

# PANÓPTICA

## AMÉRICA LATINA: MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO \*

*Marcelo Alfredo Riquert*

*Master en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España.*

*Profesor Titular Regular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata. Juez de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Mar del Plata. Abogado.*

**Resumen:** Después del “11/S”, Estados Unidos y algunos de sus aliados, han resquebrajado con más rapidez y severidad las bases del “derecho internacional” y favorecieron el retorno de las viejas ideas del derecho penal del enemigo. La lucha entre volver al “núcleo duro” y profundizar la “modernización” del derecho penal se mantendrá. El desafío: la dura tarea de aprehender la realidad actual sin resignar los principios basales del derecho penal clásico. En un mundo donde es posible un nuevo modelo de panóptico, se discuten hasta la saciedad los requisitos de una intervención telefónica, mientras, sin control judicial, la legislación antiterrorista de las potencias dominantes habilita una gigantesca intromisión en los derechos fundamentales como la intimidad y la privacidad, sin que nadie repare demasiado en esto.

**Palabras-clave:** Terrorismo – Panóptico – Derecho Penal del Enemigo – Crisis penal.

**Abstract:** After September 11, United States and some allies are breaking down more quickly and more severely the basis of “international law” and bringing up the old ideas of the criminal law for the enemy. The fight between coming back to the “hard nucleus” and increase the “modernization” of the criminal law will be maintained. The challenge: the hard task of understanding the present reality with no renunciation to the essential principles of the traditional criminal law. In a world in which is possible a brand new model of panoptic, are deeply discussed the requisites to the telephonic interception, while, with no judicial control, the great potencies anti-terror legislation affords such a huge intromission on fundamental rights as the intimacy and the privacy, with no one paying much attention on it.

**Keywords:** Terrorism – Panoptic – Criminal Law for the Enemy – Criminal crisis.

---

\* Versión escrita de la intervención en la mesa-panel que sobre el tema del título que tuvimos el honor de compartir con los profesores Dres. Alice Bianchini y Luiz Flávio Gomes con oportunidad del “2º Congreso Internacional de Directo”, organizado por la Rede de Ensino LFG y la Universidad Austral, celebrado en Buenos Aires, 6 de julio de 2008. Se han agregado y precisado las citas doctrinarias efectuadas en la presentación en power-point, facilitando así el ocasional interesado el profundizar en los textos originales utilizados.

## 1. LA CRISIS DEL DERECHO PENAL<sup>1</sup>

A comienzos del tercer milenio, una sucesión de hechos terroristas de gran escala en distintos países ha provocado la adopción de medidas contra el crimen en general y el terrorismo en particular, que ponen en crisis reconocidas garantías de raigambre constitucional. Surge así indiscutible la percepción de que se trata del nuevo escenario de una vieja tensión entre el derecho penal democrático y el autoritario (garantías/eficacia por un lado, interés individual/interés social, por el otro). El derecho a la intimidad, la privacidad y la protección de datos personales no resultan ajenos al fenómeno y son afectados no sólo por ataques ilegales sino también por la cuestión de los límites a la injerencia estatal legal a su respecto.

Hablamos de indiscutible percepción, atendiendo a la dificultad de encontrar en la actualidad opiniones que digan lo contrario, es decir, que no estamos en crisis. Es más, como enfatiza Alejandro W. Slokar, puede afirmarse que “la crisis ha sido y es un dato consustancial –y hasta irresoluble– del Derecho penal nacido de la Ilustración”<sup>2</sup>. En definitiva, todos, invariablemente, manifiestan su descontento sobre el estado del derecho penal en particular y sobre el sistema penal en general. Naturalmente, desde distintas perspectivas muchas veces contrapuestas. Entre las más enfrentadas pueden identificarse, por un lado, las que postulan una maximización del derecho penal dotándolo de “herramientas” que lo tornen “eficaz” –aún cuando con ello se “sacrifiquen” total o parcialmente “garantías”– y, por el otro, quienes con preocupación denuncian, en palabras de Donna, que “el Derecho penal basado en la Ilustración, cuya base son las garantías, tiende a ser reemplazado por un Derecho que deja de lado aquellos principios o los flexibiliza de tal manera que los termina eliminando”<sup>3</sup> o, como afirma Elbert, que “Asistimos a la desarticulación del Derecho Penal liberal que conocimos, a resultas de su inutilidad para servir al tipo de control que exigen las funciones y necesidades de la globalización del siglo XXI”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Hemos basado la exposición en la síntesis de algunas ideas que expusieramos en las monografías “*Protección penal de la intimidad en el espacio virtual*” (Ediar, Bs.As., 2003) y “*Crisis penal. Política Criminal, Globalización y Derecho Penal*” (Ediar, Bs.As., 2007).

<sup>2</sup> Slokar, “La reciente política legislativa penal en Argentina”, pub. en AAVV “*Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el Estado de Derecho*”, Ediar, Bs.As., 2007, pág. 142.

<sup>3</sup> En su trabajo *¿Es posible el derecho penal liberal?*, pub. en “*Revista de Derecho Penal*”, dirigida por Donna, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs.As., tomo 2003-1 “*Delitos contra las personas-I*”, págs. 599/600.

<sup>4</sup> Elbert, Carlos A., “*El sistema penal ante las exigencias del presente*”, pub. en AAVV “*Iº Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. El sistema penal ante las exigencias del presente*”, Rubinzal-Culzoni Editores/UNL, Santa Fe, 2004, pág. 24.

En este contexto, vastos sectores aluden a la existencia de un “derecho penal moderno”<sup>5</sup> o un “derecho penal posmoderno”<sup>6</sup> o un “nuevo derecho penal”<sup>7</sup> y que la nota esencial de este “moderno” derecho penal para afrontar aquellos problemas es la idea del “antigarantismo”<sup>8</sup>, el abandono de los principios político-criminales de garantía siguiendo una tendencia universal de búsqueda de eficacia al menor costo que convierte al derecho penal de “última ratio” en un sistema de “prima ratio” y, en muchos casos, de “sola ratio”<sup>9</sup>. Davi de Paiva Costa Tangerino habla de un vaciamiento semántico absoluto de la “ultima ratio” que genera una total disfuncionalidad del derecho penal, que pasa a ser un instituto carente de alma, sin contenido, apenas un recurso retórico al gusto del poder dominante<sup>10</sup>.

El Derecho Penal y el Procesal Penal se encuentran en pleno proceso de reforma y los principios rectores de orden constitucional que imponen la vigencia de un derecho sustantivo liberal de acto y un modelo de trámite adjetivo de corte acusatorio en el marco del “debido proceso”, son jaqueados por las demandas de eficacia que llegan a justificarse desde el plano teórico con la distinción entre un “derecho penal del ciudadano” y un “derecho penal del enemigo”, siendo en este último inoperativas las garantías que se reconocen vigentes en el primero.

