

La falsa modernidad del derecho penal del enemigo.

Por Emanuel Gonzalo Mora*.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El gobierno civil según John Locke. III.- El contrato social de Jean Jacques Rousseau. IV.- La pena como pura retribución: la teoría de Immanuel Kant. V.- Conclusiones.

I.- Introducción:

Mediante el presente me he propuesto iniciar una investigación, que en modo alguno puede considerarse concluida en este humilde artículo, sino que deberá ser continuada con una mayor exploración bibliográfica, más sus buenos resultados me han persuadido de la necesidad de exponer, preliminarmente, sus resultados.

En efecto, se suele presentar al derecho penal del enemigo, como apéndice del funcionalismo sistémico defendido principalmente por Jakobs, como un “nuevo” derecho penal, como una versión “moderna” de sus concepciones actuales y, por ende, superadora de las mismas.

Así, he de concluir que dicha premisa es absolutamente falsa, puesto que en tres autores por demás clásicos, como son John Locke, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant, he hallado construcciones teóricas casi equivalentes a las propugnadas por el contemporáneo profesor de la Universidad de Bonn.

De ser así, de lo cual estoy convencido, el derecho penal del enemigo, el “moderno” derecho penal funcionalista, no es más que el reciclaje de viejas ideas de sociedad que ya fueron superadas, y que, como un círculo que nunca parece terminar, vuelven a aparecer.

Sin mayores preámbulos, pasemos al análisis de las afirmaciones ya efectuadas.

II.- El gobierno civil según John Locke.

La versión del mundialmente considerado padre del parlamentarismo, John Locke, ciertamente es mucho más restrictiva del poder estatal que sus predecesores (Hobbes) y con ello, favorable a lo que hoy conocemos como principio *pro homine*, limitando las facultades del estado sobre el individuo, resultando la versión del contrato lockeiano mucho más saludable que el estado hobbesiano, legitimante este último del absolutismo monárquico, puesto que Hobbes planteaba la guerra del todos contra todos, en un estado de naturaleza donde el hombre es destructivo y el Leviatán estatal viene a poner paz y orden.

Seguramente por su intestina formación cristianaⁱ, Locke también parte de un *estado de naturaleza*, en el cual el hombre es libre de tomar sus decisiones y ejecutar las acciones respectivas, aunque se distancia claramente del modelo de Hobbes: en el dispositivo lockeiano, los hombres no se hacen la guerra unos a otros, sino que deben convivir conforme a una *ley natural*, vale decir, parte de un fundamento iusnaturalista en su modelo de contrato asociativo, en el cual las obras de los hombres deben ser guiadas por el sano sentido de dicha ley natural, preexistente a todo derecho positivo.

Esta ley natural no es otra, en definitiva, que la propia ley divina, los propios designios de Dios, que ordena vivir a sus criaturas en la Tierra en perfecto orden e igualdad, guiados por la ley del amor al prójimoⁱⁱ.

Ahora bien, tal como se expuso, esta *norma naturalis* es previa a la propia conformación del contrato asociativo, inclusive del mismo gobierno civil, por lo cual se plantea el dilema de quién, a falta de un estado que administre dicha ley, ha de imponer la misma, y es aquí donde la tesis de Locke se torna interesante en su analogía con la doctrina del derecho penal del enemigo.

En tal inteligencia, a falta de un gobierno, la preservación del orden natural, de dicha ley divina, incumbe a todos y cada uno de los hombres, de suerte que cualquiera de ellos estará facultado para imponer la sanción respectiva al criminal, fundamentada la misma en la restauración de la paz y preservación de la misma humanidad, dice el autor inglés: “...para que, frenados todos los hombres, se guarden de invadir los derechos ajenos y de hacerse daño unos a otros, y sea observada la ley de la naturaleza, que quiere la paz y preservación de la humanidad toda, la ejecución de la ley de naturaleza se haya confiada, en tal estado, a las manos de cada cual, por lo que cada uno alcanza el derecho

de castigar a los trasgresores de dicha ley hasta el grado necesario para impedir su violación...»ⁱⁱⁱ.

Tal como expresa el autor citado: encontrándose los hombres en un estado de igualdad, sería vana la ley natural si ella no pudiera ser ejecutada, por lo que, cabiendo el derecho de aplicación del castigo contra el trasgresor, cualquier miembro de la comunidad podría ejecutar la norma. Vale decir y en buen romance: ser juez y verdugo.

Aquí aparece una equivalencia muy peculiar con la construcción jakobsiana, en efecto, nótese que Locke reduce, en la ley natural, previa a la existencia del contrato social, todos los bienes jurídicos a uno solo: la observación de dicha ley divina, realizando algo muy similar el profesor de Bonn cuando expresa que la pena se aplica para estabilizar el orden normativo alterado por el delincuente. Esto es una consecuencia de la forma en que se encuentra integrado el dispositivo argumental en ambas tesis, dado que Locke entiende que toda violación de la ley divina, que en definitiva será toda acción malvada, por contraria al mandato de amor al prójimo, implicará una comunicabilidad socialmente negativa, en forma similar a lo que expresa Jakobs.

Remitiéndome a las propias palabras del padre del parlamentarismo: “...*el delincuente pregona vivir según una norma distinta de aquella razón y equidad común, que es la que Dios puso en las acciones de los hombres para su mutua seguridad, y así se convierte en peligroso para la estirpe humana...*”^{iv}.

El prestigioso autor inglés refiere en definitiva que, en verdad, el delito no solo es grave por la propia afectación concreta producida a la víctima, sino en virtud de su pernicioso virtualidad comunicativa, por ofender a la norma natural que guía a la humanidad: la mutua preservación de los hombres, conforme a los mandatos divinos. Lo propio, en esencia, expresa Jakobs cuando se refiere a la fundamentación de la pena, la cual se sintetiza en la sola satisfacción virtual de la expectativa normativa truncada por el criminal, manifestando al respecto que: “...*por medio de su hecho el autor se aferra a la afirmación de que su comportamiento, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, se encuadraría dentro de los comportamientos que son válidos, y así pues, la expectativa normativa en cuestión sería para la sociedad un accesorio no relevante. Mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el*

contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta...”^v.

La diferencia entre ambos discursos punitivos es más aparente que real: Locke fundamenta la pena en la observancia de los mandatos divinos, a fin de preservar la integridad social conforme a los mismos y no desautorizar la voluntad de Dios; Jakobs en la preservación de la identidad de la sociedad, para lo cual se emplea la pena como método de mantenimiento de la confianza ciudadana en el sistema. Ahora, en ambos, en definitiva, el bien jurídico es el mismo: la norma social, no estrictamente el interés particular o social ofendido con el delito.

