el embarazo es producto de una violación, quien pretenda consumar el delito tipificado en el art. 88 del CP soterradamente, encontrará allanado el camino hacia la impunidad. De esta forma, ahora a los dicterios del aborto ya expresados, debe añadirse una interpretación posibilitadora de un salvoconducto que potencia la inseguridad objetiva de los más débiles e indefensos, y elimina las chances de investigar/sancionar a los perpetradores del silente genocidio de los seres humanos por nacer.

Sencillamente, con liviandad la CS estatuyó un accionar incongruente con la obligación del Estado de contener, refrenar y sancionar el delito con la mayor eficacia factible, a fin de garantizar la seguridad, derecho humano de raigambre constitucional, cuyo *magis* descansa en el derecho a la vida. No puede obviarse, que la consolidación de este derecho es un imperativo del Estado. Pues éste debe garantizar el pleno goce de este derecho humano a través del orden

68. Ídem.
69. Ídem.

normativo y una conducta estatal contemplativa de una eficaz organización/actuación, tendente a garantizar esa manda de justicia[70].

Al mismo tiempo, la apertura de esta ventana hacia la disolución del derecho de la comunidad a la concreción de ese *dar a cada uno lo suyo* –que se especifica en darle a quien delinque su pena–, es el presagio de una inestabilidad aún mayor sobre este principio natural de justicia imperado por el bien común político, por cuanto el *"Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo"* (elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación)[71] jalona todavía más los marcos de referencia de la ley penal y ensaya una interpretación sumamente amplia del supuesto de no punibilidad comprensivo del aborto ejecutado con la finalidad de evitar un peligro para vida o salud de la madre, en tanto ese riesgo no pudiera sortearse por otro medio (art. 86, inc. 1, CP).

Definitivamente, el protocolo en cuestión, se hace eco de esa revocabilidad del derecho a la vida e impredecible estatus de los derechos del por nacer, ya que en base a la definición dada por la OMS concibe a la salud como el *"completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones"*[72]. Tal es así, que la causal salud configuraría un concepto integral (físico-mental-emocional y social), es decir abarcador del dolor psicológico y el padecimiento mental relacionado a la pérdida de la autoestima e integridad personal[73]. Se evidencia así, la laxitud de una noción

70. *"La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*" (*cfr.* par. 166 CIDH, Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988).

71. www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cnt-Protocolo%20ILE%20Web.pdf. Fecha de consulta: 10-11-2015.

72. Según cita del protocolo citado, pág. 15.

73. Ídem.

que es guiada por un principio de autonomía mal logrado, al inferirse un derecho a la persona a decidir sobre cuestiones vinculadas a su ¿cuerpo?, ¿salud? y ¿vida?, a través de conductas ¿personales? e ¿íntimas?[74]

Los signos de interrogación procuran plantear ciertas preguntas sobre esta visión cortical, que dispara un indefinido arco de interpretaciones en torno a la viabilidad de abortar. Es que claramente, el poder legiferante de la nación no previó como causa de justificación la posibilidad de abortar bajo cualquier pretexto. El espíritu de la norma claramente refiere a una situación de gravedad excepcional, que no condice con un concepto de salud doliente de un grado de generalidad abisal. Verdaderamente, una definición de salud como la apuntada, que adolece de una imprecisión extrema, constituye una caja de pandora para aplicar la sin razón del vale todo, y anonadar la vida de seres humanos por cualquier motivo, deseo o capricho.

El fraude es notorio, dado que la desproporción de bienes jurídicos en juego es grotesca ante un conflicto de interés entre quien a guisa de ejemplo tiene peligro de caer en una mengua anímica por el embarazo, o padecer la incomprensión de su entorno social; y la vida del por nacer. Por lo demás, frente al estadio evolutivo de las ciencias médicas y la alternativa siempre latente de la adopción, las chances de no encontrar medios idóneos para evitar ese peligro a un deterioro en la salud se ven reducidas significativamente[75].

Por otra parte, el protocolo analizado incurre en otra falacia, ya que alude a aspectos ligados al propio cuerpo, la salud o vida de la mujer. Cuando en rigor de verdad, el aborto comprende a otro cuerpo, salud y vida, que son precisamente los de la criatura viviente en el seno materno.

Desde ya, bajo la denominación de derecho a la interrupción legal del embarazo, el protocolo enmascara lo que en criollo es concretamente matar a un niño. Acomunándose a los sofismas creados por el selecto sector de intelectuales que reinterpretan el derecho progre-

74. Ibídem, pág. 13.

75. *Vid. in extenso,* TRADICIÓN Y ACCIÓN POR UN PERÚ MAYOR, *Aborto la Verdad sin disfraces*, 1ª ed., Lima, 2008.

sivamente y mediante indefinidas acepciones (vgr. género) plasmadas en documentos internacionales, se echa mano a expresiones tales como salud sexual, procreación responsable, protección integral de las mujeres, derechos del paciente, entre otros términos relacionados a conceptos en donde el aborto se encuentra implícito.

Se puede corroborar así, como a través de una manipulación terminológica hermanada a la reinvención de los derechos humanos, los comités de demiurgos ejercen presión sobre las soberanías nacionales, a partir de una resignificación de los tratados, que pugna por erigir al aborto en un derecho de la mujer, incrementar los supuestos de su despenalización y compeler a los Estados a adoptar medidas tendentes a su fácil instrumentación, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

En definitiva, en traza con la estrategia abortista a nivel global, no sólo se introduce así esta clase de actos a una adiaforización liberadora de consideración moral alguna, sino que además se ejerce el arte de volver líquido el derecho penal, mediante la desvirtuada utilización del mismísimo derecho iusnatural a la vida[76] y la despenalización del homicidio de los niños por nacer. Así, por intermedio de instancias disímiles a los parlamentos[77], como por ejemplo lo son la CS y el protocolo citado, se cumplirían algunas de las consignas destinadas a profanar la sacra gramática inscripta en la naturaleza de los hombres.

En suma, este es el ejemplo más claro de un derecho penal exánime en una sociedad moderna líquida[78], ya que si ni el bien jurídico elemental de la vida es preservado y resulta expuesto a una

76. A modo de ej. cuando se pregona la defensa al derecho a la vida de las mujeres, en razón de las defunciones originadas por abortos clandestinos. De esta manera, se procura la despenalización del homicidio del niño por nacer, con el objeto de garantizar la impunidad de quienes perpetran esos crímenes.

77. Esta estrategia fue revelada en el auditorio de la Cámara de Diputados del Congreso Argentino en agosto de 2006, al explicar la ROA las tácticas aplicadas en Colombia. *Vid.* TRADICIÓN Y ACCIÓN, *Aborto la Verdad…*, cit., págs. 125-127.

78. Se toma como referencia el marco de estudio desarrollado por BAUMAN, Zygmunt, *Vida Líquida*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2013, y por el mismo autor junto a LYON, David, *Vigilancia líquida*, Buenos Aires, 1ª ed., Paidós, 2013.

incertidumbre permanente, qué otro imperativo regirá a la hora de consolidar otros derechos, sino es el de una inestabilidad acechante.

Al fin de cuentas, el "derecho penal líquido" es la contracara del derecho fundamental a la vida. Sí, el "derecho penal líquido" es uno de los artífices de los alarmantes signos retratados por la Beata Madre Teresa de Calcuta, quien en la Conferencia del Cairo de 1994, expresaba desde lo más íntimo de su corazón que:

> Cada uno de nosotros hoy se encuentra aquí gracias al amor de Dios que nos ha creado, y gracias a nuestros padres que nos acogieron y quisieron darnos la vida. La vida es el mayor don de Dios. Por eso es triste ver lo que acontece hoy en tantas partes del mundo: la vida es deliberadamente destruida por la guerra, por la violencia, por el aborto. Y nosotros hemos sido creados por Dios para cosas más grandes: amar, ser amados. A menudo he afirmado, y estoy segura de ello, que el mayor destructor de la paz en el mundo de hoy es el aborto. Si una madre puede matar a su propio hijo, ¿qué podrá impedirnos a ti y a mí matarnos recíprocamente? El único que tiene derecho a quitar la vida es Aquel que la creó. Nadie más tiene ese derecho: ni la madre, ni el padre, ni el doctor, ni la agencia, ni una conferencia, ni el gobierno. Me aterra el pensamiento de todos los que matan su propia conciencia, para poder cometer el aborto. Después de la muerte nos encontraremos cara a cara con Dios, Dador de la vida. ¿Quién asumirá la responsabilidad ante Dios por los millones y millones de niños a los que no se les dio la posibilidad de vivir, amar, y de ser amados? Un niño es el don más grande para la familia y para la nación. No rechacemos jamás ese don de Dios" [79].

