

ANDRÉS DOMÍNGUEZ

**LA TAREA DE LA JUSTICIA Y LOS EFECTOS  
DE LA IMPUNIDAD**

**LA FUERZA DEL DERECHO**

**Andrés DOMÍNGUEZ VIAL**

**PRIMERA AFIRMACION**

**EL DERECHO ES UN MANDATO ORIGINADO EN LA VOLUNTAD DEL PUEBLO, QUE CONTIENE LAS NORMAS QUE ÉSTE CONSIDERA INDISPENSABLES PARA ORDENAR LA CONVIVENCIA, HACER POSIBLE LA REALIZACION PRACTICA DE LAS POTENCIALIDADES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS DE LA SOCIEDAD, ABRIENDO PASO A LAS MEJORES EXPRESIONES DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA LIBRE DETERMINACION DEL PUEBLO, EN SUMA, LA FELICIDAD.**

**COMO TAL, EL DERECHO ES EL SUPUESTO DEL CONTENIDO Y LA LEGITIMIDAD DE LA FUERZA PUBLICA, ORIENTA SU QUEHACER Y DETERMINA LAS MODALIDADES DE SUS ACCIONES.**

*CEDO-9950*

*MFN 19566*

IncurSIONAR en el concepto, contenido, significados y alcances de la palabra "Derecho" es una aventura para cualquier ser humano, pues éste se relaciona con lo más íntimo y al mismo tiempo lo más social de su existencia.

Tal como lo ha señalado la corriente filosófica de la fenomenología, toda conducta humana está habitada de un "sentido", el que contiene lo más profundo de la identidad original de su autor, incluso si la propia vigilancia psicológica de la persona que lo ejecuta no puede controlarlo completamente.

Toda persona descubre su propia identidad original gracias a la mediación de los otros, pues la experiencia del valor de sí como distinto y original, se debe "a la experiencia del otro". De allí que sea la comunicación, la relación, la interacción con los demás la que sirva de cimiento fundante a la conciencia de sí mismo.

El medio que recibe a cada hombre o mujer que nace, está impregnado de humanidad. Los conocimientos, mitos y errores; los sentimientos, la creación, e incluso los horrores; los afectos, producciones y sucesos; en fin, toda la existencia acumulada hasta ese instante, impregna y modela el entorno que recibe al recién nacido, y por ello bien puede hablarse de un discurso de la historia que acogerá a quien recién llega.

Los hombres y mujeres que lo reciben en su condición de portadores de una cultura exponen de manera directa y sin embajes, el sentido que esta otorga a la vida y su mundo, en lo que se ha dado en llamar "la precomprensión del mundo que habita toda actividad humana".

Lo "esperado", lo "tolerado", lo "normal", esas categorías profundas que actúan como una gramática de la experiencia del día a día, encerrando los límites de la vida y la muerte, del amor y del odio, de la barbarie y el bienestar, del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, de la igualdad y la discriminación, etc., es decir, de las categorías con que se mide la vida por las personas y los pueblos hacen su historia, constituyen el medio en el cual el ser humano desarrollará su dignidad original, en la medida que su vida se expande en cantidad, calidad y capacidad de ser.

Esa pre - comprensión que sirve de espacio a la experiencia individual, no determina la realización del sujeto personal, pues éste, dotado de la capacidad de romper con la evidencia espontánea, desarrolla en ella el ejercicio personal de la crítica sensual, sensorial, ética, científica e incluso filosófica. Ese es el comienzo del aporte original y personal que cada uno hace a la historia, ya sea desde su individualidad, o desde su integración al pueblo a que pertenece.

Es en ese drama existencial en el que cada ser humano realiza sus conductas habitadas de un sentido original y propio a su identidad original, pero es también en el fenómeno de la interacción social donde se encuentra y reconoce su propia autoconciencia, y el momento en que comparte con otros esos sentidos, adquiriendo éstos el significado común a tantos, elaborándose un lenguaje cultural de múltiples expresiones y usos, vinculantes a la visión de la vida y el mundo compartida por la comunidad.

Aquellos sentidos, traducidos en significados colectivos, se ordenan en códigos conductuales asumidos por muchos, que en la medida que son "apreciados" de modo importante y se transforman en "valorados", incorporándose al patrimonio del grupo.

De allí surge la necesidad de establecerlos e institucionalizarlos, para crear vínculos más permanente de valoración, significación y realización de conductas comunitarias que se apoyan en estímulos y recompensas para ser promovidos, a la inversa en sanciones, para asegurarlas y evitar su abandono, o lo que es peor, su destrucción y desconocimiento.

En estos procesos se crean históricamente los códigos de la conducta y la interacción humana que abarcan todas las experiencias y dimensiones de la vida humana, desde las diversas formas de lenguaje corporal, hablado, escrito, afectivo, emocional, científico o amoroso, entre otros tantos, hasta los que ordenen las relaciones con el tiempo, el espacio, la naturaleza, etc.