Según el profesor de la universidad de Bonn, el delito, en su exteriorización, implica un potencial cambio de paradigma en la sociedad, una nueva configuración de la misma, justamente por contradecir sus preceptos normativos, a los que Jakobs eleva a la condición de bien jurídico. Entonces, desde una mecánica dialéctica, se impone la pena como respuesta a esa nueva propuesta de modelo de sociedad, para así afirmar la primigenia identidad de la misma, en efecto, expresa el autor que: “...cuando la sociedad pena, se niega a concebir un cambio de su configuración, el hecho punible, como un acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que por el contrario se mantiene firme en el statu quo, en contra de la propuesta de cambio. De la misma forma que una persona rechaza una pretensión que no encaja con su forma de ser, ratificando de esta manera esta forma de ser, así la sociedad rechaza la pretensión de abandonar la expectativa defraudada, ratificando con ello su identidad.....”^{vi}.

El gran inconveniente de este modelo, tal como dijéramos con anterioridad, es que el delito es concebido no como la efectiva afectación de un bien jurídico, sea individual o colectivo, sino como una mera defraudación a la expectativa normativa^{vii}, el liso y llano quebrantamiento de la norma, pero no las consecuencias psico-sociales, como expresamente manifiesta el autor en comentario. Entonces, el único bien jurídico será, conforme a este esquema de consecuencias penales por el delito cometido, la propia expectativa de cabal cumplimiento de la norma, esto lleva al absurdo de sostener que en un homicidio, el bien jurídico afectado no es la vida (por tratarse de una consecuencia psico-social que debe quedar al margen del concepto de delito^{viii}), sino la esperanza social de que la vida no se extinga por el obrar doloso o imprudente de un tercero.

Como se aprecia, la concepción jakobsiana despersonaliza no solo al delincuente (que queda totalmente al margen en su esquema fundamental del derecho penal, basado solo en la expectativa normativa pero no en su resocialización), sino inclusive a la víctima, cosificada y convertida en un actor que padece una consecuencia “secundaria” del delito, cuyo perjuicio individual se eleva a condición objetiva de punibilidad, desde que la pena se mensura únicamente bajo el alegado criterio de mantenimiento de la configuración comunicativa de la sociedad, pero no en la gravedad del injusto cometido y el reproche pertinente. Recordemos: la pena es la respuesta comunicativa contra el delito, todo lo demás queda al margen del dogmático concepto jakobsiano.

En efecto, expresa el profesor de Bonn: “...*las personas en derecho no se caracterizan primordialmente por la seguridad óptima de sus bienes, sino por ser reconocidas de manera general como portadoras de obligaciones y derechos, es decir, por ostentar el correspondiente status. Un hecho penal —de forma paralela a lo anterior— no puede definirse como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es el elemento decisivo del hecho penal, como nos enseña la punibilidad de la tentativa, y no la lesión de un bien...*”^{ix}.

Por ello es un error afirmar que Jakobs sostiene, estrictamente, un modelo de pura prevención general positiva y negativa, desde que la función manifiesta de la pena es la simple estabilización normativa, resultando que la pretendida disuasión lograda con la misma es un mero efecto latente de la pena^x. Es decir, la dirección de la motivación, producida a partir de la llamada “marginalización” del delito (a través de su penalización efectiva), causa que las personas no cuenten, como opción natural, cometer un crimen, sino que ajustarán su accionar conforme a derecho. Esto es llamado por Jakobs función latente de la pena.

El modelo de derecho penal de Jakobs es tan estático y dogmático que no admite la incorporación de datos empíricos ajenos al mismo, como la cruenta realidad carcelaria o la desigualdad social, desde que el discurso del maestro de Bonn solo funciona con una sociedad estática en sus clases sociales, desde que solo defraudarán las expectativas normativas quienes estén en mayor estado de vulnerabilidad con respecto al poder punitivo, los poderosos quedarán al margen. El aditamento de datos reales, de la intensa desigualdad y marginalidad social, ante la manifiesta falta de respuesta del estado con respecto a necesidades básicas insatisfechas, harían que el modelo jakobsiano enferme y

muera prontamente, en virtud de que parece demasiado pretensioso esperar que personas que mueren de hambre diariamente se comporten conforme a una esperanza de fidelidad al derecho, cuando la misma sociedad de consumo los excluye del círculo productivo.

Dice el autor en cita con respecto a la función del derecho penal: “...*tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención de delitos se encuentran con respecto a la pena en una relación excesivamente elástica como para poder pasar por funciones de la misma. La pena ha de entenderse más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este —si se quiere— fin de la pena siempre...*”^{xi}.

Este tipo de discurso penal soslaya totalmente la realidad de que el derecho penal no impide la comisión del delito, ya que como decimos los penalistas, *el derecho penal siempre llega tarde*, cuando la víctima ya ha sido afectada en sus bienes jurídicos.

No por casualidad el modelo “moderno”^{xii} de Jakobs prefiere mantenerse en la cómoda posición de basarse en meros modelos idealistas de sociedad, en esquemas estáticos de la misma, tal como se expuso en anteriores capítulos, donde todo su discurso legitimante del poder punitivo finque en la sola desobediencia al derecho, en la simplista estabilización de la norma quebrantada mediante el delito, dado que un ente ideal, como la norma, es más sencillo de remediar a través de la ficción de la pretendida estabilización.

Sencillamente y en palabras más rupestres: como el derecho penal no puede revivir a ningún muerto, no puede reconstruir el himen de una niña violada o devolverle la libertad perdida a la víctima de un secuestro, como así tampoco sabe qué hacer con el homicida, el abusador o el secuestrador una vez apresado, en virtud de resultar impotente el sistema penal para la tan pretendida y proclamada “resocialización” que en verdad no es tal en la praxis carcelaria, es preferible abandonar toda ideología *re*, e imponer un discurso que prescinda de todo dato empírico (como los enumerados), cosifique al delincuente, confisque el interés particular de la víctima (desde que a ninguno de los dos le puede dar una respuesta concreta a sus intereses) y se base en una ficción que parta de una tendencia idealista: la simple estabilización de la norma a partir de la imposición de la pena.

De hecho, Jakobs ni siquiera se hace cargo de la pretendida disuasión, como sí lo sostenían los cultores de la vieja escuela de la defensa social, donde la pena o bien intimidaba (prevención general negativa) o bien simplemente fortalecía la confianza en el sistema (variante positiva preventiva general). En su esquema de la función manifiesta y latente de la pena, Jakobs relega la prevención general a un plano secundario, con lo cual relativiza la efectiva comprobación empírica de su eficacia concreta en la sociedad, es decir se desentiende de sí, al aplicarse la pena, verdaderamente se logra el fortalecimiento de la confianza en la norma o la intimidación para la no comisión de delitos. En palabras del profesor de Bonn: “...*la separación del efecto confirmante y de los efectos preventivos de la pena, esto es, la división entre funciones manifiestas y funciones latentes, es de gran importancia, pues la pena se dirige en cada función a destinatarios distintos. El efecto confirmatorio va destinado a personas, es decir, a partícipes de la comunicación que son presentados como dispuestos jurídicamente, y, ciertamente, a todos ellos. El daño de la pena dirigido al autor e infligido a través de la privación de medios de desarrollo (libertad, dinero) no persigue provocar miedo o compasión u otros estados psíquicos, sino que es únicamente portador del significado: no hay que adherirse al hecho...*”^{xiii}.