5. Doble vara de una legalidad normativizada

Hemos visto que la realidad debe ser la piedra angular para la construcción de cualquier política criminal, pues la justicia con el ser es

79. Palabras recordadas por San JUAN PABLO II, Homilía en Polonia, del 4 de julio de 1997, *L´Osservatore romano* 20-6-97, 8.

la medida a seguir si se pretende aplicar un programa eficaz y consustanciado con el bien común político. Este es el momento adecuado para analizar otra proyección del "derecho penal líquido", que se configura cuando la dogmática jurídico penal rechaza las estructuras del ser, desoye las pragmáticas de la realidad y no refleja en los sistemas de imputación ámbitos indisponibles de la naturaleza de las cosas receptados normativamente (ej. dignidad de la persona y DD. HH.).

Esto nos pone en guardia sobre los peligros inherentes a una excesiva normativización de la teoría del delito, que conduce a una gradual pérdida de ligamen entre sus conceptos y los contenidos de la realidad natural u ontológica. El desplazamiento de las teorías causales del resultado en un cierto grado[80], la preponderancia de la inobservancia de los deberes de cuidado como ejes del sistema punitivo[81], y una conceptualización compleja de la libertad del hombre[82] son algunos indicios de esta intensa normativización.

La polémica se enciende cuando nos preguntamos hasta donde puede llegar una funcionalidad de los conceptos que relegue los presupuestos empíricos a la hora de formular la teoría del delito y las instituciones penales. Si bien una normativización conceptual moderada puede resultar positiva, lo cierto es que llevada al paroxismo puede abarcar incluso a la noción de ser humano[83]. Pues si todo el pensamiento penal se vuelve puramente funcional, concebir a alguien como persona será una mera contingencia atada a los propósitos o funciones que ese concepto interprete en el sistema penal[84].

80. Yacobucci explica, que si bien aún se reserva un espacio para una causalidad estadística y valorativa, ciertamente se encuentra normativizada. Además, en un estadio posterior se deben aplicar reglas normativas al momento de efectivizar la imputación objetiva. *Vid*. YACOBUCCI, Guillermo J., *Los desafíos de un nuevo Derecho Penal*, en *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús), San Pablo, nº 1, año 2005.

81. En donde el objeto de la legislación comprende modificaciones de ardua comprobación empírica, pues ya no se centra en vulneraciones originadas por cursos causales naturales.

82. Ya no alusiva a la libertad individual como hecho psicológico, sino más bien la adoptada para sustentar normativamente un juicio de reproche.

83.YACOBUCCI, Guillermo J., *Los desafíos de…*, cit.

84. Ídem.

Cabe sopesar asimismo, una mengua y relativización en el principio de legalidad, más precisamente en su formulación como garantía positiva del imputado ante el surgimiento de un derecho penal dual, es decir un esquema de legalidades diferenciables, que procuran darle una cierta integración a un derecho penal clásico, con elementos de uno propiamente posmoderno.

Un ejemplo de ello es justamente el derecho penal de *emergenza* acuñado por la escuela italiana. SERGIO MOCCIA, uno de sus más insignes representantes, intenta dar la pauta de una cierta ausencia de sistematicidad en el derecho penal, a partir de una dialéctica histórica entre la legislación de la ilustración y la imperante en la actualidad[85]. La primera se encontraba signada por las directrices de legalidad, lesividad, subsidiariedad y última ratio.

Además, ese derecho penal buscaba sistematizar los tipos penales bajo criterios de claridad, sencillez y coherencia, a fin de tutelar la libertad individual de modo prevalente[86]. Por el contrario, la legislación del presente es atravesada por una emergencia conglomeradora de criterios antagónicos y fluctuantes, que opera como presupuesto de una crisis de garantías[87].

Otro paradigma explicativo de la cuestión puede hallarse en la descripción de un derecho penal de diferentes velocidades esbozada por SILVA SÁNCHEZ. El catedrático español analiza una paulatina relajación de las garantías ante determinados fenómenos delictivos. El nacimiento de ciertos peligros o riesgos, impondría su neutralización a través de una respuesta penal anticipada[88]. Por eso, hablamos de un derecho penal preventivo que se administrativiza, al modificarse la estructura de los tipos penales y no configurar una condición *sine qua nom* la vulneración de un bien jurídico. Es que la actividad legislativa adopta tipos penales de peligro abstracto.

85. *Cfr.* YACOBUCCI, Guillermo J., *¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?"*, El Derecho, ED 209-895, Buenos Aires, 2004.

86. Ídem.

87. Ídem.

88. Ídem.

SILVA SÁNCHEZ deja patente la existencia de un derecho penal de primera velocidad denominado *"de la cárcel"*, destinado al amparo de bienes jurídicos clásicos, en donde se tornarían efectivas todas las garantías individuales ante la hipotética aplicación de penas de prisión[89].

Paralelamente, este derecho penal convive con un símil de segunda velocidad, caracterizado por sanciones no privativas de la libertad; y una relativización de las garantías fundamentales, que tiene por objeto alcanzar una más eficaz dinámica sancionadora, frente a la puesta en peligro de ciertos propósitos político-criminales[90]. En sí, sería un derecho penal más distanciado de la matriz conformadora de lo criminal, por cuanto se impondrían sanciones de naturaleza más administrativa (ej. pecuniarias, restricción de ciertos derechos, sanciones sobre personas jurídicas), además de flexibilizarse ciertos principios de imputación junto a otras garantías[91].

Ahora bien, a la par habría un derecho penal de tercera velocidad, en el que frente a imputables peligrosos, convergerían las sanciones privativas de la libertad con esa merma de las garantías ya aludida. Con lo que se constituiría una suerte de DERECHO DE EMERGENCIA O BELIGERANCIA, que dispara en el doctrinario la pregunta de si de hecho, no nos topamos frente a un no-derecho[92]. Este "DERECHO DE GUERRA" comprendería a modo de ejemplo la criminalidad organizada, el terrorismo y la delincuencia sexual reiterada, hechos que no sólo originan dificultades en la faz investigativa, sino también socavan los postulados políticos/sociales/económicos de convivencia y ponen en jaque al Derecho en cuanto tal[93].

Esta expresión sería una arista de un derecho penal de medidas de seguridad ante situaciones expecionales de conflicto, limitadas temporalmente e inevitables. En sentido estricto, el aumento de la escala penal y la atenuación de garantías (sustantivas/procesales) tenderían asimismo a asegurar ese plano fáctico de peligrosidad, al que

89. *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pág. 163.

90. Ídem.

91. Ibídem, págs. 159-162.

92. Ibídem, págs. 162-167.

93. Ídem.

se le debe sumar la carencia de certeza cognitiva sobre cómo actuara quien decidió transitar ese sendero de infidelidad al derecho por un tiempo duradero[94].

Profundizando más sobre esta idea, el jurisconsulto plantea que corroborado en su dimensión real este DERECHO PENAL BELICOSO, el debate esencial debe ceñirse a su legitimidad[95]. Así, dada esa discusión, SILVA SÁNCHEZ pareciera concluir que decididamente es un mal[96]. Tal vez un mal menor, dentro de un marco de emergencia en donde se deben afrontar con eficacia situaciones de extraordinaria gravedad. Claro que, añade, la vital relevancia de hacer interactuar esa justificación con los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad, de consuno a una reflexión actualizable sobre el concurso de los presupuestos regulatorios de esa naturaleza de cosas[97]. Un espíritu crítico, que al parecer del doctrinario no emerge, pues los Estados dejan pastar cómodamente las proposiciones de la *"perenne emergencia"98*. Por tanto, el DERECHO PENAL MARCIAL propenderá a consolidarse y avanzar por un laberinto inerme de legitimidad[99].

Otro signo de la normativización extrema del derecho penal puede encontrarse en el DERECHO PENAL DEL ENEMIGO[100]. GÜNTHER JAKOBS, al describir la situación del derecho penal alemán retoma la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN (1927-1998) y recibe el influjo hegeliano para determinar el concepto de pena. El funcionalismo jurídico-penal es engendrado así, como una teoría que entiende la dirección del derecho penal hacia el aseguramiento de la identidad normativa, la constitución y la sociedad[101]. Bajo esta perspectiva, la pena no tendría un

94. Ídem.
95. Ídem.
96. Ídem.
97. Ídem.
98. Ídem. *Cfr.* también *La perenne emergenza. Tendenze autotitarie nel sistema penale de* SERGIO MOCCIA.
99. Ídem.
100. Conforme a PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho Penal del Enemigo: ¿análisis crítico o programa de derecho penal?*, en *La Política Criminal en Europa,* Barcelona, Atelier, 2004. Según cita de YACOBUCCI, Guillermo J., *¿Cómo interpretar la…*, cit.
101. Cfr. *in extenso* JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en consideración preliminar. Traducción de Manuel Can-

efecto reparador de bienes jurídicos, pues su función sería confirmar la identidad normativa de la sociedad[102]. De hecho, la infracción de la norma no configuraría un evento natural entre personas, sino más bien un proceso comunicativo[103]. Por consiguiente, el derecho penal se encontraría imposibilitado de reaccionar ante un suceso en tanto lesión de un bien jurídico, y únicamente podría actuar frente a un hecho, pero en el sentido del quebrantamiento normativo[104].