Es así como se llega a compartir lenguajes de gran amplitud, abiertos a una permanente búsqueda por la creatividad humana, cómo son las distintas dimensiones del arte, u otras tan intensas e íntimas, como los del amor y la ternura. Todos ellos se han estructurado en la cultura desde sentidos, significaciones, símbolos, valores y normas y se expresan en una enorme cantidad de conductas, gestos y expresiones, formando códigos y evolucionando bajo el impulso de la libertad del ser humano.

### **Una primera aproximación del Concepto de Derecho**

En medio de ellos se encuentra un lenguaje muy particular y específico, el Derecho, que al igual que los otros, contiene esas mismas dimensiones y elementos, pero a diferencia de ellos, asume un papel bien específico, vinculado estrechamente a las condiciones mínimas indispensables para hacer posible la vida en sociedad.

Un gran jurista Italiano, Francesco Carnelutti, queriendo contestar a la pregunta de "¿Qué es el Derecho?", busca su respuesta a través de una meditación sobre el "Arte del Derecho", cuya síntesis se expone a continuación.

### **¿Qué es el Derecho?**

**La primera de las preguntas, que puede servir para conocer a un jurista, concierne, a lo que es el derecho. Antaño, cuando mis estudios estaban frescos, a una pregunta semejante hubiera contestado con una definición muy precisa. Ahora yo no creo poder contestar a la pregunta sino valiéndome de un parangón.**

**El concepto del derecho, como saben todos, se liga estrechamente al concepto de Estado.**

**Estado, "Stare", es lo que se ve a través del cristal; y eso transparenta una idea de firmeza, de lo que está.**

**El pueblo, en cuanto logra una cierta firmeza, se convierte en Estado. Entre el pueblo y el Estado se encuentra la misma diferencia que entre los bloques y el arco del puente.**

**El Estado es verdaderamente un arco. Hay una fuerza que mantiene a los ladrillos unidos en el arco. El derecho es la armadura del Estado. El derecho es lo que se necesita para que el pueblo pueda alcanzar su firmeza.**

**La palabra derecho contiene la idea de vínculo; "ius", "iungere", "iugum". Los hombres, que forman el pueblo, están unidos en un sólo conjunto.**

La armadura está destinada a caer después que el arco ha sido terminado.

Estado y Derecho no son lo mismo: el Estado es el arco, que puede estar con o sin armadura; jurídico se llama a esta especie de Estado que la necesita. Un arco sin armadura, es según nuestro parangón, un Estado sin Derecho. La historia no conoce nada semejante.

Los albañiles, cuando sacan la armadura del arco, después que lo han terminado, se maravillan porque no ven lo que ocupa el lugar de éste sostén exterior y creen, en su ignorancia, que no existe nada que los hombres no puedan ver.

¿Por qué el padre y el hijo para las más importantes relaciones, no necesitan derecho? Porque el Padre ama al hijo y éste ama a su padre.

¿Cómo los bloques se mantienen unidos después que el arco está construido? En virtud de una fuerza interior.

El Derecho es la armadura del Estado. Mientras falte la fuerza interior o, francamente, mientras falte el amor, la vida del Estado está en peligro sin Derecho, al igual que un arco sin armadura.

En el Estado de Derecho no podemos ver, pues, la forma perfecta del Estado.

El Derecho no consiste en el ordenamiento si no en lo que ordena, es decir, que une, o, de una manera más realista, que liga, y, por tanto, es una fuerza.

Fuerza no significa más que la idoneidad de algo para transformar el mundo. El Derecho significa esa idoneidad.

El Derecho es una fuerza; más no "la" fuerza original. ¿Y cuál es la original?

Cuando la armadura puede caer sin que caiga el arco, lo que ocupa el lugar del Derecho se llama amor. Una verdad que, al igual que el sol, alumbra las cosas, más deslumbra los ojos.

Mientras los hombres no sepan amar necesitarán juez y gendarme para tenerlos unidos. Es decir,

**mientras los hombres no sepan amar hay que obligarlos.**

**Un hombre obligado es un hombre ligado, y un hombre ligado no tiene libertad... y libertad, en lugar de poder hacer lo que gusta, significa el poder de hacer lo que no gusta. La libertad no es el poder sobre los demás, sino sobre sí mismo.**

**La humanidad no puede traspasar el abismo que separa las dos riberas sin un puente tendido de la una a la otra. Este puente atrevidísimo toma el nombre de Derecho.**

**(Francesco Carnelutti: "Arte del Derecho" 1948)**

Una muy buena visión directa del paragón del Profesor Carnelutti sobre el contenido del derecho podría encontrarse en la contemplación del Acueducto de Segovia. Esta maravillosa obra de ingeniería hidráulica construida por los romanos en España, comprende una vía de 16 kilómetros de longitud, que lleva el agua desde los orígenes de un río hasta el corazón de la ciudad. Al ingresar a ésta el acueducto se eleva sobre dos conjuntos de arcos románicos, uno sobre el otro, alcanzando una altura considerable.

Toda la construcción de estos arcos está hecha con enormes bloques de piedra, cada uno distinto al otro, pero armónicamente superpuestos, sin argamasa o cemento alguno, sólo unidos por la adecuación de sus formas, al punto que la fuerza del peso de cada uno apoyado en los otros crea la unidad de una solidez y belleza única y así llevan el agua en una extensión de 800 metros a través de la ciudad, en un conjunto de 128 arcos.