Esta discusión que, en principio, pudiera parecer como propia de la posmodernidad, forma parte de una disputa histórica entre estructuras discursivas del derecho penal que, en pocas palabras, al decir de Zaffaroni, Alagia y Slokar, se viene manteniendo desde el última confiscación del conflicto a las partes, o sea, el paso de la “disputatio” (la lucha, es decir, el duelo) a la “inquisitio” (el interrogatorio, por un juez que actúa en nombre de Dios y del señor, por lo que no se necesita ni acusador ni defensor, tampoco límites para aquél), como

<sup>5</sup> Así, Nicolás García Rivas en su obra *“El poder punitivo en el Estado democrático”*, UCLM, Colección Estudios Nº 31, Cuenca, 1996, pág. 106; Lorenzo Morillas Cueva, en su trabajo *“Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”*, pub. en sitio web de la Universidad de Granada, España, [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es), “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, Sección Artículos, Nº 04-06 (2002), pág. 2.

<sup>6</sup> Por ejemplo, Carlos Parma ha titulado una de sus últimas obras *“Derecho Penal Posmoderno”* (ARA Editores, Lima, 2005).

<sup>7</sup> Así, Bacigalupo titula una reciente obra *“Hacia el nuevo Derecho penal”* (Hammurabi, Bs.As., 2006), evocando la de muy similar título de su maestro, Jiménez de Asua, del año 1929, aunque el *“contenido es totalmente diverso”* (ver “Prólogo”, pág. 9).

<sup>8</sup> Donna, ob.cit., pág. 609.

<sup>9</sup> Eduardo Alcócer Povich, *“El derecho penal del enemigo ¿realización de una opción político-criminal o de una criminal política de estado?”*, pub. en el portal jurídico [www.incipp.org.pe](http://www.incipp.org.pe), la cita corresponde al parágrafo 4 “in fine”.

<sup>10</sup> Cf. su trabajo *“Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da Ultima Ratio e o directo Penal Disfuncional”*, pub. en la revista “Ultima Ratio”, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro, 2006, Año 1, Nº 0, pág. 192, donde concluye: *“Disfuncional, el Derecho Penal pierde cualquier contenido ético y deja de ser Derecho Penal, transformándose en mero ejercicio arbitrario de poder, inadmisibile en un Estado Social y Democrático de Derecho”* (la transcripción es una traducción libre del autor).

procedimiento para saber la verdad, lo que sucedió hace aproximadamente unos ocho siglos. A partir de allí, señalan, pueden identificarse tres grandes estructuras básicas:

1) el discurso legitimante que elude las preguntas fundamentales, fundado en los balbuceos del saber penal por el glosador Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), con vertientes que culminan en el siglo XX en las obras de Manzini en Italia y de Mezger en Alemania;

2) el discurso legitimante de la emergencia, “que responde con grosería las preguntas fundamentales”, que alcanza su primera expresión altamente orgánica en 1484 con el “Malleus maleficarum” o “El martillo de las brujas” de Heinrich Kraemer y James Sprenger;

3) el discurso o reacción crítica, que se prefigura por primera vez como estructura reductora y deslegitimante en 1631 con la “Cautio Criminalis” de Friedrich Spee von Langenfeld<sup>11</sup>.

Como se ve, la invocación de la emergencia y la necesidad de medidas excepcionales para combatirla (así como su inutilidad para resolverla), tiene una larga tradición de la que forman parte desde las brujas, el demonio y la degeneración de la raza, hasta la criminalidad nuclear, la criminalidad organizada o el terrorismo<sup>12</sup>. Con relación a la primero, Binder indica a Wyer y los movimientos vinculados a Erasmo de Rotterdam como los primeros en considerar al “Malleus” (y demás obras de ese estilo), así como la persecución que provocaba, el mejor ejemplo del interés en mantener la superstición y lucrar con ella<sup>13</sup>. Con relación al último eslabón de las “emergencias” (terrorismo), es, precisamente, central en lo que aquí nos ocupa y la propuesta del “derecho penal del enemigo”, sin mayores esfuerzos, puede calificarse como un remozado retorno de su “grosero” discurso legitimante.

## 2. DISCURSOS HISTÓRICOS Y NUEVAS PRESENTACIONES

Según se indicó en nota al pie, hemos con anterioridad abordado estas cuestiones a partir de su facilitación por el avance en materia de tecnologías de la comunicación. En efecto, estimamos que una de las problemáticas clave en materia de nuevas tecnologías de la información, desde la perspectiva del sistema punitivo, es el enfrentamiento entre dos cuestiones vinculadas como la delincuencia informática y el control social. Es con evidencia en este último, en la delimitación de sus alcances compatibles con un Estado de Derecho, donde mayormente se desarrolla la temática que ahora se pretende abordar, en la que sin

<sup>11</sup> Cf. su “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Bs.As., 2005, parágrafos 61/64, pág. 189 y ss.

<sup>12</sup> Ob.cit., págs. 198/199.

<sup>13</sup> Alberto Binder, “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República”, pub. en “Cuadernos de Derecho Penal”, revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, Año 1, N° 1, 2003, Gral. Roca, Río Negro, pág. 20.

soslayar la incidencia de la delincuencia informática sobre la protección de datos, se pretende hacer hincapié en que esta última se ve singularmente conmovida por las pretensiones de injerencia estatal legalizada, ello a partir del imperativo político-criminal de lograr eficacia en la lucha contra el delito en uno de sus exponentes actuales que provoca más grave conmoción, cual es el fenómeno del terrorismo.

En esta dirección, Carolina Morales Deganut indica que si bien es cierto que el origen de éste tipo de ataques es muy antiguo, es posible que la preocupación de la comunidad internacional se haya incrementado últimamente por ser una práctica que no reconoce fronteras y que ha progresado significativamente al calor de las facilidades que brinda la nueva tecnología y la utilización de herramientas propias de un mundo globalizado, ya sea en el plano de las comunicaciones o en el marco financiero, lo que lleva a la necesidad de ampliar la operatividad del principio de universalidad en la aplicación del derecho punitivo en virtud de que no siempre la preparación, ejecución y resultado se producen en un mismo territorio<sup>14</sup>. Esto no significa que se pase por alto la complicada relación entre derecho internacional y derecho interno que, atendiendo al fenómeno ya mencionado, parece imprescindible coordinar y articular adecuadamente a efectos de su aprehensión por el poder punitivo<sup>15</sup>.