Vale decir, la función manifiesta de la pena, la estabilización normativa, se dirige a aquellas personas que están dispuestas a cumplir con los mandatos del derecho, esto dio pie, como dijimos, a la división entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo: el primero para las personas, los que están dispuestos a cumplir con las expectativas normativas, y el segundo destinado a las no-personas, es decir, aquellos que no dan una garantía cognitiva de comportarse conforme a derecho, en palabras de Jakobs: “...*con las funciones latentes ocurre de manera distinta. Habitarse a la fidelidad jurídica o incluso dejarse asustar no son reacciones personales. Las personas no precisan de habituación o de intimidación, pues, como ya se dijo, son presentadas únicamente como partícipes de la comunicación dispuestos jurídicamente. Solamente debe ser dirigido mediante habituación o intimidación aquel que de por sí carece de disposición jurídica... el individuo que se debate entre la apetencia y la inapetencia...*”^{xiv}. Es decir, podríamos comparar el trato de los enemigos como el amo que enseña a comportarse a su perro, desde que este animal carece de la disponibilidad, por sí solo, para adecuarse a las reglas de su dueño. La analogía empleada, si bien cruda, permite constatar que el trato diferenciado de individuos como enemigos equivale a decir que son perros a los que hay que domesticar.

Allí finca la construcción ideológica del enemigo como ente corruptor de la sociedad, en razón de que no solo la norma genera expectativas, sino también el individuo y su comportamiento: “...*el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo...*”^{xv}. Según Jakobs, el enemigo es aquél se trasgrede en tal medida las reglas sociales, que no da ninguna confianza en lo que a la civilización de sus obras se refiere, lisa y llanamente, es un sujeto que transgrede en tal entidad las reglas de la sociedad, que aparece como un inadaptado ante ella, es decir, es un ser inferior, justamente por no hallarse *disponible jurídicamente* para comportarse conforme a derecho. De allí mi comparativa de la sociedad y en enemigo con el amo y su perro, nada más sensato.

De allí la cosificación del sujeto considerado enemigo, como un mero individuo con una *personalidad potencial*^{xvi}, un ente cuya innata peligrosidad hay que neutralizar, no solo por su comportamiento actual, sino excediendo este y trascendiendo a las futuras conductas del mismo. El derecho penal del enemigo mira al futuro del obrar del sujeto, considerando que este está en cierta medida determinado a accionar en defraudación de las expectativas normativas, radicando su inferioridad en su imposibilidad de adaptarse a las reglas sociales. Por ende, se legitima el adelantamiento de la punibilidad^{xvii}, transgrediéndose el principio y límite racionalizador del derecho penal de acto.

Cuando John Locke define su propio concepto de enemigo, lo hace en forma similar a Jakobs (o mejor dicho, éste último razona en forma similar al autor inglés, que lo ha precedido algunos siglos), refiriendo que “...*el delincuente pregona vivir según una norma distinta de aquella razón y equidad común...*”^{xviii}, en análogo sentido cuando Jakobs expresa que el delito significa, ni más ni menos, lo mismo que siglos atrás explicó el padre del parlamentarismo: el quebrantamiento de la expectativa normativa.

Luego, el razonamiento de Locke también conduce a un adelantamiento de la punibilidad, desde que “...*todo hombre tiene (el derecho) de castigar el crimen en evitación de que sea cometido de nuevo, por el derecho que tiene de preservar a toda la humanidad... ello causa que cada hombre en estado de naturaleza tenga derecho de matar a un asesino, tanto para disuadir a los demás de cometer igual delito... como también para resguardar a los hombres contra los intentos del criminal...*”^{xix}, es decir, en la

concepción lockeiana el delincuente siempre es un enemigo de la sociedad, desde que con su accionar ofende a la ley natural, a los mandatos divinos, en este sentido, es más extensivo que Jakobs, quien al menos ensaya una enemistad solo contra quienes no ofrecen una garantía de un comportamiento conforme a derecho, aun cuando este “límite” siempre finaliza desdibujándose y atrapando a cualquier rebelde social.

El enemigo es aquél que, voluntariamente, abandona la *norma naturalis*, es quien pregona vivir en una forma distinta a las leyes de Dios, por lo cual debe ser combatido, por ser un sujeto corruptor de la sociedad.

Jakobs, en forma similar a Locke, expresa que “...*con este lenguaje —adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales—, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de quiénes son considerados como enemigos. El enemigo es un individuo que... ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta...*”^{xx}; con lo cual, con esta conceptualización, se legitima su combate, empleando un estado de guerra que como tal, habilita el sacrificio de garantías constitucionales que debería tener. Vale la pena reflexionar si la caracterización como no persona, y como enemigo y no ciudadano, no termina, justamente, legitimando tales consecuencias penales, es decir: la supresión de las garantías constitucionales, el adelantamiento de la punibilidad, etc, dado que, al no ser persona, carece entonces el enemigo del status que lo proteja contra el arremetimiento imparabile del desquicio punitivo.

Es curioso como ambos autores ensayan, comparativamente hablando, un estado de guerra entre individuos, basándose ambos en una infracción de las normas de la sociedad (el filósofo inglés aferrándose en la desautorización de la voluntad divina, el profesor alemán en la negativa comunicabilidad y el mensaje que trasmite socialmente del delito), soslayando y perdiendo el eje en las consecuencias que sufre la víctima, pero legitimando el avance del poder punitivo (centralizado en el estado -Jakobs-, descentralizado en cualquier hombre -Locke-, siempre refiriéndome al estado de naturaleza) en la guerra generada a través del accionar delictivo, con lo cual se justifica en ambos discursos el trato de sujetos como enemigos a los cuales habrá de neutralizarse en pos de la sobrevivencia de la sociedad.

III.- *El contrato social de Jean Jacques Rousseau.*

Autor obligado en el análisis del paradigma contractualista resulta ser Rousseau, en virtud de los postulados que ha propuesto en el siglo XVIII cuando escribió su célebre obra “*El contrato social o principios de derecho político*”, puntualmente editada en el año 1762^{xxi}, aunque muy resistida por los sectores vinculados con el clero y la burguesía^{xxii}, en razón de su defensa de la identidad social por encima de la religiosa^{xxiii} y de su apego por el estricto respeto a la voluntad general, la cual solo podía ser válidamente manifestada por el soberano (el pueblo) y no por ningún representante, en virtud de que la voluntad particular siempre tiende, en su concepción, a prevalecer por sobre la voluntad colectiva, esto es, el interés particular del mandatario será prioritario para él por sobre los de la comunidad representada^{xxiv}.