El ideal de la convivencia entre los seres humanos, como en aquellos arcos, debería ser que el peso específico de la identidad y dignidad de cada ser humano se adecuara de tal forma a la de los otros, que finalmente entre todos se diera forma a un conjunto social ordenado que respetara la originalidad de cada persona y en conjunto hagan posible el bien común a todos. Sin embargo, como ya lo dice el Profesor y Maestro Carnelutti eso no es posible y se hace indispensable para unir en paz y seguridad a los seres humanos, el cemento y la fuerza del Derecho.

## **La Moderna Teoría del Derecho: Kelsen leído por Bobbio**

En la obra de Norberto Bobbio, "Contribución a la Teoría del Derecho", éste ha tratado de manera clara y profunda el estado actual del punto de vista teórico sobre las relaciones entre la fuerza y el Derecho. Aquí seguirá esa formulación.

Junto con iniciar el análisis y exposición de la Teoría del Derecho de Hans Kelsen, Bobbio recuerda el drama que nace cada vez que se intenta justificar racionalmente los actos de los seres humanos, tan cargados de sus afectos y emociones, de su sentido del bien y del mal, del amor y el odio, por lo que muy pronto se llega al imposible que trae consigo la subjetividad moral de cada cual.

Por ello, siguiendo a Kelsen, se orienta más bien hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, para dar cuenta del campo del Derecho, entendido éste como sistema de normas, buscando allí su elemento característico, para llegar a señalar con él, que el Derecho es un ordenamiento coactivo del comportamiento humano, que actúa como un sistema, de manera que toda norma particular sólo adquiere su sentido en la relación que la liga a otras, generándose un conjunto jerarquizado de normas que iniciado desde los derechos fundantes originados en la dignidad de los seres humanos, desciende a las propias a las constituciones, luego a las leyes y finalmente a los reglamentos que estos mandan establecer.

De allí que concluya que Kelsen entiende el derecho como una forma de control social, que no tiene un fin en sí mismo, sino es una técnica de organización social que recurre, en último término, a la fuerza organizada y pública para lograrla, siendo ésta su función de carácter histórica y no ética o filosófica, en virtud de la naturaleza concreta que asume.

La función del derecho será entonces la de permitir la consecución de aquellos fines sociales que no pueden lograrse con otras formas de control social, como son los procesos de socialización y la cultura por ejemplo.

El derecho en la medida que monopoliza el uso social de la fuerza, al mismo tiempo la limita, y tiene por fin “asegurar la paz en la comunidad” dirá Kelsen en un comienzo. Pero luego, en virtud de las consideraciones señaladas, se corrige a sí mismo, y reemplazar esa expresión, definiendo el Derecho como organización de la fuerza monopolizada, por el Estado que aseguraría no tanto la paz como “la seguridad colectiva”, por cuanto en sí misma la seguridad “tiende a la paz”.

Bobbio dirá entonces que el derecho no sólo tiene una función positiva, sino una función positiva primaria, en cuanto es por excelencia un instrumento de conservación, es decir, la última barrera, más allá de la cual la sociedad se desintegra.

Por lo mismo, no se trata sólo de mantener un cierto orden, sino también de hacerlo evolucionar de acuerdo con los cambios sociales, por lo que todo ordenamiento jurídico proporciona algunos procedimientos destinados a regular la producción de normas nuevas para sustituir las viejas.

A la visión coactiva del derecho en la teoría de Kelsen, Bobbio le agrega una función de estímulo, de promoción, de provocación de conductas individuales y de grupos, con lo cual sobrepasa la función protectora o únicamente represiva que se desprendía de esa visión original del autor que analiza.

**“Más específicamente, la función de seguridad y la de resolución de conflictos no se encuentran una junto a otra, sino, si puede expresarse así, una dentro de la otra, puesto que es cierto que uno de los modos a través de los cuales el Derecho desarrolla la función de garantizar la seguridad colectiva, es también el de ser un medio eficaz, quizá el más eficaz en última instancia, de resolver los conflictos.**

**No de manera diferente se plantea el problema de la relación entre estas dos funciones y la tercera, la relativa a la organización del poder: garantía de la seguridad colectiva, resolución de conflictos, y organización del poder, son tres tareas teleológicamente ligadas, hasta el punto que la resolución de conflictos, que es un medio**

respecto al fin de la seguridad, pasa a ser un resultado si se pone en relación con la organización del poder; y se hace posible por tanto establecer una concatenación de este tipo: la organización del poder tiene por función hacer posible la resolución de los conflictos y la resolución de los conflictos tiene la función de hacer posible la seguridad colectiva”

(Norberto Bobbio “Contribución a la Teoría del Derecho”, pág. 281 - 292.

## LA VOCACIÓN DE CERTEZA DE TODO DERECHO

De allí emerge el efecto de certeza que debe buscar siempre el Derecho en cuanto ordenamiento jurídico.