Se parte del reconocimiento de una situación de hecho que no admite discusiones en orden a su existencia y que viene signando el proceso de globalización en estos primeros años

---

<sup>14</sup> En su trabajo titulado “*Algunas respuestas del Derecho Penal Internacional al terrorismo*”, ponencia presentada en el IV Encuentro de Profesores de Derecho Penal “Derecho Penal Internacional. Seguridad, Garantías y Exclusión Social”, organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe, 14 al 16 de octubre de 2004. Lo dicho, sin soslayar que hay casos en que la conducta podría provenir del mismo Estado o de otro, en cuyo caso podría habilitarse supuestos de intervención del Tribunal Penal Internacional, con sus naturales limitaciones. Dice, más adelante, Morales Deganut que “...*La conexión estrecha de éste ilícito y la delincuencia transnacional organizada ha sido reconocida en varios instrumentos entre los que cuentan la Resolución 1373 de Naciones Unidas, realizada con motivo de los atentados ocurridos el 11 de septiembre de 2001...*”.

<sup>15</sup> Al respecto, resalta Gustavo D. Franceschetti la posición asumida en forma reciente por nuestro más Alto Tribunal en orden a dicha relación en las causas “Priebke”, “Videla” y “Arancibia Clavel”, particularmente en lo atinente a las garantías de índole penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En su consideración, tal derrotero jurisprudencial, así como la reforma constitucional de 1994, en lo que a relaciones entre derecho internacional y derecho interno respecta, “*permiten afirmar que se ha aceptado la teoría monista; pero surge ahora la discusión acerca de la jerarquía a atribuir a las normas internacionales en relación a las internas...*”. A su vez, en orden a este interrogante concluye, apartándose de la doctrina de tales fallos que, a partir de una interpretación armónica de los arts. 27 y 75, inc. 22 de la C.N., junto a nuestra tradición de poner la vigencia la Carta Magna por encima de todo tratado internacional, “*que no es jurídicamente posible afirmar que un tratado internacional, mucho menos una norma de jus cogens de origen consuetudinario, pueda ser válidamente aplicado en nuestro país en tanto importen una violación de principios constitucionales. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejercer dicho control de constitucionalidad y declarar la nulidad de la cláusula convencional, norma de jus cogens o acto administrativo que en ella se base...*” (cf. su ponencia titulada “*Las garantías de índole penal ¿frente? al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, presentada en el citado IV Encuentro de Profesores de Derecho Penal, Rosario, 2004, la cita corresponde a los puntos I y II).

del siglo XXI, cual es la concreción de una serie de atentados terroristas de gran escala en distintos lugares del planeta a los que, además, según la ubicación o región geográfica en que se perpetraran, se les ha dado, a su vez, desigual consideración. En efecto, entre la última década del siglo pasado y el lustro actualmente en curso se perpetraron hechos de terrorismo en ciudades como Buenos Aires, Nairobi, Jerusalén, Estambul, Karachi, Nueva York, Washington, Tel Aviv, Dar-es-Salaam, Bagdad, Madrid, Londres y, por último, Sharm el-Sheik<sup>16</sup>. Ha sido evidente que las proyecciones globales de los ataques simultáneos el 11 de septiembre de 2001 a las mencionadas ciudades norteamericanas, así como los posteriores a las enumeradas capitales europeas, han tenido una repercusión mucho mayor que los restantes<sup>17</sup>.

Así, refiriéndose a las concernientes a nuestra materia, asiste razón a Ploskenos cuando afirma: “Si bien el 11 de setiembre de 2001 constituye –y constituirá- una fecha clave en lo que se refiere, entre otras cosas, a la redefinición de los conflictos intersubjetivos, es claro que uno de los impactos más importantes fue el maximizar la figura del Estado/Leviatán como centro neurálgico del poder, aumentando sus capacidades de perseguir, reprimir y, eventualmente, punir ideologías, personalidades, razas, aludiendo a un claro derecho penal de autor, y objetivando en tipos penales a supuestas víctimas que no han solicitado ser incluidas como tales. Ya que, tal como lo indica Ferrajoli, en el horizonte de la política ha cambiado nuestra subjetividad de ciudadanos de Occidente. De esta forma el derecho penal se transforma en la *prima ratio*, olvidando el carácter subsidiario y de *última ratio* que le asignan los postulados garantistas”<sup>18</sup>. Con otras palabras, Carlos Julio Lascano señala que la situación

---

<sup>16</sup> El orden recordatorio ha sido tomado parcialmente y actualizado del trabajo del periodista y analista político James Neilson titulado “La guerra santa continúa”, pub. en la revista “Noticias”, ejemplar del 15 de julio de 2005, págs. 24/25.

<sup>17</sup> Sin ir más lejos, a pocos días de los atentados londinenses, los sufridos por la ciudad turística egipcia merecieron una cobertura periodística mucho menor aunque en su dañosidad concreta fueron mayores en cuanto a víctimas fatales (52 en los primeros y de 90 en los segundos, cf. diario “Clarín”, ejemplar del 24 de julio de 2005, pág. 1, y diario “La Razón” del 10/08/06, pág. 2). También debe tenerse en cuenta que los centros turísticos egipcios habían sido objeto de numerosos ataques previos de distinta intensidad. Según enumera el diario “La Nación” (ejemplar del 23 de julio de 2005, pág. 2): el 18/4/96 en las pirámides, el 18/9/97 cerca del Museo del Cairo, el 17/11/97 en Luxor y el 07/10/04 en el Hotel Taba Hilton, cerca de la frontera con Israel. No obstante, queda claro que no se trata de bajo ninguna perspectiva de minorar la gravedad de lo acontecido, ni formular una suerte de ranking de horrores. La magnitud de los ataques del “11/S” queda patentizada en los tres mil muertos producto de los impactos de los aviones en las Torres Gemelas y el Pentágono, mientras que el “11/M” dejó 192 muertos y cerca de 1500 en la estación de Atocha (cf. diario La Razón, ejemplar citado).

<sup>18</sup> En “*La dialéctica amigo-enemigo: algunos comentarios sobre excepción, emergencia y el llamado fenómeno terrorista*”, pub. en el Suplemento de Derecho Penal del portal jurídico “elDial.com” ([www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar)), edición del mes de octubre de 2003, punto 1. Allí recuerda a Baratta, cuando afirmaba que la política de seguridad puede tener dos direcciones opuestas: puede estar orientada al modelo del “derecho a la seguridad” o al modelo de la “seguridad de los derechos”, siendo el primero el dominante en Europa y los Estados Unidos, mientras que el segundo constituye un modelo alternativo legítimo, posible, pero improbable, siendo el que correspondería a una política integral de protección y satisfacción de todos derechos humanos y fundamentales.

internacional posterior al “11-S”, importó el resurgimiento de la “imagen bélica” del derecho penal y su utilización política “que se nos pretende imponer desde la “superpotencia” hegemónica en su cruzada contra el terrorismo”<sup>19</sup>.