En esta teoría cincelada por JAKOBS, la pena entendida aisladamente sería un mal que replicaría el binomio cronológico al cual echó mano HEGEL al representar la secuencia cronológica del hecho penal/pena como un mal más otro mal. Esto equivaldría aritméticamente a la irracional sucesión de dos males (delito + pena= 2 males)[105].

Por esta razón, emprende su teoría sobre la aseveración de que las prestaciones sustentadoras de un sistema serían sus funciones. Puntualmente, en lo que concierne al conjunto del derecho penal, no sólo el interés se circunscribiría a la pena, pues se ampliaría a todas sus prestaciones. Y en este cuadro, la prestación suministrada por el derecho penal poseería un sentido comunicativo. Esto se deduce fácilmente, dado que por una parte, el delito sería una afirmación contradictoria de la norma; y por otro lado, la pena constituiría una respuesta confirmadora de su vigencia.

De esta forma, se establecería una relación racional entre ambas categorías (delito/pena), que justamente sintetizaría cual es la prestación del derecho penal, y se puede retratar con un juego de palabras, a partir de una licencia tomada con el afán de alcanzar mayor claridad expositiva. En concreto, la prestación se expresaría en la acción y efecto de contradecir la puesta en crisis de las normas que determinarían la identidad social[106]. De este modo, la pena manifestaría al todo social, que a pesar de la expresión delictiva la norma seguiría en vigor.

---

cio Melia y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Civitas, 1996.

102. Ídem.
103. Ídem.
104. Ídem.
105. Ídem.
106. Ídem.

Dentro de ese contexto, el sistema social definiría quien es persona, pues habría una configuración normativa de la sociedad. Aquí radica un aspecto clave, por cuanto los ciudadanos serían definidos por el sistema; mientras que los indeterminados por éste constituirían hechos de la naturaleza. De ahí que, al resultar el autor de un delito capaz de manifestar un sentido a través de sus conductas, se le podría aplicar una pena dado su reconocimiento de persona. La ciudadanía sería concedida al autor de un hecho normal, más precisamente a alguien que en términos generales guardaría lealtad al derecho, aunque hubiera dañado la vigencia normativa. Estas garantías son las que conducirían a equilibrar esa lesión de la norma con una pena, y como consecuencia de ello, a mantener las expectativas frustradas.

Contrariamente, si el individuo no brindara certezas de lealtad hacia la norma, nos hallaríamos frente a un sujeto peligroso y la disolución de la vigencia normativa. Entonces, esa actitud prolongada en el tiempo de defraudación de las normas, junto a la escasez de garantías sobre fidelidad normativa, impulsarían a tratarlo cual si fuera un hecho de la naturaleza, mas no como persona. Ante ese escenario no se intentaría comunicar algo, sino combatir eficazmente contra ese riesgo e inocuizarlo. Es que el Derecho se vincularía a las personas, en tanto la coacción se relaciona con el enemigo.

Por eso, en los casos de organizaciones criminales, reincidentes habituales y terroristas, el sentido de la pena no se encontraría –en mayor medida– en la sanción de los hechos cometidos. En estos supuestos primaría el aseguramiento ante sucesos futuros y la eliminación del peligro.

Esta visión se proyectaría en una diferenciación entre un derecho penal de enemigos y otro destinado al imputado/ciudadano, en donde las garantías procesales, las consecuencias penales, los modos de imputación y otras reglas variarían de uno a otro modelo[107].

JAKOBS estipula la inviabilidad de resolver si este derecho penal del enemigo es un auténtico derecho; y asocia este esquema con una política criminal que se especificaría de la siguiente forma: a) adelantamiento de la punibilidad, b) ausencia de una morigeración de la

107. *Vid.* YACOBUCCI, Guillermo, *¿Cómo interpretar la…*, cit.

pena proporcional a esa anticipación, y c) debilitamiento de garantías procesales[108].

De esta manera, podemos apreciar como la peligrosidad se convertiría en el *alma mater* de una política criminal, que desplazaría de escena al principio de culpabilidad por el hecho receptado en nuestra constitución política (art. 18, CN) y haría buenas migas con un derecho penal de autor, que en la neutralización del sujeto riesgoso encontraría su cenit.

Ante este panorama de incertidumbre que enseña una unidad del derecho penal resquebrajada, hallar el norte dependerá de recorrer el camino bajo el faro del respeto irrestricto de los elementos constitutivos del hombre. Sí, pues el derecho penal debe ajustarse a los complejos y sofisticados requerimientos de nuestra hora, pero sin incurrir en la injusticia con el ser. Pues ésta es una inequidad muy pretensiosa y carente de cualquier viso de objetividad, que dispone a los hombres a hacerse de *"las figuras vivas y originarias pintadas … en la tela de nuestra naturaleza"*, para moverlas a su antojo cual si fueran rectángulos, cuadrados o círculos[109].

Asumiendo el valor de este juicio, el derecho penal de este siglo debe atender a los dictados de la misma naturaleza humana, que define la racionalidad y libertad del hombre. Por lo que la normativización de los conceptos debería necesariamente construirse de cara a la verdad de las cosas[110] y no traspasar los límites ontológicos del ser humano.

De lo contrario, de esconder los ingenieros del sistema punitivo su cabeza debajo de un arenal –cual si fueran avestruces–[111], vaciarían al hombre del rango conferido en base a su dignidad, junto a sus implícitas exigencias. Y esto no constituye una nimiedad, dado que un presupuesto de la resolución de los problemas morales originados en

108. *Cfr.* YACOBUCCI, Guillermo, *Los desafíos de…*, cit.

109. *Cfr.* LEWIS, Clive S., *God in the Dock*, 1ª ed., Santiago, Andrés Bello, 1996, págs. 146-147.

110. La aspiración de descubrir la realidad y conocer las cosas es precisamente una de las características que diferencian al hombre de los animales. *Cfr.* ARISTÓTELES, *Todos los hombres desean naturalmente saber* en *Metafísica*, I, 1.

111. Esta es una metáfora particularmente apta utilizada por LEWIS, Clive S., *God in the Dock*, cit.

la vida social es la obligación intrínseca de la búsqueda de la verdad. Un deber que el hombre tiene hacia sí mismo, además de resultar connatural a su dignidad.

En sí, este es un imperativo ético que deberá hacerse carne para legitimar las misiones del derecho penal de este milenio, y evitar caer en nuestra propia trampa. No vaya a ser que el hombre desprevenido tropiece con una celada, y sea condenado como ATLAS a cargar sobre sus hombros con un firmamento de normas ideadas por él, que se vuelvan en su contra. Pues esa constelación puede convertirse en un pesado yugo y aplastar a su auténtico destinatario, si las construcciones normativas no condicen con esa realidad que lo hace humano. Pues el Derecho Penal es por y para la persona, *"principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales"112*. Por ende, la política criminal debe reconocer su naturaleza y acercarse a ella.

Sí, tal vez el político criminal deba cual Eneas evocar siempre a su amada TROYA si aspira fundar una gloriosa Roma jurídica en el hoy. Sí, a diferencia de los pretendientes de PENÉLOPE, que en Ítaca habían olvidado a ULISES y fenecieron en manos del amor al hierro del mismo ODISEO, la Política Criminal debe aferrarse a una barca que no se hunda. En una sola palabra, una piedra miliar constituida por el hombre y los derechos que participan de su humanidad.

6. BEMOLES DE UNA LEGALIDAD DESVENCIJADA POR UNA OPORTUNIDAD CAÓTICA

Es tiempo de analizar ahora cómo irradia en los sistemas penales la adopción de un principio de oportunidad reglado deficientemente, que tiende a diluir la ley penal, al punto de penetrarla con los caracteres de precariedad, liviandad y revocabilidad, todos calificativos utilizados por BAUMAN[113] al retratar la liquidez de la sociedad actual[114].

112. CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et Spes*, 25.1.

113. *Vid*. BAUMAN, Zygmunt, *Vida Líquida*, cit., págs. 9-25.

114. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?*, en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires, Educa, nº 3, 2015, pág. 94.

En particular, aquí pondremos la atención en una oportunidad conductora de incertidumbre e inestabilidad normativa –por demás antagónica a un querer aplicar la ley penal y solidificarla en un bien perdurable– que se solventaría en la necesidad de:

- racionalizar los recursos/descomprimir el saturado sistema de justicia para alcanzar respuestas más eficaces; y
- sustituir una selectividad implementada informalmente por ignotos operadores judiciales carentes de responsabilidad visible, que dispensarían un tratamiento desigualitario de la ley penal y propiciarían una sectorización social en la criminalización o desincriminación de conductas, destinada a controlar sectores más vulnerables.

Concretamente, esta expresión del "derecho penal líquido" propende sin remilgos a banalizar la noción de justicia, al pasar una patina de labilidad sobre el derecho de la comunidad a la concreción de ese *dar a cada uno lo suyo* y las obligaciones positivas del Estado ante el delito[115].