Rousseau parte fijando lineamientos generales referidos al juego de fuerzas y contrafuerzas que existen habitualmente^{xxv}, citando, por ejemplo, el fenómeno de la esclavitud^{xxvi}, expresando que ceder, por parte del esclavo, a la fuerza de su amo, es un acto de lisa y llana necesidad, sin que exista derecho alguno que legitime tal estado, el cual se basa únicamente en una cuestión de fuerza mayor por parte de uno sobre otro.

Desde tal premisa, es que entiende que el nacimiento del soberano, del cuerpo político, también encuentra su génesis en una cuestión de necesidad, desde que los hombres, en el *estado de naturaleza*^{xxvii} (es decir, previo al pacto asociativo), se encuentran plenamente libres de realizar sus obras, conforme a una libertad natural que no tiene otro límite que, justamente, la propia fuerza individual, la cual se convierte en una especie de espada de Damocles: por un lado suelta las manos del hombre al mundo, pero por la otra, las ata en razón de que nada podrá hacer cuando sus fuerzas no sean suficientes para la satisfacción de sus necesidades.

Así, cuando la resistencia propia de las vicisitudes de la fáctica existencia humana individual, esto es, el hombre debiendo subsistir por sus propios medios y sin ayuda de terceros, implique un quiebre de fuerzas, en el sentido de que el hombre no resiste en soledad, es allí cuando nace la idea del contrato social rousseauiano.

En tal inteligencia, el ginebrino concibe el nacimiento de la sociedad como tal a través del *pacto social*, que es aquél convenio entre todos los individuos por el cuál, por agregación, todos y cada uno de ellos suman sus fuerzas en pos del bien común, creando

así un cuerpo social, llamado *soberano*, que no es otro ente que aquél que se forma a partir de esa agregación de fuerzas^{xxviii}.

En la concepción de Rousseau, el objeto de este contrato es la mutua preservación y asistencia de los ciudadanos^{xxix}, para lo cual los individuos, al abandonar el estado de naturaleza, se entregan *con todos sus derechos a toda la comunidad*^{xxx}. Esta premisa de Rousseau, de corte claramente idealista más que realista^{xxxi}, parte de considerar que al transferirse cada uno por entero, y nadie reservar derecho alguno, ninguno de ellos tendría superioridad sobre el resto de la comunidad, obligándose todos en igualdad de condiciones, derechos y deberes.

Claro que este planteo, que comparte el mismo defecto de las restantes ideas contractualistas análogas, parte de una falsa premisa: que todos los ciudadanos estarán conformes con una *sociedad igualitaria*, donde cargas y derechos se repartan por igual entre los miembros de la comunidad, tal era, en su génesis, la concepción liberal.

No por casualidad Rousseau consideraba que el interés particular finaliza corrompiendo, en cierta medida, al interés general^{xxxii}, lo cual le preocupaba de sobremanera.

Claro que este ideal de Rousseau no fue ni será aplicable en la práctica, desde que la misma idea del contrato social es engañosa, en razón de que el mismo implica, teóricamente, igualdad de partes, igualdad que, fácticamente, no existe entre los hombres, cuyas asimetrías provoca el dominio de algunos con respecto a otros. Entonces, mal puede pensarse que cada cual se entregará por entero al cuerpo político, sin reserva alguna, la praxis cotidiana demuestra la falsedad del idealismo rousseauiano, en virtud de que las clases dirigentes, lo demuestra la historia universal, siempre tenderán a preservar su poder por sobre las clases más desfavorecidas en el juego de fuerzas.

Huelga considerar que sí acertó el ginebrino en el punto de partida de su tesis, es decir, en la noción de fuerzas y contrafuerzas, desde que es claro que existe un juego de las mismas que genera una suerte de entropía^{xxxiii} sociológica que desemboca en la comunidad que hoy existe.

Cabe considerar que se constata cierta analogía entre el modelo teórico de sociedad tanto en Rousseau como en Jakobs, desde que ambos parten de sendas posturas idealistas:

uno que todos y cada uno de los integrantes de la sociedad se entregará por entero, justificando así una igualdad virtual que no es tal en la realidad, lo cual desemboca en un modelo de sociedad estática, sin asimetrías o con pocas de ellas (Rousseau), mientras que el otro entenderá a la sociedad como un sistema, cuya integridad se debe preservar comunicativamente, lo cual también parte de un modelo estático de sociedad (Jakobs), desde que el delito, al ser un mensaje negativo contra la conformación e identidad de la sociedad, se debe neutralizar a través de la pena, siendo esta solo portadora de significado.

Tanto para el profesor alemán como para el ginebrino, la sociedad termina siendo una única entidad abstracta que atrapa y absorbe la identidad de los individuos que la componen, y es justamente esa destrucción de la identidad individual lo que finaliza convirtiendo a ambos modelos en utilitaristas del hombre, en francamente inhumanos, desde que el individuo pasa a ser una partícula social, que si es negativa, debe ser eliminada, ello con el objetivo de preservar a la comunidad abstracta. No por casualidad Rousseau parte de la postura de que el cuerpo social se conforma a causa de la alienación total de cada uno de los hombres, con todos sus derechos y fuerzas, a favor del colectivo, mientras que Jakobs sostiene que el hombre es un sub-sistema dentro del sistema social total. No es difícil notar la analogía de ambas formas de pensamiento, en ambos el hombre es una simple célula social, que si es cancerígena merece ser eliminada.

En esta forma de percibir una sociedad inmóvil en ambos autores es donde se constatan los puntos de contacto más interesantes y, como veremos seguidamente, la pena juega allí un rol muy trascendental.

De tal modo, Rousseau concibe la función de la pena como una medida preventiva, que si bien no afirma expresamente, como Jakobs, que pretende preservar la configuración normativa y la identidad social, notaremos que termina arribando al mismo resultado.

Así, cuando trata en el apartado *Del derecho de vida y de muerte*, y aunque aborda una temática más general que la pena en sí, puesto que se refiere a los sacrificios que debe hacer el ciudadano en pos del soberano (aunque sus conclusiones son aplicables a la pena también), refiere que: “...*el contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes; quien quiere el fin quiere también los medios, y estos medios son inseparables de algunos riesgos, incluso de algunas pérdidas. Quién quiere conservar su vida a expensas de los demás debe entregarla también por ellos cuando es necesario...*”

cuando el príncipe (el soberano) le dice “es indispensable para el Estado que mueras”, debe morir, puesto que sólo con esta condición ha vivido hasta entonces seguro, y puesto que su vida no es tan solo un don de la naturaleza, sino también un don condicional del Estado... »^{xxxiv}.