Con esto no se está queriendo significar que los hechos apuntados fueran únicas y exclusivas situaciones de emergencia y excepción que llevaran a conmover principios cardinales de un derecho penal democrático con base en el constitucionalismo propio de un Estado de Derecho, ya que no es menos claro que antes y ahora se verifican otras muchas que se enarbolan para justificar el apartamiento del orden punitivo del esquema de garantías (sin ir más lejos, las multiplicadas campañas de “ley y orden” se articulan sobre la sensación de inseguridad generada a partir de hechos delictivos comunes singularmente crueles o socialmente conmocionantes)<sup>20</sup>. No obstante, muchas de las legislaciones y propuestas anti-terroristas lanzadas luego de los actos aludidos, han profundizado severamente el quebrantamiento de garantías individuales en procura del “eficaz” combate de tal fenómeno<sup>21</sup>. La convergencia de todos estos factores generadores de “excepcionalidad” terminan dándole a ésta una extensión que empieza a sugerir una inversión de términos donde la generalidad de la excepción termina transformándola en lo normal, lo común y habitual, mientras que lo que debiera ser esto último (el derecho penal de garantías) pasa a ser lo excepcional.

Ha sido frecuente la filtración de institutos de cuestionable constitucionalidad, incorporados en su momento en leyes especiales bajo la premisa de ser el único modo de lograr algún éxito en la “desigual” lucha contra el crimen grave e incontrolable, hacia la legislación sustantiva y adjetiva común. Un ejemplo clásico, no sólo a nivel local sino de extendida recepción en el derecho comparado, es la legislación especial de estupefacientes,

<sup>19</sup> En su trabajo *“La insostenible “modernización del derecho penal” basada en un “derecho penal para enemigos” (como manifestación de un nuevo derecho penal autoritario)”*, pub. en “Pensamiento Penal del Sur”, N° 1, 2004, FJD Editor, Bs.As., pág. 180.

<sup>20</sup> Interesante síntesis de este problema formula José Daniel Cesano, diciendo que: *“...los medios de comunicación han instalado en nuestra sociedad un mensaje cuya ecuación podemos bosquejar de la siguiente manera: hay un incremento de las formas convencionales de la criminalidad violenta; incremento que hace cundir la inseguridad y que, como respuesta, exige del Estado la construcción de respuestas punitivas “duras”... Esta explosiva combinación entre aumento de la sensación de inseguridad y necesidad de dar respuestas institucionales urgentes y supuestamente efectivas a semejante percepción, está teniendo las preocupaciones político criminales de nuestro tiempo... el derecho penal común está siendo objeto (a partir de estos discursos de emergencia) de permanentes reformas coyunturales que, orientadas a la satisfacción de aquellas inquietudes, provocan una disfunción de los fines del viejo y buen derecho penal liberal...”* (en su trabajo *“El expansionismo penal argentino en los albores del siglo XXI”*, pub. en PPS, N° 1, 2004, págs. 662/664).

<sup>21</sup> Sin perjuicio de lo dicho, es claro que hay numerosísima legislación internacional que se ha preocupado del tema desde mucho antes. En este sentido, recuerda la citada Morales Deganut una serie de instrumentos de derecho internacional que operan como marco normativo básico en la cuestión del terrorismo, siendo en nuestro margen uno de los más recientes la Convención Interamericana contra el Terrorismo de Bridgetown, Barbados, 3/6/02 (cf. trabajo citado, al que para no fatigar me remito en orden al detalle de los numerosos instrumentos). Puede agregarse como de interés la “Convención internacional contra la toma de rehenes”, ratif. por Ley 23.956 (B.O. del 7/8/91).

que introduce para la persecución del narcotráfico las figuras del testigo protegido, el arrepentido, el agente encubierto y la confabulación<sup>22</sup>, entre otras. Esta opera como “puerta de entrada” y luego sólo queda ver como, por “efecto derrame”, estos institutos de matriz inquisitorial empiezan a ser extendidos a otros ámbitos de conflicto.

La afirmada “vocación expansiva” de estos institutos no es un aventurado ejercicio de anticipación sino un dato que provee la realidad. Sin ir más lejos, en el año 2000 la ley 25.241<sup>23</sup>, que vino a definir los hechos de terrorismo para el derecho argentino, consagró una escala penal reducida para el “imputado que colabore eficazmente con la investigación”<sup>24</sup>, a la vez que introdujo un nuevo tipo penal por el que se impone pena de prisión de uno a tres años para quienes, habiéndose acogido al beneficio anterior, “formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos sobre terceras personas” (art. 6). Poco después, en 2003, a resultas de un lamentable hecho de gran trascendencia pública, un secuestro extorsivo seguido de muerte, por ley 25742<sup>25</sup> se modificó el art. 170 del C.P. estableciendo numerosas circunstancias agravantes, elevando la escala penal y, también, por otro lado, favoreciendo el “arrepentimiento” en los siguientes términos: “La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esfuerza de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad”.

De tal suerte, se impone insistir en que no parece existir margen de discusión cuando Zaffaroni anuncia que, cuando parecía luego de la Segunda Guerra Mundial que la modernidad había consagrado principios con general consenso en la cultura europea y americana, cuando las disputas entre penalistas giraban por regla general sobre la mejor realización del derecho penal de garantías y se dedicaban oraciones fúnebres al derecho penal autoritario, en la última década del siglo pasado y los primeros años del actual se verificó que

<sup>22</sup> Al decir de Enrique U. García Vitor y Cecilia A. Goyeneche, una irracionalidad político-criminal que compromete seriamente el perfil ético que debe rodear toda investigación criminal en un Estado de Derecho (en su obra *“Régimen legal de los Estupefacientes. Política criminal y dogmática. Parte I”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pág. 37).

<sup>23</sup> Pub. en el B.O. del 17/03/00.

<sup>24</sup> En el art. 2, que dice: “En los supuestos establecidos en el artículo anterior, podrá excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad, al imputado que, antes del dictado de sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación. Para obtener el beneficio se deberá brindar información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la perpetración de otro, o que ayude a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, o suministre datos de manifiesta utilidad para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentre involucrado el beneficiario sea más leve que aquél respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración”. A su vez, el art. 3 indica que: “En los mismos supuestos podrá aplicarse el mínimo legal de la especie de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, determinando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces”.