Por certeza del derecho se deberá entender su capacidad para definir a través de normas que sean al mismo tiempo colectivas, generales y abstractas - propias al concepto estricto de Estado de Derecho - los efectos que producen ciertos tipos de actos o hechos.

De esta manera todas las personas deberían estar en condiciones de conducirse tal como lo espera este ordenamiento y tener un conocimiento anticipado de las consecuencias que le traerá consigo el no hacerlo así: *“desde todos, para todos, en toda situación”*, señala Bobbio.

Este último criterio es una formulación ideal para la mayor parte de los sistemas jurídicos que se autodenominan Estado de Derecho, pues como ha sido demostrado empíricamente, las prescripciones jurídicas que contienen no siempre cumplen con esos requisitos.

“... en un ordenamiento se mezclan prescripciones de distintos tipos, pero sólo las prescripciones abstractas, es decir, las verdaderas reglas de conducta o normas, constituyen su fundamento. Si se admite una norma fundamental en el vértice del sistema, esta norma fundamental no puede ser más que abstracta”.

“Respecto a una prescripción personal, una prescripción colectiva se considera que sirve mejor para realizar uno de los valores en el que debería inspirarse ... el valor de la imparcialidad. Un mandato colectivo, que emana, o se supone o pretende que emana, de todos los componentes de un grupo determinado se considera imparcial”.

“... una prescripción general sirve mejor para realizar otro de los fines fundamentales al que el ordenamiento jurídico debería tender: el valor de la igualdad”.

(Norberto Bobbio. Opus Cit, págs. 301 y 302)

## **LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO**

De allí surgen las relaciones entre legitimidad y legalidad propias al ordenamiento jurídico en cuanto este ordena el ejercicio de la fuerza del poder del derecho. **La legitimidad señala el sujeto del derecho, de su fuerza; la legalidad, el modo del ejercicio de ésta.**

Ahora bien, para el ejercicio del poder por parte de cualquier órgano del Estado, legitimidad y legalidad son requisitos indispensables, pues el primero establece el título del poder y el segundo el modo de su ejercicio; la legitimidad establece el fundamento del derecho y la legalidad sus deberes. Es allí donde Bobbio radica la diferencia entre “Tiranía de origen” y “Tiranía de ejercicio”.

Será en este punto donde los requisitos del poder - “legitimidad y legalidad “ - se encontrarán con los requisitos de la norma - “justicia y validez”. El vínculo entre ellos se expresa del modo siguiente: la legalidad del poder se apoya en la validez de la norma que lo habilita para su ejercicio, estableciendo la legalidad o ilegalidad del poder. Por otra parte las normas sólo son válidas si proceden de un poder legítimo y éste alcanza esa condición por el contenido de justicia de las normas que produce.

De este modo el ordenamiento jurídico en el Estado Democrático de Derecho se origina en el poder originario de “autodeterminación” (independencia) y “libre determinación” (soberanía) del pueblo, de donde emana el criterio último de legalidad, en búsqueda de la seguridad y justicia efectiva. Por su parte, las normas y las instituciones que las organizan, encuentran sus bases en los derechos humanos y el principio de legalidad, para alcanzar en éstos su plena validez. En un Estado Democrático de Derecho se producirá con la más alta probabilidad, tanto la efectividad del poder, como la eficacia de la norma, desde el poder fundante de los derechos humanos y la libredeterminación del pueblo y el poder coactivo del estado de derecho y su expresión en las leyes capaces de concretar esas funeste originadas.

## **AGRESIVIDAD, FUERZA Y VIOLENCIA**

Si existe un punto clave de la Teoría del Estado Democrático de Derecho, es el de la relación entre Derecho y Fuerza, no por dificultades con el primer término, sino por las confusiones que suscita el segundo.

Agresividad, fuerza y violencia suelen ocuparse en calidad de sinónimos en el lenguaje común, lo que se acentúa en los últimos tiempos con la ambigüedad que en ese mismo nivel del lenguaje, han recibido las palabras con que se tratan los crímenes, el terrorismo y la experiencia compartida por muchos pueblos del orbe sobre delitos de lesa humanidad.

## **LA AGRESIVIDAD HUMANA**

Sin tener la pretensión de resolver de manera definitiva esta confusión, al menos hay que ocuparse de ella pues ésta ambigüedad afecta al corazón de la teoría de la seguridad jurídica, y por otra parte todas las contraindicaciones a ella se fundan de una u otra manera en esa dificultad.

Lo primero que habría que tratar para comenzar este esfuerzo clarificador es despejar el tema de la agresividad humana, pues en ella puede encontrarse una condición de los seres humanos que siempre estará presente en su conducta, y que la mayor parte de las veces se expresará de un modo positivo, por lo que esta discusión e incluso la confusión señalada no tendría lugar. Sin embargo en la vida cotidiana ello no sucede.

Todos los progresos de la humanidad, como también todos sus sufrimientos, se vinculan a esta confusión, y la primera dificultad por tanto nace de que no es fácil separar ambas experiencias por algún elemento interno definitorio de su contenido.