Esta transcripción pinta la indudable ideología de la comunidad abstracta en la cual se basa el pensamiento rousseuniano, en donde el individuo es concebido, como dijimos, como una célula social, perdiéndose su personalidad en la de la propia comunidad.

Explicando la cita, cuando el ginebrino expresa que quien quiere el *fin* quiere también los *medios*, se está refiriendo a que el contrato social consiste en un instrumento para la preservación de los ciudadanos, y cuando, justamente, para la consecución del *fin* (“preservación social”) es necesario a veces sacrificar algunos bienes (las “pérdidas”, es decir, las vidas dadas en pos del contrato), lo que hace es poner al hombre por *debajo* del *soberano*, es decir, convertir al individuo en una mera partícula, canjeable y fungible entre seres de su misma especie. Es claro que el hombre termina transformándose en un instrumento del estado, cuando es precisamente a la inversa que debería ocurrir, solo que con el agravante de que ello está legitimado en forma discursivamente abierta y franca.

Por ello, el ciudadano termina siendo un bien del estado, claro que esto no lo podía reconocer Rousseau, quizá ni siquiera lo notó en su idealismo de una sociedad igualitaria, aunque desde el deber ser, nunca desde el ser, ese fue, a mí juicio, su gran pecado.

Esta interpretación justifica que, cuando es necesario para la preservación del soberano que el individuo muera, debe morir, porque fue gracias al soberano que hasta ese momento vivió seguro. Es decir, siendo el contrato, en esencia, un juego de derechos y deberes, más específicamente créditos y deudas, donde el soberano se ha obligado a preservar la integridad de sus ciudadanos, como contrapartida, cuando es necesario que algunos de los ciudadanos mueran a favor de la conservación del cuerpo político, dicha circunstancia, en el pensamiento del ginebrino, consiste en un crédito a favor del soberano y en una deuda de sus súbditos, la cual puede ser exigida en su cumplimiento.

Ese pensamiento, aunque parezca arcaico, no lo es, ello implicaría interpretar la realidad desaprensivamente, piénsese en la legitimación de la muerte de los soldados en la guerra, quizá el ejemplo más claro de este fragmento del pensamiento rousseuniano, el cual

se mantiene en la justificación discursiva contemporánea, al menos desde un plano subliminal o indirecto.

Luego, esa legitimación es trasladada al caso del delincuente, quién es considerado un enemigo social. En efecto, expresa Rousseau que: “...*la pena de muerte infligida a los criminales puede ser considerada casi desde el mismo punto de vista: para no ser víctima de un asesino se consiente en morir, si se llega a serlo. En este pacto, lejos de disponer de la propia vida, no se piensa sino en garantizarla... todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes y hasta le hace la guerra... la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo...*”^{xxxv}.

La analogía con el derecho penal del enemigo es manifiesta y contundente, veamos.

Tal como el razonamiento anterior, se entiende que el pacto social ha sido concebido como medio para la conservación de los ciudadanos en estado civil, por lo que, tácitamente, todo ciudadano ha consentido su propia pena de muerte, para el caso de cometer un delito que merezca tal pena, ello a fin de garantizar la vigencia del pacto social.

Como se aprecia, si tomamos el modelo de derecho penal del funcionalismo sistémico, y reemplazamos el *pacto social* rousseauiano por la *identidad de la sociedad*, arribamos al mismo resultado: la pena no cumple otra función que la finalidad abstracta de preservar las entidades ideales que le dan justificación, cayendo en un razonamiento que soslaya todo dato empírico, a salvo de la simple comisión del delito, ya que la pena busca preservar el pacto social y no otra cosa, no pretendiendo nada especial con el delincuente, salvo su inutilización para el delito (Rousseau), mientras que, en la otra vertiente, la pena solo persigue el mantenimiento de la configuración normativa y de identidad de la sociedad, sin importar que ocurra con el criminal (Jakobs).

Ambas concepciones penales están al servicio de verdaderos *ídolos* (el *pacto social* y la *identidad de la sociedad*), los cuales son considerados superiores al individuo, en razón de la legitimación del total sacrificio del hombre para su preservación discursiva, justificando el más absoluto distanciamiento de la realidad y partiendo, únicamente, de premisas apriorísticas meramente abstractas (que la pena logra preservar a los *ídolos*), pero soslayando todo dato empírico (desigualdad social, enfermedades que hayan contribuido a

la comisión del hecho, como toxicomanías, etc). Políticamente, ambas ideologías penales podrían considerarse, al menos desde lo estrictamente penal en el caso del ginebrino, como de derecha.

Luego, Rousseau expresa que el delincuente, con la comisión de su hecho, le hace la guerra a la sociedad, en el sentido de declararse como rebelde contra sus premisas (la fidelidad al pacto social), por lo que es necesario que uno de los dos perezca, de tal como que la pena se aplica a un enemigo, no así a un ciudadano. Con esto queda claro que el contractualismo de Rousseau no abre, al menos expresamente, la puerta a ningún tipo de análisis sobre si el delito no quiere decir, quizás, una forma de protesta contra el status quo imperante, soslayando esa posibilidad y declarando que el criminal es un rebelde, quien con su hecho delictivo se convierte en enemigo social, justamente por atentar contra la preservación del contrato social.

Lo mismo realiza Jakobs, cuando justifica la pena solo como comunicación en contra del delincuente, a fin de preservar la identidad de la sociedad, para de tal modo impedir que terceros puedan entender que hay que adherir a la conducta del criminal. El profesor de Bonn también soslaya el análisis crítico de los datos empíricos que existen siempre en el delito, solo importa la comunicación contra-fáctica, la simple estabilización normativa.

Para ambos autores, sólo los ídolos importan, lo demás es secundario.

Finalmente, pero no por ello menos trascendente, ambos separan entre *ciudadanos* y *enemigos*, y lo hacen en forma expresa. Jakobs en forma más detallista, Rousseau no le dedica demasiado tiempo al tema en su obra, pero los dos autores utilizan ciertos baremos comunes para diferenciar a quienes se rebelan contra los ídolos del derecho penal.

Rousseau es mucho más extenso, e incluye a todo delincuente en el catálogo de enemigos, desde que todos ellos atentan contra la debida y exigible preservación del pacto social, con lo que su concepción es más favorable a la masacre a través de la pena de muerte, sea esta formal o informal.

Jakobs es más selectivo, desde que, a partir de un estándar de seguridad cognitiva, busca considerar enemigos solo a aquellos que no garanticen su comportamiento de

conformidad con la identidad normativa de la sociedad, aunque los excluye, como vimos antes, del estado jurídico de persona, con todo lo que ello implica.

IV.- La pena como pura retribución: la teoría de Immanuel Kant.