<sup>25</sup> Pub. en el B.O. del 20/6/03.

el autoritarismo penal goza de muy buena salud y de increíble vigor, produciéndose la planetarización del discurso de publicidad del sistema penal de las administraciones republicanas en los Estados Unidos, a través de los medios masivos de comunicación<sup>26</sup>. Creemos, justamente, que ese “discurso único del autoritarismo publicitario cool” ha encontrado grandes facilidades para su difusión bajo la premisa de que se trata de la única forma de enfrentar a la actividad terrorista que es, para el momento, el “enemigo” de turno<sup>27</sup>.

Previo a ocuparnos de la renovada discusión sobre el enemigo en el derecho penal que provocó la mencionada distinción entre un derecho penal para ciudadanos y uno para enemigos, propuesta y descripta por Jakobs, pasamos a la consideración de las nuevas tecnologías de la comunicación como medio de incrementar el control social ya que, reiteramos, se advierte que gran parte del reciente arsenal legislativo “contra el enemigo”, ha canalizado en medidas que utilizando aquéllas ha recaído sobre todos los “ciudadanos” que, a su vez, por natural derivación, lucen ciertamente “devaluados”. En este sentido, es evidente que cuando se admite un trato diferencial para enemigos que no pueden individualizarse o identificarse físicamente, sólo traduce en que tras la tarea de tratar de hacerlo se implemente un sistema de control más autoritario como único modo de lograrlo, con lo que las limitaciones al ámbito de libertad se les imponen a todos y son todos los que corren también con el riesgo del error y la eventual condena al inocente<sup>28</sup>.

### 3. HACIA UN NUEVO MODELO DE PANÓPTICO

Desde que por el año 1944 el profesor húngaro de la Universidad de Princeton, John Von Neumann, lanzara su idea de un ordenador con programas internos, el desarrollo informático ha pasado por al menos cinco etapas signadas por alguna innovación tecnológica, siendo común hablar de “generaciones”<sup>29</sup>. Con el nuevo milenio, para muchos, se estaría

<sup>26</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, en su “Presentación” a la revista “Pensamiento Penal del Sur”, N° 1, 2004, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs.As., págs. 15/16.

<sup>27</sup> Esta premisa, naturalmente, es instalada por la hegemónica utilización de los medios masivos de comunicación, generándose una legislación penal que, como dice Zaffaroni, “*responde hoy al miedo, pero no a amenazas reales, son al miedo de los políticos a la crítica de los medios, que —como todo autoritarismo— reconocen como principal y único enemigo permanente a quien tenga la osadía de enfrentar su discurso publicitario y desprestigiar el producto que ofrecen en el mercado: el castigo y la violencia, aún contra inocentes*” (ob.cit., pág. 16).

<sup>28</sup> Con esta última inteligencia se expide Zaffaroni en su obra “*El enemigo...*”, pág. 116.

<sup>29</sup> En los cuarenta, la primera con las “válvulas”; a fines de los cincuenta y comienzos de los sesenta, la segunda con los “transistores”; en 1964 comienza la tercera con la aparición del “circuito integrado”; diez años después la cuarta con el surgimiento del “microprocesador” y, a comienzos de los ochenta, la quinta, con el desarrollo de la interconectividad o intercomunicabilidad, que es la que lleva a vivir esa situación global que suele definirse sintéticamente como “computer dependency”.

comenzando a transitar una sexta etapa, que estaría signada por los avances en materia de “inteligencia artificial”.

Recordando la opinión de Stefano Rodotá, señala Lorenzetti que el surgimiento de la era digital ha suscitado la necesidad de repensar importantes aspectos relativos a la organización social, la democracia, la tecnología, la privacidad, la libertad y que, en muchos casos, se observa que la aproximación a tales problemas carece de la profundidad y complejidad teórica que estos presentan, verificándose una cantidad significativa de opiniones acríicas, de corte entusiasta, más propias de traslucir su admiración seducidas por la novedad, brindándose así una visión ingenuamente feliz sobre el mundo informático<sup>30</sup>.

Al decir de Rodotá, el problema de las relaciones entre las nuevas tecnologías y la democracia ofrece, por un lado, una visión utópica positiva (la imagen de la plaza electrónica, nueva ágora; la realización de la democracia directa, la plena participación de los ciudadanos en las decisiones públicas), pero también una negativa (la imagen del gran hermano orwelliano, del Estado Panóptico, el sistema de vigilancia total). Ello lleva a que plantee el interrogante frente a la imagen bifronte de la tecnología, cual Dios Jano, si estamos frente a tecnologías de la libertad o tecnologías del control<sup>31</sup>. En otras palabras, “¿Se encuentra tal vez al alcance de nuestra mano el ideal mil veces perseguido de la democracia directa? ¿Está por materializarse dramáticamente la sociedad de la vigilancia total? ¿O tendremos que acostumbrarnos a una convivencia singular: la de un Orwell que reside en Atenas?”<sup>32</sup>.

En este orden de ideas, indica Lorenzetti con acierto que desde hace mucho la literatura y la filosofía anticiparon sus observaciones a la ingenua representación de un mundo tecnológicamente desarrollado y democrático, alertando sus enormes riesgos en materia de concentración y control social, pasándose por alto en la actualidad la tendencia verificada en Internet hacia la creación de grandes grupos que establecen alianzas que terminan guiando al “navegante” por caminos señalizados según conveniencias predeterminadas<sup>33</sup>. No menos relevante resulta el impacto sobre los excluidos tecnológicos, es decir, los que no están conectados<sup>34</sup>. Podría agregarse ciertamente el impacto sobre aquellos que estando conectados, lo hacen en condiciones de relativa inferioridad al ser participados de contenidos generados

<sup>30</sup> Lorenzetti, Ricardo L.: “Comercio electrónico”, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2001, págs. 9/10.

<sup>31</sup> Stefano Rodotá, “Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación”, ed. Losada, Bs.As., 2000, págs. 43/44. En la nota al pie N° 2, indica la referencia a dos libros donde se abordaron muchos de los argumentos que trata en su propia obra. Se trata de “Technologies of freedom” de I. de Sola Pool y “Technologies of control” de K.G. Wilson.

<sup>32</sup> Rodotá, ob.cit., pág. 7.

<sup>33</sup> Ob.cit., pág. 10.