6.a. Paréntesis propedéutico

Previo a ingresar en el estudio de la materia propuesta, cabe desarrollar un conciso *excursus*, que nos preparará para comprender cabalmente sus alcances e implicancias.

En principio, debe resaltarse el valor de uno de los prismas del principio de legalidad acuñado en el aforismo latino *"nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia"*, que nuestra Constitución Nacional reconoce al prescribir la imposibilidad ser *"penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"* (art. 18 CN).

Especificar mediante una ley cierta y previa qué hechos son penalmente relevantes, cuáles son las consecuencias jurídicas previstas ante su comisión, de consuno con la medidas de las penas es esencial, por cuanto una indeterminación en este sentido propen-

115. Ibídem, pág. 95.

dería a una despótica imposición de condenas, caracterizadas por CHESTERTON como medidas inconmensurables, que decantarían en una especie de limitación ilimitada[116]. De modo que en esta formulación del principio de legalidad se encuentra inserida una fuerte limitación al poder punitivo. Más aún, puede observarse que en miras de evitar potenciales arbitrariedades, la legalidad se constituye en estos casos como una garantía individual y un baluarte de la seguridad jurídica.

Empero, reducir el principio de legalidad a una garantía positiva del imputado, inutilizable en su contra y orientada tan solo a librarlo del poder punitivo –tal como lo hacen los defensores de la oportunidad– sería una inepcia. De incurrir en ese reduccionismo, no repararíamos en su significancia para garantizar el derecho constitucional de toda la comunidad política a la seguridad-legalidad y a afianzar la justicia. Esto es importante retenerlo, dado que el Estado posee deberes restrictivos de su actuación en lo concerniente a las garantías individuales, pero coetáneamente debe cumplir con deberes de protección respecto a derechos de las víctimas y toda la comunidad política, en torno a la cristalización de una justicia hermanada con el bien común político.

Tal es así, que una adecuada hermenéutica del art. 18 de la CN debería conducir a una síntesis superadora de estas dos aristas ínsitas en un principio de legalidad, interpretable como garantía del debido proceso e imperativo ineluctable de la persecución penal. Es que entre las garantías individuales del imputado y el principio de dar a quien delinque su pena no existe antinomia alguna, al hallarse implícitamente contenida en esta última premisa la absolución del inocente[117]. Pues el resguardo de las garantías individuales es un presupuesto de ese darle a quien delinque su pena y de la materialización de una justa retribución imperada por el bien común político[118]. Por

116. *Vid*. CHESTERTON, Gilbert K., *Condena indeterminada para presos* y *Presos en prisiones y en hospitales*, en *Cien años después*, 1ª ed., Buenos Aires, Vortice, 2008, págs. 144-148 y 154-158.

117. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio…*, cit., págs. 57-110.

118. *Ídem*.

ende, los binomios derecho penal-garantías y comunidad-imputado no deben interpretarse como contrapuntos[119].

6.a.I. La falacia abolicionista

En traza de entender mejor el *quid* de la cuestión, primero debemos ejercitar la tauromaquia sobre la falacia de idear al derecho penal sobre la entelequia de una comunidad política y autoridad en constante tensión con las libertades del individuo. Es decir, un derecho penal únicamente concebido como limitante de un poder punitivo del Estado tendente a perpetrar abusos.

Lo cierto es que esta idea se mece sobre concepciones anidadas en las derivaciones de una criminología crítica, cuyo objeto de estudio es la cosmogonía del sistema penal, y su propósito consiste en preparar el terreno para lograr su abolición, a partir de una deslegitimación del *ius puniendi* basada en una estructura socioeconómica inicua con proyecciones en un andamiaje punitivo, articulado selectivamente como medio de conservación de poder de la clase dominante sobre grupos subalternos criminalizados[120].

Bajo este sesgo ideológico, diversos exponentes del movimiento aludido (entre ellos BARATTA en Italia) identifican a la pena con violencia institucional y sugieren un programa de derecho penal mínimo, que introduce principios de oportunidad extra-sistemáticos[121] destinados a descriminalizar determinadas conductas[122] e implementar una política alternativa a la penal[123].

119. *Ídem*.

120. *Cfr.* GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Planteos actuales de la política criminal*, págs. 66-72.

121. *Cfr.* BARATTA, Alessandro, *Dirito Penale Mínimo,* Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983 y *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires-Montevideo, Editorial BdeF, 2004.

122. Léase principios de no intervención útil, privatización/politización de los conflictos, y preservación de las garantías formales.

123. *Vid.* el principio de sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena, el principio de especificación de los conflictos y de los problemas, el

En la República Argentina, crisol de los sofismas de MARX, FOUCALT, CHRISTIE, MATHIESEN y HULSMAN es la doctrina agnóstica de la pena pregonada por ZAFFARONI[124], quien la emparenta a *potentia puniendi*, al inteligirla como antirrepublicana dada su irracionalidad.

Con asidero en el magisterio de HERNÁNDEZ, puede sostenerse que el conmilitón de la criminología crítica visualiza la legitimidad del derecho penal en la reducción máxima del poder punitivo[125]. De esta manera, a la oposición dialéctica entre penas y derechos humanos ensayada por Zaffaroni se añadiría el antagonismo del binomio estado de policía/estado de derecho[126]. Así pues, el poder judicial (estado de derecho) se hallaría llamado a contradecir el poder de policía, a través de la magistratura y el derecho penal, cuya función prevalente estribaría sin más en contener el poder punitivo[127].

Se puede colegir, tal vez la expresión mayúscula de un "derecho penal líquido", dado que su redefinición como saber reductor, junto a la deslegitimación del sistema punitivo promueven un derecho penal mínimo, que oficiaría de puente hacia un abolicionismo contrario al bien común político[128].

6.a.II. Una respuesta superadora

Primero, debemos internalizar que *per se* la vida política es un bien, cuyo valor no se encuentra anudado a remediar ciertos males, defectos o carencias. Aunque la vida política se encuentra revestida intrínsecamente de cierta dosis de utilidad, el bien común político

---

principio general de prevención, el principio de articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales.

124. ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal (Parte General)*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2005, págs. 44-45.

125. HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista,* 1ª ed., Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, págs. 42-54; 65-71 y 155.

126. Ídem.

127. Ídem.

128. Ídem.

convocante se define por exigencias positivas e imprescriptibles de la naturaleza humana[129].

Si bien las urgencias vitales (*vgr.* colaboración e intercambio para alimentarse o unión en orden a resistir ataques de otros pueblos) impelen naturalmente al hombre a la politicidad, la vida política potencia otros bienes espirituales/materiales posibilitadores de un bien más pleno. De ahí que la amistad social, integradora de obras sapienciales, artísticas e inspiradas por la solidaridad o la épica perfeccionan la vida política hacia la concreción de ese bien común político.

Sentado esto, debemos fijar que la consecución de un fin común exige una unidad de acción, únicamente alcanzable por intermedio de una autoridad llamada a determinar las exigencias del bien común político y los medios ajustados a su conquista[130]. Este medio que ordena las conductas es una potestad de derecho natural, porque sin ésta no puede preservarse la sociedad política, a la cual se encuentra inclinado el hombre por esa politicidad inscripta en su íntima naturaleza.

De hecho, las justas exigencias del bien común político definen la significancia de la potestad pública de preceptuar y castigar, por cuanto: a) el cuerpo social necesita de una cabeza o autoridad suprema que dirija a sus integrantes; b) todos los componentes de una comunidad política no pueden dirigir coetáneamente; c) en ocasiones, los intereses individuales de las partes del organismo social se contraponen al propósito común; y d) por otra parte, en circunstancias, algunas acciones esenciales para el bien común no incumben a los particulares.

Se evidencia entonces, que el fundamento natural de la comunidad y potestad política es un bien común posibilitador de la conservación/perfeccionamiento de los seres humanos. Por tanto, sin esa

129. *Vid*. CASTAÑO, Sergio R., *Lecturas Críticas sobre el Poder Político,* 1ª ed., México, UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, págs. 20-21. Castaño explica que de reducirse el valor de la política a criterios utilitarios, por un lado la justicia, la piedad, el patriotismo y la solidaridad serían técnicas, más no virtudes. En tanto que las comunidades políticas podrían subsistir sin la amistad y justicia del bien común (cfr. págs. 20-21).

130. Ibídem, págs. 82, 93 y 114.

potestad necesaria e inderogable, la comunidad política no podría abrazar el bien común político, pues se hallaría huera del ejercicio de una dirección racional encaminada al logro de esa finalidad.

Ahora bien, no obstante la prevalencia de esa función directiva de la potestad política en términos definitorios, debe además precisarse que ésta a su vez se encuentra investida de una facultad punitiva y el derecho a ejercer la coacción, en aras del mismo bien común político convocante.