Si bien resultaría injusto cargar contra la tesis kantiana y argüir que la misma ha teorizado sobre el enemigo social al nivel del actual funcionalismo, no podemos negar las vinculaciones de la concepción de Kant, en su sanción penal como pura retribución, con el paradigma del funcionalismo penal sistémico diseñado por Jakobs.

Siguiendo a Edgardo Alberto Donna^{xxxvi}, Kant define al derecho como *el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad*^{xxxvii}, conforme a lo cual, cuando el ejercicio de una libertad implica un obstáculo contra la libertad de otro, ello, al contrariar la ley universal de libertad, es contrario a derecho y se requiere de la coacción para hacer cesar este cercenamiento ilegítimo. Coacción y derecho van de la mano, tal como se aprecia.

Según Donna, con este camino Kant logra establecer que el estado es el medio o la condición necesaria para asegurar a los individuos la preservación de su libertad. Con esta hermenéutica, el derecho penal es una rama del derecho público que busca prohibir la comisión de delitos, cuya prohibición se fundamenta, básicamente, en el deber de cada individuo de no afectar la libertad ajena, llegando a la conocida premisa de que *la libertad del otro es el límite impuesto a mí propia libertad*^{xxxviii}.

De tal forma, la ley penal posee el carácter de imperativo categórico, en razón de que *la justicia es una exigencia absolutamente válida, ya que en toda sanción debe haber justicia*^{xxxix}. Es en este esquema donde se concibe a la pena, pero quitándole a la misma todo carácter preventivo, sea especial o general, puesto que *“el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real”*^{xl}, es decir, todo criterio utilitarista de la pena, aún en beneficio del propio delincuente, implicará una inmoralidad, justamente por cosificar al individuo y volverlo, ilegítimamente, un medio, cuando el hombre es un fin en sí mismo.

Claramente, lo admiten sus propios seguidores, la teoría de la pena kantiana es evidentemente retributiva, puesto que solo se impone la misma en virtud del delito cometido, sin acudir a ninguna otra razón que la justifique.

Donna se ha ocupado de justificar el motivo de porque Kant parte del principio talional en su tesis, aunque lo limita solo a un aspecto puramente formal, considerando que la ley del talión solo tiende a preservar el principio de igualdad^{xli}, es decir, es un postulado que sirve como orientación para la penalidad, que debe excluir a la venganza y distanciarse de ella (en virtud de invadir la misma el monopolio punitivo estatal), es, en palabras del autor, *“un primer parámetro para orientar el complejo proceso de juzgar el tipo de castigo que debe aplicarse en cada caso concreto”*^{xlii}, aunque admite que son diferentes estamentos el principio racional y su aplicación efectiva.

Valiosa es la cita que realiza de Serrano Gómez, cuando el mismo clarifica la cuestión afirmando que *“la ley del Tali3n se asume simplemente como un patr3n para definir en abstracto el tipo y grado de castigo que debe aplicarse para mantener la norma de igualdad... pero ese patr3n no puede aplicarse de manera autom3tica, ni directa en los distintos casos concretos”*^{xliii}; es decir, la ley del Tali3n, empleando terminolog3a kantiana, se mantiene en la raz3n pura, en la base meramente te3rica del tipo de castigo a imponer conforme al hecho cometido.

Creo que poco y nada dice esta cuesti3n, si tenemos en cuenta que si la pena talional no puede ser aplicada mec3nicamente, cuando esa es justamente su esencia^{xliv}, entonces de nada servir3 en la praxis judicial.

La 3nica forma l3gica de respetar el principio del Tali3n es que el criminal sufra en su propia persona una p3rdida equivalente al bien jur3dico que ha suprimido, con lo cual, caer3amos prontamente en una masacre, pero con el agravante de que la misma estar3a habilitada desde el propio estado.

Decir esto de que la ley del Tali3n sirve como un primer par3metro para determinar la pena, es poco menos que decir nada en absoluto, en primer t3rmino, porque las penas est3n establecidas en el propio c3digo penal, por lo que nada me dice el Tali3n sobre el tipo de sanci3n a imponer (desde que toda otra que reemplace a la pena impuesta en la escala del tipo respectivo implicar3 una afectaci3n al principio de legalidad de la pena), adem3s de que, en virtud de su l3gica enteramente retributiva, la 3nica sanci3n acorde con

el Tali3n es una sola: la p3rdida por parte del delincuente de un bien jur3dico equivalente en su esencia y cantidad al que ha suprimido con su delito. Admitir la ley del Tali3n en su forma pura, es admitir la masacre, equivale a imponer una pena conforme a los est3ndares de la prevenci3n especial negativa, cuyo resultado es el solo castigo y est3 por ello prohibida constitucionalmente (art. 18 de la carta magna nacional).

Con ello, si un par3metro de ninguna utilidad me es para mensurar la pena concreta, ello en raz3n de su ilegitimidad constitucional, pues entonces debe ser suprimida, aun en el estrato de la raz3n pura.

Cabe observar que la pena Talional es, hist3ricamente, la muestra m3s cabal de la concepci3n del enemigo, por lo que su l3gica es, por naturaleza, acorde al derecho penal del enemigo, en virtud de buscar la mera retribuci3n del criminal y sin tomar en consideraci3n ning3n tipo de criterio preventivo, la pena debe imponerse, como dec3a Kant, “*s3lo porque ha delinquido... el hombre nunca puede ser manejado como un medio...*”^{xlv}, el problema es que no existe forma de eliminar esta mediatizaci3n del hombre.

Veamos: la tesis kantiana de la pena implica que la sanci3n debe imponerse al sujeto 3nicamente en raz3n de su accionar, sin acudir a ning3n tipo de ideolog3a *re* o preventiva, de lo contrario, el hombre ser3a un medio de otros fines transpersonales y, con ello, se ilegitimar3a la pena.

El famoso ejemplo de la isla, y pese a la brillante defensa efectuada por el ilustre Donna, terminar3 por confirmar lo expuesto, dice Kant: “*...aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ej; decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendr3a que ser ejecutado hasta el 3ltimo asesino que se encuentre en la c3rcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede consider3rsele como c3mplice de esta violaci3n p3blica de la justicia...*”^{xlvi}.

Por mucho que se lo matice, la pena cumple una finalidad para Kant, cu3l es la *imposici3n* de la retribuci3n, el *restablecimiento* de la justicia, no otra cosa implica la sentencia kantiana de que el pueblo puede ser considerado c3mplice si no exige este castigo, de lo contrario, el homicidio recaer3 sobre el pueblo omitente.

Es decir, es falso que la pena no se impone sin razón alguna, de lo contrario, nada impediría que, quebrado el contrato social que unía a la sociedad, los delincuentes sean liberados para regresar al estado de naturaleza, máxime cuando ya no se encuentran unidos por ningún vínculo jurídico, lejos de ello, Kant exige la ejecución de hasta el último asesino (fiel y coherente con el principio talional), pero no pudiendo evitar transformar al hombre en un medio, en el caso de la isla: la plena aplicación de la ley del Tali3n, con lo cual se preservaría el principio de igualdad y se restablecería el derecho infringido.