<sup>34</sup> Ob.cit., pág. 12.

desde otros ámbitos culturales (que buscan instalar su modelo, incentivan una estandarización de conductas, utilizan publicidad inductiva, etc.), y sin suficiente capacidad para producir los propios o criticar los ajenos<sup>35</sup>. En este último sentido, se destaca el empobrecimiento del lenguaje (basta con ver los reducidos textos de los mails y los simplificados diseños y textos de las páginas web), la pérdida de contacto social y el consiguiente aislamiento. Recordando el término de Anne Branscomb y correlacionándolo con Huxley, dice Lorenzetti que el moderno “netcitizen” es un “navegante feliz” porque en este mundo nadie es consciente del control social y los sujetos toman decisiones inducidas por otros, pero creyendo firmemente que son propias, contexto en el que la pérdida de libertad y vulnerabilidad naturalmente se incrementan<sup>36</sup>.

La idea de que no sólo es importante la conectividad, o mejor dicho, que la conectividad por sí sola no soluciona el problema de la brecha digital, sino que también son centrales los contenidos, luce como insoslayable frente a iniciativas que, aún con las mejores intenciones, pudieran no eludir este problema. Así, por ejemplo, el proyecto impulsado por Nicholas Negroponte, el gurú informático del MIT desde enero de 2005, desarrollando una laptop que cueste cien dólares y que prácticamente sea autosuficiente energéticamente, permitiría superar el obstáculo del acceso a la tecnología, favorecería la llegada a la conectividad, pero debiera ir acompañado de otras iniciativas que garanticen la pluralidad cultural, evitando el monopolio sobre los contenidos. El prototipo construido en Taiwán ya está siendo probado en el Departamento de Computación de la UBA y tiene el visto bueno del Ministerio de Educación de Argentina, que se comprometió a comprar un millón de estos equipos para las escuelas del todo el país (lo que recuerda la necesidad de capacitar a los docentes). Si bien se ha señalado que la máquina es un poco lenta, tiene como virtud que no gasta casi nada, su procesador no se recalienta y funciona con sólo un watt de energía que se genera mediante un sistema de

---

<sup>35</sup> Ccte.: Zygmunt Bauman, quien dice: “La tan elogiada “interactividad” de los nuevos medios es una exageración grosera; sería más correcto hablar de “un medio interactivo unidireccional”. No importa lo que crean los académicos, que son miembros de la nueva elite global: la Internet y la Red no son para todos, y difícilmente serán algún día de uso universal. Los que obtienen acceso deben realizar su elección dentro del marco fijado por los proveedores, que son los que invitan a “gastar tiempo y dinero en la elección entre los muchos paquetes que ofrecen”. En cuanto al resto, relegado a la red de televisión satelital o por cable, sin la menor pretensión de simetría entre ambas caras de la pantalla, su destino es la observación lisa y llana. ¿Y qué observan?. Los más miran a los menos. Los menos, objetos de las miradas, son los famosos. Pertenecen al mundo de la política, el deporte, la ciencia o el espectáculo, o son célebres especialistas en información...” (en su obra “La globalización. Consecuencias humanas”, Fondo de Cultura Económica, Serie Sociología, Bs. As., 2005 (1º reimpresión), págs. 71/73).

<sup>36</sup> Ob. cit., págs. 23/24.

pedaleo o maniobrando una manivela, de la que un niño podría sin esfuerzo obtener más de diez watts<sup>37</sup>.

Así, es interesante ver cómo se ha ido pasando sucesivamente de la original idea del panóptico como modelo de estructura carcelaria de Bentham, a la fábrica panóptica con el desarrollo de la gestión científica de Taylor (el “taylorismo”<sup>38</sup>) y, finalmente, modernas tecnologías mediante, a la configuración de un “Estado Panóptico”, según la visión del profesor de Ciencias Políticas de la York University de Toronto, Reg Whitaker. Destaca que en el interior de un Estado administrativamente eficiente, el poder panóptico puede reproducirse en varios lugares para observar distintas categorías de personas (las escuelas preparan para la disciplina de la oficina o del lugar de trabajo; los centros laborales, las empresas, disciplinan a sus empleados; para los desempleados o los jubilados, el Estado mantiene los sistemas de vigilancia e información mediante los programas de seguridad social, etc.). El principio fundamental del panóptico sigue funcionando: “el inspector, ahora convertido en burócrata, controla a los prisioneros, ahora la sociedad, totalmente transparente a su mirada vigilante. Pero, de nuevo esta transparencia es monodireccional, ya que el Estado se mantiene celosamente escondido gracias al secreto administrativo... La diferencia entre el estado panóptico y el panóptico de Bentham sólo remite a distintos grados de complejidad: la sociedad es mucho más amplia y un fenómeno infinitamente más complicado que una cárcel, así como más escurridizo al saber y, en consecuencia, al control”<sup>39</sup>.

La relación entre la “opacidad” del controlador y la “transparencia” de los controlados como componente inherente a la organización de las modernas burocracias y su conexión con el modelo panóptico ha sido expuesta por el sociólogo polaco Zygmunt Bauman, en los siguientes términos: “En su fecundo estudio sobre el “fenómeno burocrático”, Michel Crozier ha mostrado la íntima conexión existente entre la escala de certidumbre/incertidumbre y la jerarquía del poder. El autor dice que, en cualquier colectividad estructurada (organizada), la

<sup>37</sup> Fuente: nota periodística titulada “*Laptop de Negroponte. No es un Mercedes pero por cien dólares está bastante bien*”, pub. en diario “Perfil”, sección “Tecnología”, edición del 16/07/06. Se individualiza como países comprometidos al apoyo del proyecto, además de Argentina, a Brasil, Egipto, India, China, Nigeria y Tailandia.

<sup>38</sup> Su esencia se basa en el principio de la división del trabajo elaborado por Adam Smith para organizar de un modo efectivo la producción en todos los procesos laborales de los trabajadores. Conforme Taylor, todo trabajo puede descomponerse en distintos movimientos y se podría alcanzar una mayor eficacia mediante un análisis científico de tales movimientos que nos indicase el “mejor modo” de llevar a cabo cada trabajo. En este esquema, el carcelero o el inspector van a ser reemplazados por el experto en eficacia, pero los resultados son similares: una mirada ininterrumpida y vigilante que controla a todos los sujetos, donde el observador lo sabe todo pero se mantiene incognoscible para los vigilados. Como destaca Whitaker, el modelo ha sido más conceptual que real, básicamente por la resistencia de los trabajadores a ser simplemente aceleradores del trabajo mecanizado (cf. su obra “*El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*”, Paidós Comunicación, Colección Debates, N° 109, Barcelona, España, 1999, págs. 53/54).