Cuando una persona fragmenta la cohesión comunitaria y lesiona las leyes creadas en función del bien común, adquiere una deuda ante la comunidad política, que debe asumir con responsabilidad[131]. Ejemplifica lo afirmado, que quien comete un homicidio u otra tipología de delitos contrae una deuda con el todo social por cancelar mediante la respuesta punitiva, en pos de concretar la justicia[132]. En sentido estricto, podemos expresar que tanto cumplir con una obligación patrimonial, como retribuir el delito son acciones informadas por la justicia y la bondad[133]. Por ende, el Estado, en cuanto administrador del *bonum commune* por excelencia, debe restaurar la justicia e igualdad alterada por el delito, a través de un ejercicio del poder comprensivo de la fuerza punitiva y coercitiva, con la finalidad de asegurar esa simetría de libertades ultrajada.

Desde luego, ese buen lazarillo que es el principio de *dar a cada uno lo suyo* para ordenar a los hombres en su relación con los otros[134] es el sustrato de todo orden comunitario. Esto significa, que específicamente es la justicia la encargada de restituir el orden entre las cosas y reconocer los derechos de cada hombre, a fin de que todas las posibilidades de una convivencia humana puedan desarrollarse en forma plena. Este *debitum* se asienta en un *suum* preexistente y perteneciente a un sujeto de derecho, que otra persona le ha extraído, retenido o lesionado injustamente.

131. HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, pág. 53.

132. Ibídem, págs. 53 y 63-64.

133. *Cfr*. HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista,* cit., págs. 167-168.

134. Se sigue de cerca a PIEPER, Josef, *Tratado sobre las virtudes,* 1ª ed., Buenos Aires, Librería Córdoba, 2008, t. I (*Virtudes Cardinales*), capítulo concerniente a la justicia.

El Estado (integrado por personas) propende a la perfección de los seres humanos; y en consecuencia, al constituir su fin natural el bien de éstos comparte la misma bondad. La autoridad, en cuanto atributo del Estado se encuentra revestida también de ese bien, al igual que el orden normativo y el *ius puniendi* estatal. Es que por su constitutiva referencia al bien común político, el Estado comprende el derecho y deber de ordenar esa comunidad compuesta por diferentes sujetos a ese fin plenario[135]. Tal es así, que debe proponer y hacer imperar los medios adecuados para alcanzar esa plenitud[136].

En este contexto, caracterizar constantemente a todos los derechos humanos como opuestos o limitantes de la potestad estatal no es más que una interpretación supina, ya que el *ius puniendi* es derecho natural y humano del Estado[137]. Por lo demás, la arbitrariedad de este contrasentido infundido de estulticia se evidencia aún más, si ponderamos que ese interés de la comunidad política en la realización del derecho penal se conjuga con el legítimo derecho de toda la ciudadanía a la concreción de la justicia penal, por intermedio de las autoridades pertinentes, dado su concomitante *status* de integrantes del Estado y destinatarios de ese bien común político[138].

La aplicación de la pena es un bien ético-jurídico, con asidero en una necesidad moral o deóntica, que en defensa del bien común político requiere una respuesta y reacción del Estado ante la iniciativa del delito[139]. De esto se infiere, que el principio natural de justicia de *"dar a cada uno lo suyo"* es determinado por el bien común político, y se especifica con el principio especial del derecho penal de *"dar a quien delinque su pena"* –amén de la existencia de casos en donde el *bonum commune* puede exigir otra forma de resolución–[140].

135. *Cfr.* GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Planteos actuales de la política criminal*, págs. 37-39.

136. Ídem.

137. *Vid*. HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista,* cit., pág. 557.

138. La comunidad tiene también derecho a que el Estado, en cuanto titular del *ius puniendi,* lo ejercite en miras del bien común político.

139. *Vid*. GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Planteos actuales…*, cit., págs. 37-39.

140. Ídem.

Por consiguiente, es una exigencia ético-jurídica de justicia, que una vez consumado el delito se aplique una pena. Se trata de un débito que lleva ínsito ese darle lo suyo a las víctimas de los delitos, los damnificados potenciales y toda la comunidad política[141]. Pues la ciudadanía debe gozar del derecho subjetivo y la garantía de que la justicia penal se realizará una vez cometido el delito, en pos de esa concordia social[142].

Simplificando, los ciudadanos deben gozar de una seguridad gnoseológica, de que dado el delito esa impunidad amarrada a la anomia no prevalecerá y el valor justicia se actualizará mediante el ejercicio del *ius puniendi*. Esta idea guía es esencial, ya que se hermana con la obligación del Estado a contener, refrenar y sancionar el delito con la mayor eficacia factible, a fin de sustentar la coexistencia del todo social, y restablecer bajo criterios de justicia la armónica convivencia afectada por el delito. Este es un aspecto neurálgico, pues al asumir la función jurisdiccional la sociedad política o el Estado, se evita la incorrectamente denominada justicia por mano propia.

Asimismo, la primacía del contenido retributivo en el discurso legitimador de la pena, que en lo justo debido halla su fundamento/razonabilidad, no sólo permite distanciarse de una quimera abolicionista conductora de una vida anárquica y un orden civil inviable, sino también es una salvaguarda contra potenciales abusos ligados a la hipertrofia de visiones de neto corte utilitarista sobre la sanción penal, como a modo de ejemplo lo son las profesadas por un derecho penal de autor afincado en nociones de peligrosidad.

Basta añadir, que el art. 18 de la CN presupone el principio del derecho penal de dar a quien delinque su pena, que integra el derecho natural y constituye una manifestación más del principio de *dar a cada uno lo suyo*[143]. Tal es la evidencia de esta prescripción iusnatural, que el derecho de la Nación lo da por sobrentendido[144].

141. Ídem.

142. Ídem.

143. *Cfr.* ARISTÓTELES, *Ética,* Argentina-España, Editorial LIBSA. Edición especial para Editorial el Ateneo, 2001, 1ª edición, págs. 41-61.

144. *Vid.* HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista,* cit., págs. 167-168.

6.b. Recepción normativa de la oportunidad

Hecha esta breve digresión sobre el dintorno de una ideología abolicionista, que en parte nutre algunos discursos pro oportunidad, nos hallamos en condiciones de tratar los tornasoles de una legalidad receptada *a priori* como regla en el Código Procesal Penal de la Nación –aprobado por Ley 27.063–, pero a la vez contemplativa de la potestad fiscal de desistir de la persecución penal, ya sea no promoviendo la acción, o una vez impulsada, renunciando a su ejercicio.

Por lo pronto, la ley 27.063 enseña su aquiescencia con moldes procesales que instituyen a la oportunidad en forma temperada y con carácter excepcional frente al principio de legalidad. En este esquema, según el art. 30 del CPPN[145] el fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes supuestos:

a) criterios de oportunidad,
b) conversión de la acción,
c) conciliación en los *"…casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte"* (art. 34, CPPN)[146], y
c) suspensión del proceso a prueba.

145. De aquí en adelante, toda alusión al CPPN comprenderá al probado por ley 27.063.

146. Si bien existe un deber y derecho subjetivo de "dar a quien delinque su pena", en determinadas circunstancias imperadas por el bien común político debe ceder este principio por la paz social, y exigir la aplicación de respuestas diferentes. Pues la concordia, naturalmente también configuradora del bien común político puede obligar incluso al Estado a ejercitar el derecho natural de la comunidad política a aprontar una solución más cercana a una justicia reconciliadora.

Aquí no se tratará en profundidad esta cuestión, pero sí puede adelantarse, que el art. 34, inc. c) del CPPN es pasible de algunas críticas. Por un lado, vale señalar que hubiera convenido añadir a la violencia sobre las personas a la amenaza e intimidación, dado que la redacción actual habilitaría a que por ej., en el caso de no haberse lesionado a la víctima en el delito de robo a mano armada se pueda acceder a la conciliación, cuando ante estos supuestos se evidencia la exigencia de concretar la justicia penal, en pos del bien común político. Análoga consideración vale respecto al delito de estafa, caso en el cual la norma posibilita al fiscal a no impulsar la acción penal.

Sin embargo, no resulta viable prescindir del ejercicio de la acción penal –total o parcialmente– si el delito es cometido por un funcionario público en razón de sus funciones o cargo; cuando es realizado en un contexto de violencia doméstica o motivado en razones discriminatorias; o en aquellos casos de incompatibilidad con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal, fundadas en criterios de política criminal (art. 30, CPPN).

En sentido estricto, los fiscales se hallarían facultados a prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública, o limitarla a alguno de los intervinientes en el hecho delictivo hasta la finalización de la audiencia de formalización de la investigación penal preparatoria (art. 225, CPPN), si:

a) *"… se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público"* (art. 31, CPPN),
b) *"… la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional"* (*ídem*);
c) se configura un caso de pena natural[147]; y
d) "… la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero" (*ídem*).

Esta clase de decisiones permiten declarar extinguida la acción penal con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que la víctima requiera su revisión ante el fiscal superior; y éste hiciera lugar

---

Amén de estos defectos normativos, estimo que el bien común político y la misión de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad e intereses generales de la sociedad encomendada al Ministerio Público Fiscal (arts. 120 CN y 1 Ley 27.148) obligarían a sus representantes ejercer la acción pública en esta tipología de supuestos.