Sea cual sea el motivo de la imposici3n del castigo, para obedecer al Tali3n o para restablecer el derecho, o para saciar la sed de venganza (aunque negada por los kantianos, en la praxis es indiscutible, por m3s que se lo disfrace de “*dato empírico extraño a la sanción*”), lo cierto es que Kant se traicionó a sí mismo, o, en el mejor de los casos, su brillante filosofía no logró evitar lo que más temía: volver a un hombre un medio de fines.

Además de lo antes referido, es decir, de que la ley del Tali3n es la más franca, cruda, sensata y coherente teorizaci3n del enemigo, puesto que no se persigue su reencauzamiento o reeducaci3n, sino su puro castigo, la satisfacci3n de la venganza, es de resaltar como el *restablecimiento de la justicia* (ejemplo de la isla), como finalidad abstracta subrepticia u oculta de la pena retributiva en Kant, transpersonal tanto de la víctima como del delincuente, puesto que no persigue ninguna reparaci3n fáctica, real, sino meramente simbólica, se asemeja al *restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma*, ello en el discurso de Jakobs.

Ambos discursos naufragan en el mar del idealismo y de las abstracciones, esquivando, intencionadamente o no, incorporar todo dato fáctico que haga temblar tan endebles estructuras te3ricas, evitando considerar todo dato selectivo del poder punitivo y la desigualdad social, construyendo un orden jurídico estático (pues evita la selectividad estructural del poder punitivo, procurando la obediencia ciega de todos, desatendiendo las carencias particulares del sistema) y verticalista (sociedad por encima del individuo).

V.- *Conclusiones:*

Parece evidente que el funcionalismo sistémico, si bien con sus propias vicisitudes y pintoresco lenguaje particular, no ha hecho más que reciclar inveteradas construcciones dogmáticas y reformularlas con una terminología propia.

Así, la distinción que este “moderno” derecho penal hace entre ciudadanos y enemigos se funda en el mismo modelo estático y verticalista de sociedad que defendían los viejos autores contractualistas.

En dicha hermenéutica, bajo la afirmación apriorística de una idea, cuál es la estabilización normativa y la configuración social, se propugna que algunos no dan ninguna garantía cognitiva de comportarse conforme al marco jurídico, debiendo ser combatidos como enemigos de la sociedad.

Lo mismo hacía Locke, afirmando que los criminales atentan contra el mandato divino, debiendo ser ajusticiados por cualquiera, restableciendo así el equilibrio natural, mientras que Rousseau, partiendo de la salud del pacto social, afirmaba que el criminal le hacía la guerra al soberano, debiendo prevalecer el último a costa del delincuente.

Finalmente Kant, si bien asegura que la pena no puede cumplir finalidad alguna, evitando mediatizar al hombre, se contradice al exigir la ejecución de hasta el último asesino antes de disolverse la sociedad, pues de lo contrario la falta de retribución cae en las espaldas de la comunidad que no exigió el castigo justo, siendo cómplice de tal omisión, cayendo así en su propia trampa lógica, pues exige el cumplimiento de una finalidad, tan abstracta como el Jakobs, Locke y Rousseau, cuál es el restablecimiento de la justicia, aun ante la inminente desaparición del cuerpo social (caso de la isla).

Viejas fórmulas enmascaradas en una falsa modernidad, de la cual se pretenden obtener soluciones y respuestas para problemas que no son del derecho penal, sino de otros horizontes del pensamiento.

Las preguntas nacen una vez más: ¿qué hacemos con los delincuentes?, ¿qué buscamos con la pena?, ¿se logra la resocialización en las penitenciarías?, ¿es justa y moral la imposición de la cárcel para satisfacer la sed de venganza social?, parece que son cuestiones que ningún académico podrá solucionar recurriendo a una biblioteca.

BIBLOGRAFIA:

- JAKOBS, Günther; “Derecho Penal del Enemigo”, ed. Thomson Civitas, 1ra edición, 2003.
- JAKOBS, Günther; “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, ed. Thomson Civitas, 1ra edición, 2004.
- LOCKE, John; “Segundo ensayo sobre el gobierno civil”, Ediciones Libertador, 1ra ed. 2004.
- ROUSSEAU, Jean Jacques; “El contrato social”, ed. Altaya, 1993.
- DONNA, Edgardo Alberto; “Derecho Penal. Parte General”, tomo I, ed. Rubinzal Culzoni, 2008.
- KANT, Immanuel; “Metafísica de las costumbres”, ed. Tecnos.

* Abogado (UNLZ), cursante de la carrera de especialización en derecho penal (UBA), articulista en distintas revistas especializadas de la materia penal, autor de la obra “El principio de ejecución en la tentativa y la teoría del riesgo” (en prensa, ed. Cathedra Jurídica). Actualmente presta servicios en la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, precedentemente, en el Juzgado de Garantías nro. 1 del dep. judicial Quilmes. Ejerció liberalmente la profesión.
E-mail: emanuelmorita@yahoo.com.ar.

ⁱ De la lectura de su “Segundo ensayo sobre el gobierno civil” (Ediciones Libertador, 1ra ed. 2004), se observan recurrentes afirmaciones destinadas a Dios, el cual conforma una parte trascendental de su doctrina, lo cual se explica, cuando se referencia que su familia era puritana (obra citada, introducción biográfica).

ⁱⁱ LOCKE, obra citada, pág. 9

ⁱⁱⁱ LOCKE, ibídem, pág. 11.

^{iv} LOCKE, ibídem, pág. 12.

^v JAKOBS, “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, ed. Thomson Civitas, 1ra edición, pág. 75.

^{vi} JAKOBS, obra citada, pág. 75/6.

^{vii} JAKOBS, ibídem, pág. 76.

^{viii} JAKOBS, ibídem, pág. 76, cuando refiere que: “El hecho punible consiste en la defraudación de expectativas en sí misma, dicho de forma tradicional, en el quebrantamiento de la norma y no ya en las consecuencias psico-sociales de este quebrantamiento. Por consiguiente, al concepto de pena pertenece la ratificación de la existencia de la norma, esto es, la refutación del hecho que cuestiona esta existencia; no menos..., pero tampoco más”.

^{ix} JAKOBS, obra citada, pág. 41.

^x JAKOBS, obra citada, pág. 41.

^{xi} JAKOBS, “Dogmática...”, pág. 41.

^{xii} Cuestiono su calificativo, puesto que, como podemos ver en este capítulo, las ideas de Jakobs no son más que el reciclaje de los viejos esquemas de la sociedad, donde se favorece el mantenimiento del status de las clases que menos chances tienen de ser criminalizadas: la burguesía.