**“La parte agresiva de la naturaleza humana no es solamente una salvaguarda necesaria contra los ataques: es también la base de la realización intelectual, del logro de la independencia e incluso de esa propia estimación que le permite al hombre mantener la cabeza alta entre sus semejantes”.**

**(Anthony Storr, La Agresividad Humana, pág. 12)**

Los ejemplos del uso positivo de esta condición humana son múltiples. ¿Cómo podría Pasteur haber llegado a la vacuna, o Colón a nuestro Continente, o los padres de la Patria a conquistar la independencia, o los impresionistas a deslumbrar con su pintura, sin una gota de agresividad? El propio movimiento por los derechos humanos, la paz, el medio ambiente, etc., ha descansado y continuará haciéndolo, en éste potencia de la libertad humana.

Por ello, más allá de la multitud de ejemplos espantosos de su expresión, es importante entender la agresividad como una condición del ser de toda persona y no una desviación, pues cuando se está en su presencia, ella conduce paradójicamente, al maravilloso don de la libertad, sin el cual el ser humano se manifestaría sólo como efecto de una inercia que no podría controlar y sería por esto irresponsable de sus actos.

De este modo los sentidos que puede alcanzar la expresión de la agresividad humana no encuentran su origen en

ella misma, sino surgen del modo en que nace, crece y se desenvuelve, de naturaleza intensamente social, en definitiva, cultural.

## LA FUERZA, CONTENIDO DEL DERECHO

Muy distinta es la relación entre los conceptos de fuerza y violencia, pues si bien ambos implican el desarrollo de una energía que en este ámbito se vincula con personas y grupos, en los planos físicos o espirituales, o sobre conductas, sentimientos, emociones, afectos, conciencia o inteligencia racional, su sentido en definitiva no sólo es distinto, sino contradictorio entre sí.

Hoy en día no se comparte la definición de la fuerza como un instrumento al servicio del Derecho. **En su "Teoría General del Derecho y del Estado" Kelsen indica que "Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas".** De manera que el derecho se caracteriza por organizar el ejercicio de la fuerza y no porque encuentre con su apoyo la posibilidad de su realización.

Por lo mismo, los límites del campo del derecho se deducen de esa definición, pues éste sólo se ocupará de las conductas necesarias para la vida ordenada en sociedad y cuya garantía de seguridad de que se cumplirán requiere que la fuerza actúe jurídicamente.

Desde esa premisa el Profesor Bobbio señalará que en el campo del derecho existen cuatro formas de uso de la fuerza: el poder de constreñir, con la fuerza, a los que no hacen lo que deberían hacer; el poder de impedir, con la fuerza, a que alguien haga lo que está prohibido; el poder de sustituir, mediante el uso de la fuerza, a los que debiendo hacer algo, no lo hacen; y el poder de castigar mediante una sanción jurídica impuesta, a quienes trasgreden lo mandado.

**“La noción de represión, es más péfido o en cualquier caso yo he tenido mucha más dificultad de liberarme de ella, en la medida en que, en efecto, parece conjugarse bien con toda una serie de fenómenos que evidencian los efectos del poder.**

**Cuando escribí la “Historia de la Locura”, me serví al menos implícitamente, de esta noción de represión. Pienso que entonces imaginaba una especie de locura viva, voluble y ansiosa a la que la mecánica del poder y de la psiquiatría alegarían a reprimir, a reducir al silencio.**

**Ahora bien, me parece que la noción de represión es totalmente inadecuada para dar cuenta de lo que hay justamente de productor en el poder. Cuando se definen los efectos del poder por la represión se da una concepción puramente jurídica del poder; se identifica el poder a una ley que dice no; se privilegiará sobre todo a la fuerza de la prohibición. Ahora bien, pienso que ésta es una concepción negativa, estrecha, esquelética del poder que ha sido curiosamente compartida.**

**Si el poder no fuera más que represivo, si no hiciera nunca otra cosa que decir no. ¿Pensáis realmente que se le obedecería? Lo que hace que el poder agarre, que lo acepte, es simplemente que no pesa solamente como una fuerza que dice no, sino que de hecho la atraviesa, produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos; es preciso considerarlo como una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como una instancia negativa que tiene por función reprimir.**

**(Michel Foucault: Microfísica del Poder, pág. 182).**

## **LA VIOLENCIA Y SUS DESGRACIAS**

La violencia impacta la razón y la conciencia humana en los tres planos de la vida interior de los individuos, el sentimiento, la afectividad y la inteligencia.

La emoción que produce la violencia se traduce en una alteración de estructuras profundas del inconsciente, rompiendo el "a que atenerse", pues supera la tolerancia a la diferencia y a la sorpresa, y provoca tendencias a una respuesta anárquica. Conceptos tan básicos como los de "normalidad", "posibilidad", "lo previsible" saltan en pedazos, y el primer resultado es un poderoso sentimiento de impotencia, rabia, miedo, servidumbre. El bien jurídico directamente vulnerado, será entonces el de la "solidaridad", el deber de fraternidad que señala el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El conocimiento directo de la violencia crea emocionalmente en quien lo recibe, una parálisis y un sentimiento de ultraje y desvalor de sí mismo, un instante de separación de la comunidad, porque se creía conocida la normalidad de ella y ahora el código de lo esperado se ha roto, verificándose una vulnerabilidad aún no conocida o aprendida y frente a la cual la respuesta no está disponible.