147. No se tratará aquí, pues ya se sentó opinión en ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Pena Natural*, en El Derecho Penal, El Derecho, revista de doctrina y jurisprudencia nº 5, mayo de 2008.

a su pretensión (en cuyo caso se dispondrá la continuación de la investigación); o que una vez confirmado el criterio de oportunidad en segunda instancia se opte por convertir la acción pública en privada y constituir querella (cfr. arts. 32, 33, 79, inc. j.; 218 y 219, CPPN).

Se avizora así, un mecanismo de control interno ajustado a lo sentado por la CS en "QUIROGA"[148], pues tiende a robustecer la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal y a preservar la imparcialidad del juzgador. Empero, coetáneamente esta clase de procedimientos de contralor endogámicos plantean interrogantes en torno a un desdibujado principio republicano de no autocontrol; y por otra parte, al articularse a requerimiento de parte imponen la necesidad de prever metodologías de revisión automáticas ante bienes jurídicos difusos, dada la probabilidad de que pueda configurarse una pasividad o dispersión del todo social en orden solicitar el control de estas decisiones.

6.c. Una reforma esquizofrénica

Un escollo que debía sortearse en pos de dotar de operatividad el remozado Código Procesal Penal de la Nación era la reforma del Código Penal de la Nación, puntualmente en todo lo correspondiente a presupuestos de inicio de la acción penal, causales de extinción y conversión.

Tal como oportunamente se explicó en *#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?*, la regulación de la acción penal (derecho-deber del Estado) concierne al legislador nacional y tiende a la satisfacción del interés social en la sanción del culpable[149]. En efecto, es en la ley sustantiva en donde se condiciona la pretensión punitiva (a través de sus clases), sus impedimentos (léase cuestiones previas) y causas extintivas[150]. Pues la acción penal se encuentra limitada sustancialmente

148. QUIROGA, Edgardo, CSJN, *Fallos*, 327:5863.

149. *Vid.* NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2009, págs. 207-208.

150. *Cfr.* SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 2ª ed., Tipografía Editora Argentina, 1953, págs. 497-498.

por las figuras delictivas, cuya tipificación corresponde al Congreso, órgano con autoridad para determinar la duración, extensión y alcance de las respuestas penales. Por ende, al no integrar estas cuestiones el procedimiento y sí el derecho material puede sostenerse que son procesales en apariencia, más no en la realidad[151].

De este primado de la naturaleza sustancial de la acción penal se deduce, que si las provincias legislaran sobre esta materia extralimitarían su incumbencia, al resultar el derecho penal sustantivo una potestad delegada (CN, art. 75, inc. 12). De hecho, de reservarse las provincias la posibilidad de derogar los delitos tipificados en el código penal para su aplicación territorial en toda la Argentina, se daría un supino contrasentido no sólo respecto a la potestad material delegada por éstas al Congreso Nacional, sino también en cuanto se abriría paso a una aplicación de un principio de oportunidad carente de ecuanimidad a lo largo de todo territorio nacional[152].

La reforma del código penal, instrumentada mediante la sanción de la ley 27.147 (10/06/2015), confirma la adhesión del legislador a la tesis sustancialista de la acción penal defendida por la doctrina tradicional. Sin embargo, el camino desandado al legiferar horada cualquier viso de razonabilidad cuando lindando con la esquizofrenia se:

a) incorpora entre las causas de extinción a la aplicación de un criterio de oportunidad, y la conciliación o reparación integral del perjuicio, *"de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes… "* (art. 59, incs. 5 y 6, C.P.);
b) dispone que sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancias privadas y las acciones privadas (art. 71, C.P.); y
c) cataloga como acciones privadas *"a las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la*

151. Ídem.
152. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio…*, cit., págs. 57-110.

> *conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima"* (art. 73, CP)[153].

Con facilidad puede comprobarse que las fórmulas escogidas por el legislador nacional al inserir el principio de oportunidad, la conversión de la acción pública en privada y las condiciones previas de inicio oficioso de la actuación penal constituyen definiciones abiertas a leyes procesales de las provincias. La paradoja es evidente, pues estos enunciados explicitan una delegación del Congreso Nacional en las provincias, de una potestad antes delegada por éstas a la Nación en la CN.

La radiografía de esta sin razón nos compele a preguntarnos ¿cuál es la razonabilidad de delegar la determinación político criminal en la Nación, con el objeto de que legisle sustantivamente y en base a los intereses públicos comprometidos, si acto seguido se amputa la realización de esa eficaz inteligencia legislativa del Congreso Nacional mediante fórmulas dolientes de vaguedad e imprecisión[154]?

El interrogante cristalizado permite sin más entrever que el legislador nacional se desentendió de una facultad indelegable, consistente específicamente en definir la pretensión punitiva, precisar el alcance del *ius puniendi* y delimitar las causas extintivas de la acción.

Esto interpela al lector a interrogarse si es constitucional esta ley, por cuanto tanto la hermenéutica constitucional, como la tesis sustancialista han rubricado la significancia de que sea el legislador nacional quien determine los bienes jurídicos e intereses merecedores de protección, mediante la amenaza penal y la medida de su manifestación, en orden a garantizar una tutela judicial efectiva. Es que si bien la ley 27.147 por un lado adopta la postura sustancialista, al mismo tiempo incurre en un contrasentido y desnaturaliza la expresión constitucional, pues la CN entroniza en el Congreso Nacional la misión de definir una actuación político criminal coherente en todo el territorio argentino, en aras de alcanzar bien común político de toda la comunidad.

Aunque lo resaltado pareciera no ofrecer mayores inconvenientes en el orden nacional (al ser el mismo legislador a quien

153. Los subrayados me pertenecen.
154. Ídem.

renvían las normas examinadas), distinta es la incidencia de esta inexactitud al reconducirse a normas procesales de las provincias. Esto debería haberse evitado con una reforma al código penal, donde concretamente se precisara con carácter de *numerus clausus*, suma acribia y positivamente un número cerrado/limitado de condiciones para aplicar una oportunidad fundada en el bien común político y constituida como excepción a una legalidad peraltada en regla.

6.d. Aspectos críticos

No nos detendremos a estudiar en extenso los argumentos pro oportunidad o legalidad, pues esa tarea ya fue desarrollada en *#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?*, trabajo al cual me remito. Aquí se hará un esbozo sobre algunos aspectos críticos de orden genérico por resolver, que convergerían de aplicarse un principio de oportunidad incorrectamente reglado; y otros concernientes a supuestos particulares.

6.d.I. De orden genérico

- En el principio de legalidad subyace una palmaria legitimidad democrática y republicana propia de cualquier sistema representativo, pues en la actuación político-criminal del legislador se implica la indelegabilidad de la facultad legislativa de definir la ley penal en un sistema signado por la división de poderes y no autocontrol, premisas pergeñadas como instrumentos racionalizadores del *ius puniendi*.
- Es el Congreso Nacional el facultado constitucionalmente para delimitar los intereses por amparar mediante la amenaza penal y la medida de esta manifestación, pues compete al legislador nacional ejercer esta potestad/deber, de modo que si otro órgano (*vgr.* fiscal) evaluara la conveniencia, oportunidad o alcance de la protección en cuestión se extralimitaría.

- Al no sujetarse el fiscal a la ley y escoger a su arbitrio qué infracciones merecen persecución, la discrecionalidad se troca en una arbitrariedad exenta de control[155].
- Si ante la comisión de un delito comprendido en una misma norma, la persecución penal depende de si se cometió dentro de una provincia u otra, evidentemente se disipa cualquier viso de igualdad ante la ley (art. 16 CN). No puede obviarse que es la ley creada por el legislador nacional la indicada para especificar las circunstancias concretas de aplicabilidad de una pena. Por ende, en clave con una política criminal de índole Nacional, deberían imperar los modos de resolución previstos en el código penal.
- Ínsita a la crítica dirigida por lo promotores de la oportunidad a una selectividad solapada de la ley penal, subyace el imperativo de practicar la justicia con ecuanimidad en todos los casos.
- La defensa de una oportunidad fundada en la insoluble ineficiencia e ineficacia de un colapsado sistema de administración de justicia es portadora de un meta-mensaje espinoso, que en el marco de la lógica contractualista pone en crisis el discurso legitimador del poder coactivo-coercitivo de un Estado, paradójicamente cincelado por el garanto-abolicionismo como un titán cuasi-omnipotente y omnipresente, por demás avasallador de garantías individuales[156]. Las preguntas son simples, ¿cómo se escuda en su ineficiencia esta figura ultrapoderosa y por qué se le confirió esa potestad si no tiene aptitud para ejercerla adecuadamente?
- Al excusarse en su ineficiencia al Estado para perseguir delitos por intermedio de una arbitraria selectividad se visibiliza un incumplimiento del derecho-deber de aplicar todos los medios adecuados para materializar la justicia penal, además de diluirse la responsabilidad estatal en aras de la eficiencia, y

155. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón,* Madrid, Trotta, 1995, págs. 567-570.