^{xiii} JAKOBS, “Dogmática...”, pág. 42.

^{xiv} JAKOBS, *ibídem*, pág. 42.

^{xv} JAKOBS, obra citada, pág. 43.

^{xvi} JAKOBS, *idídem*, pág. 43.

^{xvii} JAKOBS, *ibídem*, pág. 43.

^{xviii} LOCKE, obra citada, pág. 12.

^{xix} LOCKE, *ibídem*, pág. 13.

^{xx} JAKOBS, obra citada, pág. 45.

^{xxi} Aunque según la reseña biográfica formulada por María José Villaverde (en la edición realizada por Altaya, colección *Grandes obras del pensamiento*), el texto fue proyectado por el célebre ginebrino como un extracto de una obra más amplia (que nunca llegó a ver la luz), la cual se generó entre los años 1743 y 1744, durante su estancia en Venecia y bajo las órdenes del embajador de Francia, momento en que Jean J. Rousseau ocupaba el cargo de secretario del mismo.

^{xxii} De hecho, según el citado comentarista, tanto la obra en cita como “Emilio” fueron condenadas por el Pequeño Concejo de Ginebra, ordenándose su quema por “*temerarias, escandalosas, impías y destructoras de la religión cristiana y de todos los gobiernos*”, llegándose a perseguir a los libreros que osaban difundir las obras (“El contrato social”, ed. Altaya, 1993, estudio preliminar por María José Villaverde, pág. X).

^{xxiii} Obra cit. pág. 129/140: sus razonamientos dieron pie para su persecución, costándole la quema de sus obras tal como se expuso *ut-supra*. En efecto, el ginebrino distinguía entre *religión del hombre* y *religión del ciudadano*. La primera referenciada como el culto puramente individual y privado, alejado de los muros eclesiásticos, y la restante como la propiciada por el estado como estandarte, como hizo en su momento Roma y la antigua Grecia. La polémica se desató desde que Rousseau consideró verdadera religión a la primera, separando al hombre del clero, con lo cual se quitaba al mismo su poder y autoridad sobre el individuo, estas fueron sus palabras: “*la religión del hombre... sin templos, sin altares, sin ritos, limitada al culto puramente interior del Dios Supremo y a los deberes eternos de la moral, es la pura y simple religión del Evangelio, el verdadero teísmo y lo que se puede llamar el derecho divino natural...*” (*ibídem*, p. 134).

^{xxiv} En este sentido, puede decirse que, si bien Rousseau establecía que la conveniencia de una u otra forma de gobierno difería según la extensión territorial y la densidad de población (en los de menor densidad y extensión es preferible la democracia, en los de mayor la monarquía, justificado en las problemáticas devenidas en razones de infraestructura y dificultades para la convocatoria de las asambleas del pueblo, traslados, etc –obra citada, libro II, capítulos IX, X, libro III, p. 66, 70 y siguientes), con respecto a la forma democrática, solo admitía como válida la democracia directa, puesto que el soberano, conformado con el conjunto de voluntades ciudadanas, solo puede expresarse en las asambleas, donde solo participará el pueblo propiamente dicho (obra cit. pág. 65/67). Los representantes, en la concepción rousseuniana, siempre tenderán a hacer prevalecer sus propios intereses por sobre los del pueblo.

^{xxv} ROUSSEAU, obra citada, pág. 7, cuando se refiere al “*derecho del más fuerte*”, planteando la contradicción del término, en razón de que el *derecho* dependerá únicamente de la mayor *fuerza*, por lo que si A es más fuerte que B, el planteo conservador (principalmente vinculado al absolutismo monárquico) dirá que A tiene derecho sobre B, pero si C es más fuerte que A, es claro que la cuestión se vuelve en cierto modo circular y pierde todo parámetro objetivo, dependiendo solo de una cuestión de intensidad de poder. Ese planteo, claramente conservador, legitimaba el absolutismo monárquico, representado, según Rousseau, por Grocio y Hobbes.

^{xxvi} ROUSSEAU, *ibídem*, p. 8.

^{xxvii} ROUSSEAU, *ibídem*, p. 14.

^{xxviii} ROUSSEAU, *ibídem*, p. 14.

^{xxix} Es decir, los individuos pasan al *estado civil*, para lo cual abandonan el primitivo estado de naturaleza para existir en el marco de la sociedad creada con el pacto, aunque con el precio de asistir y obedecer a la voluntad general del soberano, del cual forma parte (obra citada, p. 19).

^{xxx} Obra citada, p. 15.

^{xxxi} En el sentido filosófico, de que la idea crea al objeto de conocimiento (idealismo), enfrentado a la postura de que el objeto existe independientemente de su percepción por parte del observador (realismo).

^{xxxii} *Ibídem*. p. 28, cuando refiere sobre si la voluntad general puede errar, argumentando de los peligros de que el pueblo sea engañado o que esté mal informado, previo a la celebración de las asambleas.

^{xxxiii} En el sentido de que, en la multiplicidad de causas económicas, individuales y sociales, las cuales juegan su papel en forma plural y en variada intensidad, casi azarosa, desembocan, como resultado, en el modelo

de sociedad que tenemos hoy, así, el paso del feudalismo al industrialismo, y de este modelo al de consumo, ha existido dicho policausalismo que generó la actual concepción del mundo y del hombre, así, podríamos hablar de una entropía histórica y sociológica.

^{xxxiv} ROUSSEAU, *ibídem*, p. 34.

^{xxxv} ROUSSEAU, obra citada, p. 34/35.

^{xxxvi} Cuyo alineamiento con la tesis kantiana es innegable, baste para ello reparar en su idea de la imputación del sujeto en virtud de su acción libre y en la pena como restablecimiento del derecho (Derecho Penal. Parte General, tomo I, ed. Rubinzal Culzoni, cap. II, p. 33/58, cap. IX, p. 315/332), para notar las semejanzas con sus conceptos con los expuestos por Kant.

^{xxxvii} KANT, *Metafísica*, introducción a la doctrina del derecho, par. B, según Donna, obra citada, p. 293.

^{xxxviii} DONNA, obra citada, p. 294.

^{xxxix} DONNA, *ibídem*, p. 294, citando a KANT, en su “Crítica de la razón pura”, V, 37.

^{xl} KANT, “*Metafísica*, Introducción a la doctrina del derecho”, par. E.

^{xli} DONNA, obra cit. p. 295.

^{xlii} DONNA. *Ibídem*, p. 297.

^{xliii} DONNA, *ibídem*, p. 297.

^{xliiv} Recuérdese su lema: “ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre”.

^{xliiv} KANT, “*Metafísica de las costumbres*”, p. 166, ed. Tecnos.

^{xliiv} KANT, *ibídem*, p. 168/9.