Las personas que han vivido las formas más agudas de violencia dan cuenta que ese efecto llegó hasta lo más íntimo de ellos, hasta un verdadero desencuentro con la identidad formada hasta entonces, es lo que se llama el síndrome de la víctima, que viene a reemplazar la autoconciencia que hasta entonces había servido de fundamento a su personalidad. La victimización conduce a reducir la actividad social que se llevaba y da origen a tendencias de repliegue y la marginalidad aflora en un intento de defensa por pérdida o cesión voluntaria de los espacios sociales que formaban el horizonte de su realización personal. Muchas autocensuras brotan espontáneamente y resulta tan doloroso aceptar la experiencia del desvalor de sí mismo que se tiende a callarlo y no compartirlo, reduciendo la aspiración de seguridad a las "virtudes de la automutilación de sus expectativas".

La violencia expropia la identidad de afirmación libre del valor de la personalidad construida hasta entonces por quien la sufre, y reemplaza ese vacío por la condición de víctima, es decir, la de ser la obra del victimario.

El índice de inseguridad subjetiva se nutre de esta experiencia de la violencia y emerge de modo contagiosos a todo el entorno que rodea al que la sufre.

#### **Aforismos sobre la Violencia**

- 1.- La violencia pretende ser la solución de un problema, cuando en realidad ella es el problema.**
- 2.- La violencia desnuda es la forma de la manifestación "visible", "abierta" y "libre" de la agresión. Toda agresión no es violencia, pero toda violencia es agresión.**
- 3.- La violencia es contagiosa como la peste, ella debe su virulencia a la apariencia de legitimación y esta apariencia le otorga el carácter epidémico.**
- 4.- La violencia legitimada induce a imitarla: a imitar la violencia y a imitar la legitimación.**
- 5.- La violencia es simple, los métodos para dominarla complejos.**
- 6.- La razón puede ser un método preferible a la violencia, con la única condición de no ser su abogado y su cómplice.**
- 7.- Enseñar por la violencia la no - violencia, es perpetuar la violencia que se quiere suprimir: se adopta el método de esa enseñanza y se olvida su objetivo.**
- 8.- Si se autorizan las excepciones a la prohibición de la violencia, las excepciones se transforman en regla.**
- 9.- Sin confesarlo, medios de comunicación predicán la violencia: todos sus escenarios para la solución de conflictos animan el empleo justificado, agudo, e incluso preventivo de la violencia. El héroe es más brutal que el bandido; su brutalidad gana por su eficacia y rapidez.**
- 10.- El lenguaje de la violencia no es un lenguaje; la violencia es un robot del pensamiento y un analfabeto del sentimiento.**

**(Friedrich Hacker: "Agression - Violence dansle monde Moderne")**

Si la conducta del Estado, sus órganos y agentes, se aparta del orden propio a un Estado Democrático de Derecho, violentando las libertades y derechos fundamentales de las personas y grupos, no incentivando la satisfacción de las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general, se crea un estado de violencia, que será mayor o menor según sea la entidad y origen de ésta.

Del mismo modo, frente a toda persona o grupo que se resista al acatamiento del ordenamiento del Estado Democrático de Derecho y que conduce a la práctica de conductas violentas, el Estado tiene el deber de neutralizarlos, sancionarlas y someter a sus autores a procesos de rehabilitación, y a sus víctimas a procesos de reparación, mediante el uso de la fuerza.

De esta manera el orden de la fuerza es la antítesis del orden, de la violencia, ya sea que ésta provenga del Estado o de las conductas de los ciudadanos.

**"En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con le único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática".**

**(Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 29.2)**

**"Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.**

**(Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 30)**

**"Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no sea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión".**

## EL SENTIDO DE JUSTICIA

El derecho a la justicia ha sido definido en los artículos 7°, 8°, 9° 10° y 11° de la Declaración Universal, como el derecho que tiene toda persona a disponer de “un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra estos que violen sus derechos fundamentales” y “a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial”, “en condiciones de plena igualdad”, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

El derecho a la justicia es condición necesaria para alcanzar la paz social, pues, como señala el tercer considerando de la Declaración Universal, es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”. Por ello, promover el derecho a la justicia de todo ser humano, víctima o victimario, conforme a las normas universales de los derechos humanos, es un medio dispuesto por el orden jurídico internacional para la promoción de la paz.

El derecho a la justicia surge como un deber de toda la sociedad cada vez que se ejerce violencia en contra de la libertad e igualdad en dignidad y derechos de una persona, a través de conductas contrarias a la razón y la conciencia, infringiéndose el deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros, según lo establece el artículo primero de la Declaración Universal. La justicia abarca, por lo tanto, el ámbito político, el económico y social; el civil y penal.