156. *Cfr.* GAMBOA, Agustín - ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, V parte, 2.2.3.

diluirse el derecho de la comunidad a la concreción de ese dar a cada uno lo suyo. Se evidencia entonces, que las respuestas a la ineficacia deberían centrarse en rediseños organizativos idóneos para elevar la calidad del servicio prestado a la comunidad, más no en discursos contraventores de la autoridad, normatividad y el *ius puniendi*, todos elementos constitutivos del bien común político.

- Si las justificaciones del principio de oportunidad se anclan en un utilitarismo desprovisto del valor intrínseco a la dignidad del medio aprontado y únicamente guiado por las pautas de producción/consumo del mercado, se incurre en una liquidez de la ley penal, que vuelve trivial el concepto de justicia, al redefinirlo cual si fuera una mera mercancía[157]. En suma, el valor de afianzar la justicia, la justa retribución e instrumentación de acciones honestas son un presupuesto de esa eficacia que se procura conquistar; y presupone la consecución de un fin ético de factible concreción, si existe una relación de identidad entre el *bonum utile* y el *bonum honestum*.

6.d.II. Alcance difuso de la insignificancia

El art. 31., inc. a, del CPPN dota al fiscal de la posibilidad de prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal cuando se trata de un hecho que por su insignificancia no afecta gravemente el interés público. *A priori*, la norma contemplaría el principio de insignificancia o bagatela, derivado de un principio de proporcionalidad, imperado por un bien común politico que exige la retracción penal cuando esta reacción es ostensiblemente desproporcionada, irracional e injusta respecto a la gravedad de la lesión, culpabilidad y/o amenaza al bien jurídico.

Sin embargo, también podría interpretarse que nos hallamos ante el principio de insignificancia procesal. En este caso, ya no sería la significación o entidad del delito el eje de la decisión, sino más

157. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio…*, cit., págs. 57-110.

bien un interés ligado a variables ligadas a la necesidad de reorientar recursos para lograr una persecución más eficaz de delitos de mayor gravedad. Por tanto, de primar esta exégesis, nos topamos con los aspectos críticos de orden genérico ya descriptos.

Por otra parte, de prevalecer el principio de insignificancia procesal se abre camino a lo veleidoso. Claramente tropezamos con una imprecisión análoga a la enseñada por el art. 42.3.a) del Anteproyecto de Código Penal redactado por la comisión designada por decreto 672/12, en donde se habilita al fiscal a no promover o desistir de la acción cuando se tratare de *"hechos de menor significación"*[158]. Se dispara así un interrogante. ¿Qué baremo delimita cuando un hecho por su insignificancia no afecta *"gravemente el interés público"*, si no es el arbitrio del fiscal?[159]

6.d.III. Intervención de menor relevancia

El art. 31., inc. b del CPPN prevé la viabilidad de que el fiscal limite el ejercicio de la acción penal pública cuando la intervención del imputado sea estimada de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional.

La controversia gira de nuevo elípticamente en derredor a qué es una intervención de menor relevancia, pues la palmaria abstracción e imprecisión podrían conducir a decisiones arbitrarias. No obstante, *prima facie* el estándar definitorio de una intervención de menor relevancia pareciera elevarse un poco más a una insignificante, es decir el legislador refiere a una participación de menor importancia o significación.

6.d.IV. Pena ¿carente de importancia?

El art. 31., inc. d del CPPN estipula la facultad del fiscal de prescindir del ejercicio de la acción penal *"si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya im-*

158. Ídem.
159. Ídem.

puesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero".

Esta hipótesis ya prevista en art. 42 del Anteproyecto de Código Penal de la comisión designada por decreto 672/12 procuraría sortear un innecesario dispendio jurisdiccional y la afectación de recursos humanos, que podrían originarse ante investigaciones conductoras de penas carentes de importancia, con relación a sanciones ya impuestas o en expectativa, por hechos investigados en el mismo u otro proceso.

Empero, cualquier lector crítico puede advertir que por ejemplo no debería aplicarse este principio de oportunidad, cuando las exigencias del bien común político, el valor justicia y/o el derecho de la comunidad política o las víctimas a saber la verdad, acceder a alguna reparación, y/o lograr una justa sentencia por los hechos padecidos –mediante un proceso dotado de publicidad– requieran el imprescindible ejercicio de la acción penal.

6.e. Ventana hacia una velada liquidez de la ley penal

Uno de los peligros de una delimitación vaga y abstracta de las condiciones de aplicabilidad del principio de oportunidad es que se abre un resquicio para que los fiscales decidan arbitraria y veladamente, si se impulsa o no la acción penal. Esto podría degenerar en un activismo judicial ilimitado de los custodios de la legalidad (léase los fiscales), pues al librarse la guarda de la ley penal a interpretaciones arbitrarias de los fiscales, paradójicamente podría sentenciarse a la liquidez y sin razonabilidad alguna al primer principio de una justicia penal emparentada con el bien común político.

En efecto, al vaciarse de certidumbre ese ligamen perdurable entre la infracción de la ley penal y su consecuente sanción, el derecho penal ingresaría en una fase líquida, en donde la solidez de los bienes jurídicos y la reafirmación de su validez, indefectiblemente se disolverían[160].

160. ROMERO BERDULLAS, Carlos M., *#Proceso Acusatorio…*, cit., págs. 57-110.

De modo que, si se pretende alcanzar un sano equilibrio entre una legalidad concebida como regla, y una oportunidad constituida en excepción, debería profundizarse el debate para lograr que:

- el código penal de la Nación contemple de manera positiva y cerrada las excepcionales circunstancias fundadas en el bien común político, que legitiman el ejercicio de la oportunidad; y
- se instrumenten resortes aptos ante estas decisiones de nimia visibilidad, dado que el encumbramiento de una oportunidad oscurantista, inexorablemente puede carcomer los contrapesos republicanos contenidos en la expresión de nuestra constitución política[161].

7. REFLEXIÓN FINAL

Se ha intentado hacer un repaso de la etiología de un "derecho penal líquido" y sus múltiples proyecciones. Con ese propósito, se han urdido los distintos retazos de un fenómeno complejo, que cómo se ha podido comprobar en el decurso de la tarea encarada, solivianta principios, derechos y garantías acuñados en nuestra Constitución Nacional, muchos de los cuales también se hallan incluso inscriptos en la naturaleza humana.

No se ha pretendido llevar a término un estudio acabado de la cuestión. Pues de hacerlo, uno se habría hallado impelido a jalonar la extensión de este artículo por fuera de sus confines, so riesgo de convertirlo en una obra más emparentada a un tratado. Sencillamente, se ha procurado interpelar a quienes Platón solía ungir con el nominativo de "amigos del mirar", con el propósito de apelar a su buena voluntad, e invitarlos a sumarse a la faena de contemplar la fisonomía de un derecho penal asediado por una liquidez conspiratoria contra el bien común político; y medrar hacia un retorno a un iusnaturalismo superador de esta sintomática disolución de derechos esenciales.

Los meditabundos lectores, han podido comprobar que el "derecho penal líquido" no inicia su recorrido en una mirada librada de

161. Ídem.

prejuicios e intereses utilitarios, es decir orientada a la solitaria conquista de la verdad. Esto conduce a un conocimiento coartado de libertad, que ineludiblemente se vuelve estéril, pues sin el propósito del saber teórico (verdad) no se puede ordenar la acción a la realidad en forma fecunda.

Claro está, que al partir de ideologías sesgadas, ponerse al servicio de sus objetivos y realizar concesiones utilitarias para no sólo ser señores de la naturaleza, sino también deconstruirla arbitrariamente, los cultores del derrame de la ley penal inseminan variadas manifestaciones de la sofística.

Los amigos del buen mirar, al encarar la lectura propuesta sin premura, probablemente han logrado entrever a un derecho penal evanescente. Un ¿derecho? decretado por la dictadura de un relativismo ataviado por los ornamentos de un totalitarismo pseudo-científico, que en palabras talismanes como democracia, libertad y salud reproductiva encuentra el opio necesario para manipular a las sociedades con los fundamentos de lo irreal.

Los contemplativos lectores, seguramente a la par alcanzaron a percibir la adiaforización de los actos promovidos por los preconizadores de la evaporación del derecho penal, que en la utilidad, el deseo y la conveniencia buscan el norte de todo lo valedero. En pocas palabras, los amigos del mirar detectaron sin dificultad, que cuando lo útil, lo deseado y lo sistemático a nuestros caprichos son las coordenadas de nuestro actuar, se degenera en confusiones en torno a qué es lo verdadero, lo justo y lo auténticamente conveniente. Tal es así, que los postulados de un "derecho penal líquido" son la definición de la mismísima mentira, por cuanto hacen de las aspiraciones individuales, la utilidad y la conveniencia el canon de toda verdad.