<sup>39</sup> Ob.cit., págs. 58/59.

posición dominante corresponde a las unidades cuyas situaciones son opacas, y sus acciones, impenetrables para los de afuera –aunque transparentes para ellos–, libres de brumas y a prueba de imprevistos. En el mundo de las burocracias modernas, la estrategia de todo sector existente o aspirante consiste, invariable y consecuentemente, en tratar de tener las manos libres y aplicar presión para imponer reglas estrictas y rígidas sobre todos los demás miembros de la organización. El sector que gana la mayor influencia es el que consigue hacer de su propia conducta una incógnita variable en las ecuaciones elaboradas por los otros sectores para hacer sus cálculos, a la vez que logra hacer de la conducta ajena un factor constante, regular y previsible... El modelo panóptico del poder moderno de Michel Foucault se basa en un postulado muy similar. El factor decisivo del poder que ejercen los supervisores ocultos en la torre central del Panóptico sobre los presos encerrados en las alas del edificio con forma de estrella es la combinación de la plena y constante visibilidad de los presos con la total y perpetua invisibilidad de los supervisores. El preso nunca sabe con certeza si los supervisores están observándolo... y por lo tanto debe actuar en todo momento como si estuviera bajo vigilancia. Supervisores y supervisados (sean presos, obreros, soldados, alumnos, pacientes o lo que fuere) residen en “el mismo” espacio, pero se encuentran en situaciones diametralmente opuestas. Nada obstruye las líneas visuales del primer grupo, en tanto que el segundo se ve forzado a actuar en un territorio brumoso y opaco”<sup>40</sup>.

Se puede decir que, a partir de las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías de la comunicación, centralmente con el desarrollo del poder informático para el procesamiento de datos, nos enfrentamos ahora a un “nuevo panóptico” pero que, como refiere Whitaker, difiere del antiguo en dos aspectos fundamentales: está descentralizado y es consensual<sup>41</sup>. Antes de

<sup>40</sup> Zygmunt Bauman, ya citado, págs. 47/48.

<sup>41</sup> Sobre esta última nota de consensualidad puede citarse concordante la opinión de Mark Poster, según cita Bauman, en cuanto sostiene el primero que el almacenamiento de enormes cantidades de datos, que aumentan con cada uso de una tarjeta de crédito y prácticamente con cada compra, conducen a un “superpanóptico”, pero con una diferencia respecto del Panóptico: al proporcionar datos para su almacenamiento, el vigilado se convierte en un factor importante y *complaciente* de la vigilancia (ob.cit., pág. 68). También debe coincidirse, ahora con Bauman, en que si el punto se ciñera a la significación aislada del almacenamiento de datos “...la aparente similitud entre el Panóptico de Foucault y las bases de datos contemporáneas parece bastante superficial”. Ello así ya que “El propósito principal de aquél era inculcar la disciplina e imponer patrones uniformes de conducta a los internos; el Panóptico era, ante todo, un arma contra la diferencia, la elección y la variedad. No es ése el blanco asignado a la base de datos y sus usos potenciales. Al contrario, sus principales promotores y usuarios son las compañías de crédito y marketing, cuyo objetivo es asegurarse de que los archivos confirmen la “credibilidad” de las personas registradas: su fiabilidad como clientes que eligen, y que aquellos que no pueden elegir sean separados antes de que se produzca el daño y se derrochen recursos; en verdad, ser incluido en las bases de datos es la primera condición para acceder al crédito y a “todo lo que vale la pena”... La función principal del Panóptico era asegurarse de que nadie pudiera escapar del espacio rigurosamente vigilado; la de la base de datos es que ningún intruso pueda ingresar con información falsa y sin las credenciales adecuadas” (ídem., pág. 69). Como se verá en el texto principal, la postulación comparativa

pasar al desarrollo de estas dos notas destacadas, conviene llamar la atención sobre el medio inicialmente referido, que llega incluso a dar lugar a su propio espacio, el “ciberespacio”, con características que le son propias, entre las que menciona Lorenzetti el ser autónomo (funciona según las reglas de un sistema autorreferente), posorgánico (está formado por bits), desterritorializado (no está fijo sino que es puro movimiento y maleabilidad, no es localizable por el tacto), descentralizado (no hay relación centro-periferia, no conoce órdenes ni jerarquías, no hay autoridad central), anónimo y despersonalizado (un no-lugar al que el ingresante accede sin que interese su historia individual y donde prolifera el simulacro de identidades), globalizado (su transnacionalidad y atemporalidad hacen que parezca indiferente a la historia y el futuro)<sup>42</sup>.

Ello permite captar mejor la primera característica del nuevo panóptico mencionada por Whitaker, ya que la descentralización aparece como paradójica porque en el mismo corazón de la idea de Bentham residía un poder rigurosamente centralizado, pero esa concepción es hoy tecnológicamente obsoleta<sup>43</sup>. Como refiere el citado, Bentham necesitaba de la estructura

---

analogía se sustenta en una serie de factores de los que el procesamiento de datos es uno más, que unido a los restantes, permite adicionar notas de equiparación de mayor significación.

<sup>42</sup> En su obra “Comercio electrónico”, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2001, págs. 13/14. Rodotá, citando a L. Brown, relata que la era digital hasta tiene sus propios siete pecados capitales: 1) desigualdad; 2) explotación comercial y abusos informáticos; 3) riesgos para la privacidad; 4) desintegración de las comunidades; 5) plebiscitos instantáneos y disolución de la democracia; 6) tiranía de quienes controlan los accesos; 7) pérdida de valor del servicio público y de la responsabilidad social. Al respecto, se pregunta “¿Será posible liberarse de ellos y recorrer, si no lo senda de la virtud, al menos la de un uso razonado y colectivo de los instrumentos informativos y comunicacionales que abruman cada vez más nuestros días?” (en “Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación”, Losada, Bs.As., 2000, pág. 50).

<sup>43</sup> No obstante, siguen presentándose en nuestros tiempos versiones actualizadas con incorporación de modernas tecnologías, que se ofrecen como el “sueño” incumplido de Bentham. El ejemplo más claro lo brinda Bauman con la referencia al penal de californiano de Pelican Bay. Esta unidad penitenciaria es citada como la “tecnología de punta” en la materia. Está totalmente automatizada y diseñada de manera tal que los presos no tienen casi ningún contacto cara a cara entre ellos o con los guardias. Los presos pasan casi todo el día en celdas sin ventanas hechas de bloques de hormigón y acero inoxidable, no trabajan en talleres ni tienen recreaciones, no tienen contacto entre sí. A su vez, los guardias están encerrados en garitas de control de vidrio, se comunican con los presos por medio de parlantes y rara vez aparecen frente a ellos. Su única labor es asegurarse que los internos permanezcan en sus celdas en un estado de ceguera e invisibilidad, incomunicados (Bauman, ob.cit., pág. 141, donde finaliza diciendo que “Si no fuera que comen y defecan, uno confundiría sus celdas con ataúdes”).