El propósito y significado específico del derecho a la justicia en el ámbito penal, es entonces la recuperación de la fraternidad en las relaciones humanas, devolviendo, en cuanto es posible – a la víctima y al victimario – la libertad e igualdad en dignidad y derechos, que ese acto de barbarie les ha arrebatado a ambos, creando una situación de violencia para toda la sociedad.

La aplicación de la sanción busca la recuperación de la dignidad del criminal y no su destrucción. Por ello, el derecho a la justicia nada tiene hoy que ver con la venganza, el castigo, la imposición de un sufrimiento ciego. Por el contrario, la pena que sin duda causa dolor a quien la sufre, está orientada a lograr la rehabilitación del delincuente, subsanando los daños que están a en el origen de su conducta criminal.

La tarea de la justicia comprende siempre al juez y los auxiliares de la justicia, esto es, los abogados, la policía y los peritos médicos, policiales y técnicos.

Los abogados defensores o acusadores están obligados, moral y jurídicamente, a representar todos los argumentos y pruebas favorables a su causa y en ningún caso esto significa un juicio de culpabilidad o inocencia, pues ello es facultad privativa del juez. No se puede, por lo tanto, acusar a un abogado de defender bien a quien representa, y en cambio, Si se puede reprochar, incluso penalmente, al abogado que no obre con celo y diligencia en pro de los derechos humanos de quién representa.

A la policía corresponde, a través de su capacidad profesional, proporcionar al juez toda la información que éste ha requerido de ella, realizando las diligencias que expresamente el magistrado ha ordenado. Del mismo modo deberá cumplir las órdenes de citación, detención y puesta en libertad, que determine el juez, con estricto apego a los procedimientos establecidos en la ley.

Para asegurar el cumplimiento de los principios y normas ya señalados, la legislación penal ha determinado las figuras delictuales y las penas aplicables, tanto al juez, como a los abogados, expertos y policiales que son llamados a prestarle auxilio en la realización práctica del derecho a la justicia.

El derecho a la justicia ha sido, además, protegido por normas procesales tales como:

- El principio de juez natural;
- La igualdad ante la ley;
- La independencia e imparcialidad de los jueces;
- El carácter público del proceso y de las sentencias;

- La presunción de inocencia de los acusados;
- El derecho a ser informado de las acusaciones y a disponer de un abogado defensor y del tiempo necesario para ejercer esa defensa;
- El acceso a medios de prueba y a contradecir los que se aleguen en su contra;
- El derecho a no ser sometido a torturas o apremios y a no ser obligado a declarar su propia culpabilidad;
- El derecho a no ser sometido a torturas o apremios y a no ser obligado a declarar su propia culpabilidad;
- El derecho de apelación contra las sentencias condenatorias;
- El derecho a ser indemnizado por los daños causados arbitrariamente;
- El principio de no retroactividad de la ley penal, salvo en beneficio del reo; y, finalmente, a no ser procesado dos veces por el mismo delito.
- (Ver artículos 14 y 15 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Toda persona detenida o condenada por resoluciones judiciales respetuosas del derecho a la justicia, deberá ser tratada humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano y el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. (Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El derecho a la justicia sólo es posible, si las disposiciones que determinan las conductas punibles, son plenamente coherentes con las normas de los derechos humanos y son el fruto de una sociedad democrática (artículo 29.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

### **Orientaciones Básicas del Derecho Penal En un Estado Democrático de Derecho**

1.- Principio de Reserva o de la legalidad de los delitos y las penas.

(Nullum Crimen Nulla Poena sine lege)

No hay delito sin una ley previa, escrita, estricta. Ello implica "prohibición de retroactividad de la ley penal", la que nace en virtud del principio democrático de la voluntad del pueblo, el Congreso o Parlamento.

Del mismo modo no puede aplicarse la ley penal por analogía y sólo se obliga a que se aplique necesariamente la ley más favorable al reo, si una ley posterior a los hechos es más suave que la vigente al momento de éstos.

La tipicidad del delito obliga a su definición precisa y no se permite la ley en blanco o la vaguedad. La ley penal sólo se ocupará de la conducta humana, prohibiéndose el castigo a su conciencia o pensamiento, a las características personales o sus costumbres o modo de ser.

2.- Principio de Intervención Mínima: "Sólo debe ejercer la fuerza del derecho en los casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes", "en la medida que se trata de valores elementales para la vida en comunidad".

3.- Principio de Proporcionalidad de la Pena. La gravedad de la intervención penal debe adecuarse a la gravedad del hecho cometido, lo que impone la jerarquización de los bienes jurídicos y conforme a ello las penas que le corresponden.

4.- Principio de Culpabilidad. Este principio excluye la responsabilidad penal objetiva; exigiendo que la conducta delictiva se haya realizado, ya sea "intencionalmente" (dolo), o imprudentemente (culpa), y que en ambos casos el autor estaba en condiciones de cumplir el mandato de la ley.

(Claudio Féller Sch.: "Orientaciones Básicas del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho", Síntesis redactada por el autor).

## **CONTENIDOS FUNDAMENTALES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DE PERSECUCIÓN PENAL**

La acción estatal y social para promover la aplicación efectiva de la justicia penal como verificación de la vigencia de la ley y de la seguridad jurídica, depende de las orientaciones que dominan la voluntad política de quienes deciden su impulso y del sustento que ella encuentra en la cultura de la sociedad en que se aplica.