Al mismo tiempo, los amigos del derecho constitucional con certeza advirtieron que el "derecho penal líquido" mella el principio de legalidad (en sus dos formulaciones), la soberanía de las naciones y los valores republicanos (léase los contenidos en la división de poderes e inclusive en la premisa de no autocontrol), a través de un activismo judicial inspirado por los designios de entes internacionales.

Definitivamente, los espectadores de esta trama se encuentran en condiciones de concluir, que de hecho, el "derecho penal líquido" es inconstitucional. Más aún, propiamente no es derecho penal, más

bien es la negación del derecho penal, que como ya se explicó, es un derecho natural irradiado por el bien común político, derivado del principio iusnatural de justicia y consagrado en nuestra constitución política.

Estimados amigos del derecho penal, en rigor de verdad, el "derecho penal líquido" es una expresión más de la arbitrariedad, pues obedece a un voluntarismo vacuo de medida racional, y disociado de una razón justificante. De ahí que decididamente, sea contrario al derecho y lo justo. Esto se evidencia diáfanamente, ya que el "derecho penal líquido" no sólo hace enmudecer al derecho penal y la expresión constitucional, sino también aniquila la conciencia de quienes llevan a término el silente genocidio del aborto.

Con ahíto podemos ver entonces, amigos de la vida, como en la actualidad el derecho penal y los niños por nacer son una especie de desiderata que pende de un activismo judicial, cuyo ADN debe rastrearse en el fallo "Roe vs. Wade"[162]. Sí, ambos comparten el dilema existencial de ser o no ser. Pues la definición que MALLARMÉ efectuara otrora sobre el Hamlet de SHAKESPEARE les es atribuible, por cuanto en estos días, los oráculos de los foros internacionales procuran con denuedo que el derecho penal y el derecho original, fundamental e inalienable a la vida se asemejen al *"Señor latente que no puede llegar a ser"*[163].

162. *Vid.* TOZZI, Piero A. - MARCILESE, Sebastián - MUGA GONZÁLES, Rosana, *El activismo judicial en Latinoamérica. Análisis de la reciente jurisprudencia argentina proaborto*, Buenos Aires, El Derecho, ED 251-726, 2013.

163. MALLARMÉ, *Divagations*, 165-166, según cita de ORTEGA Y GASSET, José, *El Espectador*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1950, pág. 50.

Bibliografía

Aristóteles, *Ética,* Argentina - España: Editorial LIBSA. Edición especial para Editorial el Ateneo, 2001, 1ª edición.

Arnossi, Carlos G., "Consensualismo y derechos humanos en el magisterio de Benedicto XVI: un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos", *Forum*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 2013, Nº 1.

Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004.

Baratta, Alessandro, *Dirito Penale Mínimo, Edizioni Scientifiche Italiane*, Nápoles, 1983.

Basso, Domingo M., O. P., *Los fundamentos de la moral*, Buenos Aires, Educa, 1997, 2ª edición.

Bauman, Zygmunt - Leonidas Donskis, *Ceguera Moral –La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida–*, Buenos Aires, Paidós, 2015, 1ª edición.

Bauman, Zygmunt, *Vida Líquida*, Buenos Aires: Paidós, 2013, 1ª edición.

Bauman, Zygmunt - David Lyon, *Vigilancia líquida*, Buenos Aires, Paidós, 2013, 1ª edición.

Blanco, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica,* Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004, 1ª edición.

Castaño, Sergio Raúl, *Lecturas Críticas sobre el Poder Político,* México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 1ª edición.

Chesterton, Gilbert K, *Cien años después*, Argentina, Vortice, 2008, 1º edición.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón,* Madrid, Trotta, 1995.

Fuentes, Miguel Ángel, *Las Verdades Robadas*. Mendoza, Argentina: IVE, 2008, 3ª edición.

Gallo, Orlando J., "¿Activismo o metamorfosis de la función judicial?", en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario, Buenos Aires, El Derecho, 2012.

Gamboa, Agustín - Romero Berdullas, Carlos M., *Planteos actuales de la política criminal*, Buenos Aires, AD HOC, 2015, 1ª edición.

Gamboa, Agustín - Romero Berdullas, Carlos M., *Proceso Constitucional Acusatorio*, Buenos Aires, AD HOC, 2014, 1ª edición.

Guardini, Romano, *Una ética para nuestro tiempo*, Argentina, Lumen, 1994.

Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista,* Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, 1ª edición.

Herrera, Daniel A., "*Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual*", *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina,* Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, nº 2, 1ª edición, 2014.

Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural,* Pamplona, EUNSA, 1994, 8ª edición.

Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en consideración preliminar. Traducción de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Civitas S.A., 1996.

Lewis, C. S., *God in the Dock*, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1996, 1º edición, cap. VII.

Lezica, Miguel de, *Crisis del Principio de Legalidad*, Ponencia en el Centro de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Argentina, 3/11/2015.

Maino, Carlos A. G., *D, ¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones?*, *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, nº 2, 2014, 1ª edición.

Nuñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General,* Argentina: Lerner Editora S.R.L., 2009, 5º edición actualizada.

Ortega y Gasset, José, *El Espectador,* Madrid, Biblioteca Nueva, 1950.

Ortega y Gasset, José, *La rebelión de las masas*, Barcelona, Biblioteca de los Grandes Pensadores.

Ortega y Gasset, José, *Meditación de la Técnica*, Madrid, Revista de Occidente, 1957, 3ª edición.

Pieper, Josef, *Antología,* Barcelona, Herder S.A., 1984.

Pieper, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, Madrid, Rialp S.A., 2003, 8ª edición.

Pieper, Josef, *La Realidad y el Bien – La Verdad de las Cosas,* Buenos Aires, Librería Córdoba, 2009, 1º edición.

Pieper, Josef, *Tratado sobre las virtudes,* Argentina, Librería Córdoba, 2008, 1ª edición, t. I.

Portela, Jorge Guillermo - González, Nemesio "*Sobre si son válidos los procedimientos judiciales seguidos contra la mujer abortante en los casos previstos en el art. 88 del Código Penal*", Buenos Aires, *El Derecho*, t. 129.

Romero Berdullas, Carlos M., *Educar desde los santos*, Buenos Aires, ed. de autor, 2013, 1ª edición.

Romero Berdullas, Carlos M., *Pena Natural*, en El Derecho Penal, El Derecho, revista de doctrina y jurisprudencia nº 5, mayo de 2008.

Romero Berdullas, Carlos M., *#PROCESO ACUSATORIO: ¿HASHTAG CONSTITUCIONAL?, Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, nº 3, 2015, 1ª edición.

Ronco, Mauro *La Tutela de la persona y las consecuencias jurídicas de la ideología de género*. Intervención revisada y anotada del 10/12/2010 durante el congreso Nacional de Estudio sobre Identidad Sexual e Identidad de la Persona, organizado por la UGCI, la Unión de Juristas Católicos Italianos, en Palermo, en el Palazzo dei Normanni y en la sede de la LUMSA, la Libera Università Maria SS. Assunta, del 9 al 11 de diciembre de 2010.

San Juan Pablo II, *Centesimus Annus.*

San Juan Pablo II, *Mulieris Dignitatem*.

San Juan Pablo II, *Redemptor hominis*.

San Juan Pablo II, *Sollicitudo rei socialis.*

Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica,* Madrid, BAC, 1998, 3ª edición.

Scala, Jorge, "*Aborto no punible. A propósito del caso "R.L.M." Un fallido fallo*". Buenos Aires, *Lexis Nexis*, 20 de diciembre de 2006.

Scala, Jorge, *La Ideología de Género o el Género como herramienta de poder*, Madrid, España, Sekotia, 2010.

Silva Sánchez, Jesús M., *La expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales,* Madrid, Civitas, 2001, 2ª edición.

Silva Sánchez, Jesús M., "Los Indeseados como Enemigos, La Exclusión de Seres Humanos del *Status Personae*", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 09-01-2007.

Sófocles, *Antígona*.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos aires, Tipografía Editora Argentina, 1953, 2ª edición.

Tozzi, Piero A. – Casillas, Padrón Neydy – Marcilese, Sebastián, *"El aborto en el derecho internacional y en la jurisprudencia panamericana"*, Buenos Aires, *El Derecho*, nº 12.837, año XLIX, ED 244, 19/09/2011.

Tozzi, Piero A. – Marcilese, Sebastián - Muga Gonzáles, Rosana –, *"El activismo judicial en Latinoamérica. Análisis de la reciente jurisprudencia argentina proaborto"*, Buenos Aires, *El Derecho*, nº 13.192, año LI, ED 251, 5/03/2013.

Tradición y Acción por un Perú Mayor, *Aborto la Verdad sin Disfraces*, Lima, 2008, 1ª edición.

Yacobucci, Guillermo J., *"¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?"*, *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Año XLII, nº 11.097, 27 de septiembre de 2004.

Yacobucci, Guillermo J., "*Los desafíos de un nuevo Derecho Penal"*, *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús), San Pablo, nº 1, año 2005.

Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, *Derecho Penal (Parte General),* Buenos Aires, Ediar, 2005, 2ª edición.