Por ello la combinación entre los intereses dominantes y los consensos sociales con que se interpretan los fenómenos delictivos por la comunidad nacional, definirá las políticas a desarrollar.

En América Latina, el medio convencional dominante se caracteriza por la presencia de tres grandes síndromes:

-La cultura de la violencia, que desde el hogar hasta en los grandes conflictos nacionales, ha desarrollado instrumentos extra institucionales para la resolución de los conflictos penales: el armamentismo, la descontrolada seguridad privada, la justicia por mano propia, etc. solo estimulan el círculo de esa violencia.

-La cultura del miedo, por la cual se está dispuesto a desertar del libre ejercicio de numerosos derechos a cambio de un poco de seguridad, por lo que se tenderá a la búsqueda de soluciones administrativas y policiales. -la detención por sospecha, estados sociales de peligrosidad, etc.- evitando una justicia de la que se sospecha o directamente no se cree y finalmente,

-La cultura de la corrupción, que alienta el uso de instrumentos de perversión de la institucionalidad, a través del tráfico de influencias, el abuso del poder, la compra de policías y jueces.

La seguridad jurídica y de la justicia deben vencer esos tres grandes obstáculos antes de imponerse, pero además debería clarificar sus conceptos, modernizándolos; disponer de un nuevo paradigma democrático nacido de la inspiración de los derechos humanos; e iniciar un cambio en la gestión necesaria a su producción, lo que debe ser asumido por todos los actores involucrados: los jueces, fiscales, policías, abogados, servicios auxiliares y por supuesto la sociedad política y sociedad civil.

Este nuevo paradigma deberá dejar atrás, definitivamente, las dos tradicionales concepciones acerca del origen del delito y su tratamiento, que aunque superados académicamente, aún están vigentes en la cultura popular, la opinión pública, las disputas políticas y los impulsos legislativos. La primera consideró desde el siglo XVIII que el delito era una conducta moral reprochable, buscando ampliar el número de ellas que debería ser criminalizables, definiendo su tratamiento desde la secuencia de la culpa, el castigo, la expiación y la penitencia. La segunda, que surge a finales del siglo XIX, define el delito como propio a la conducta de seres humanos malformados física y psicológicamente, y por sufrir de esos trastornos, la prisión comprende su rehabilitación individual, redomesticando o neutralizando los impulsos delincuenciales.

Hoy en día las ciencias criminológicas se apartan totalmente de esos enfoques, pero la debilidad de la presencia de esta ciencia en América Latina y el apoyo de quienes prefieren investigar solo a las víctimas, se traduce en que ellas no solo permanezcan vigentes a nivel de la conciencia colectiva, sino que se refuercen, incluso deformando sus desarrollo original y combinándolas con lo que sólo se logra debilitar la justicia, crear legiones de seres humanos desechables en las prisiones, aumentando las tendencias hacia la mano dura, la violencia y el miedo.

La visión moderna y sostenida por los mejores estudios criminológicos, las experiencias de seguridad exitosas y verificada por el avance de la teoría jurídica de apoyo a la justicia y las reformas procesales, comienza por sostener que el origen del fenómeno de la criminalidad es el mismo de todas las formas de acción social, en cualquier campo de ellas: los procesos sociales en los que participan quienes lo producen, y el delito envuelve a la víctima, el victimario y el entorno social de ambos, siendo un indicador de los niveles de cohesión social existente, del impacto que sobre este alcanzan los factores criminógenos que abren los espacios de riesgo de generación de conductas tipificadas por la ley penal como delitos, y la respuesta a esos provocaciones, que generan las personas o grupos de acuerdo con el equilibrio interno que construyen los factores crímico resistentes y crímico valentes

que los procesos de aprendizaje y socialización han formado en ellos, y que se expresan en situaciones o circunstancias dadas.

Las políticas criminales de justicia y persecución penal deben inspirarse entonces en la reconstrucción del tejido social dañado, el restablecimiento de la paz quebrada, la reparación de la dignidad de la víctima, la neutralización de los factores crimino valentes del autor y el fortalecimiento de sus factores crimino resistentes, la creación de un mayor dominio social sobre las circunstancias y situaciones que han afectado la cohesión social dando oportunidad al delito.

Una política inspirada en esa orientación, hará de la justicia y la seguridad jurídica el objeto a compartir entre los actores de la red penal formal y la red penal social, con un criterio de justicia social y bajo la orientación de los principios de legalidad y proporcionalidad, para que la paz recupere plenamente su vigencia, poniendo término a la impunidad y sus complicidades, cimiento estructural en que se apoyarán todos los campos de la seguridad democrática: la interior y pública, la del orden público y la tranquilidad del ejercicio de las libertades, y la cotidiana y doméstica de la seguridad ciudadana.

Sin el derecho no existe cohesión social y sin justicia la ley no tiene eficacia y eficiencia, como tampoco se confirman los valores de la dignidad humana y los derechos que de esta se derivan.