Como indica el nombrado, la impresión sobre esta “evolución” del panóptico, modernas tecnologías mediante, es sólo superficial. Para fundar la afirmación, recuerda Bauman que “El control panóptico cumplía una función importante; sus instituciones eran concebidas ante todo como casas correccionales. Su propósito aparente era retirar al preso del camino de la perdición moral que había tomado por propia voluntad o al que se había visto arrojado sin culpa suya; inculcarle hábitos que le permitieran volver al redil de la “sociedad normal”... cualesquiera que fuesen sus otros objetivos inmediatos, las casas de encierro panópticas eran ante todo fábricas de trabajo disciplinado... Cualquiera que fuese su propósito declarado a largo plazo, la mayoría de los panópticos eran instituciones de trabajos forzados... Vista desde esta perspectiva, parece poco convincente la idea de la prisión de Pelican Bay como continuación de los correccionales de la era industrial temprana, cuyas experiencias, ambiciones y problemas no resueltos quedaron reflejados en el proyecto del Panóptico. Entre los muros de Pelican Bay no se lleva a cabo trabajo productivo alguno. Tampoco existe capacitación laboral: nada en el diseño de la prisión la prepara para semejante actividad. Para los condenados, Pelican Bay no es una escuela de nada, ni siquiera de disciplina formal. El objetivo del Panóptico, el propósito final de la vigilancia constante, era asegurarse de que el preso realizara ciertos movimientos, adhiriese a una rutina, hiciese

arquitectónica propuesta porque no disponía de ninguna tecnología de vigilancia fuera del ojo humano al desnudo, por lo que requería un elaborado artificio para engañar a los prisioneros y hacerles creer en la omniscencia del inspector. Claro que hoy, progreso tecnológico mediante, aquella es real y no ficticia, al tiempo que sustituye al inspector por una multitud de ellos<sup>44</sup> que pueden actuar tanto al unísono como competitivamente: “Las nuevas tecnologías hacen a los individuos “visibles” de un modo que Bentham no podría haber concebido, pero tal visibilidad está expuesta a una multitud de miradas desde direcciones muy diferentes, y en busca de cosas distintas... el primer desempleado de esta era es el inspector/Gran Hermano. El Centro de Mando y el Control o el Ojo Único ya no son necesarios... puede conseguirse el mismo efecto mediante una multitud dispersa, incluso competitiva, de ojos que, en su totalidad, forman un sistema de vigilancia más dominante y penetrante que el de Orwell”. En orden a la segunda característica, concluye que “La fuerza de este nuevo panóptico reside en la participación voluntaria de la gente gracias a los beneficios y ventajas que puede apreciar, con lo cual es menos propensa a percibir los inconvenientes y las amenazas...”<sup>45</sup>. Evitando una innecesaria extensión sobre el punto, ejemplos como los de las tarjetas de salud inteligentes (suerte de historias clínicas informatizadas portátiles), las tarjetas de cajeros automáticos, los sistemas de telepeajes, etc., resultan útiles para percibir cristalina el potencial de información hoy disponible en manos públicas y también privadas.

El mayor grado de control social es uno de esos problemas que adopta formas que lo hacen más cercano de lo habitualmente percibido. Es claro, como enseña el profesor canadiense, que el ojo electrónico se ha transformado, haciéndose más penetrante, dominante

---

*determinadas cosas. Pero lo que hacen los presos de Pelican Bay dentro de sus celdas no tiene importancia. Lo que sí importa es que permanezcan allí. No fue diseñada como fábrica de disciplina ni de trabajo disciplinado, sino de marginación y de personas habituadas a su estado de marginados; la característica del marginado en la era de la compresión espacio-temporal es la inmovilidad. La cárcel de Pelican Bay se aproxima al ideal de la perfección en materia de inmovilización” (ob.cit., págs. 142/147).*

<sup>44</sup> Sobre este aspecto, arroja mayor luz Bauman con su referencia a la crítica de Mathiesen a Foucault. En efecto, señala lo siguiente: “Según la frase memorable de Mathiesen, la introducción del poder panóptico significó la transición fundamental de una situación en la que los más vigilan a los menos a otra donde los menos vigilan a los más. En el ejercicio del poder, la vigilancia reemplazó al espectáculo. En épocas premodernas, el poder para imponerse al populus permitía que éste contemplara, sobrecogido de admiración y miedo, su pompa, riqueza y esplendor. En cambio, el nuevo poder moderno prefería permanecer en la sombra, observar a sus súbditos sin dejarse observar por éstos. Mathiesen critica a Foucault por no prestar atención al proceso moderno paralelo: el desarrollo de nuevas técnicas del poder que consisten –por el contrario– en que muchos (tantos como jamás en la historia) observan a unos pocos. Desde luego, se refiere al auge de los medios de comunicación de masas, sobre todo la televisión, que conduce a la creación, junto al Panóptico, de otro mecanismo de poder para el cual acuña otro nombre feliz: el Sinóptico... El Sinóptico es global por naturaleza; el acto de vigilar libera a los vigilantes de su localidad, los transporta siquiera espiritualmente al ciberespacio, donde la distancia no importa, aunque sus cuerpos permanezcan en lugar... El Panóptico obligaba a la gente a ocupar un lugar donde se la pudiera vigilar. El Sinóptico no necesita aplicar la coerción: seduce a las personas para que se conviertan en observadores” (ob.cit., págs. 70/71).

<sup>45</sup> Ob.cit., págs. 172/173.

y ubicuo, lo que patentiza, por ejemplo, en el creciente uso de cámaras de video teledirigidas por ordenadores para vigilar espacios públicos, oficinas, tiendas o bancos<sup>46</sup>. A su vez, la creciente sensación de inseguridad fogueada intensamente por las campañas de “ley y orden” a través de los medios de comunicación masiva, alientan como nunca el “cambio libertad por seguridad” denunciado tiempo atrás por Hassemer.

Volviendo a la conexión de lo expuesto con la problemática surgida a partir de los sucesivos hechos terroristas referidos al comienzo, no puede soslayarse que como consecuencia de los recientes ataques en Londres, el gobierno francés anunció que aumentará el número de cámaras de video de seguridad y que reforzará los controles sobre teléfonos celulares para evitar similares atentados<sup>47</sup>. Un dato interesante es la favorable repercusión de los ataques en la industria de la “seguridad”, cuyas acciones en la bolsa han subido significativamente (por ej., Isonics Corp., fabricante de equipos de detección de bombas, subió el valor de sus acciones de u\$s 1,82 a u\$s 3,14 en tres meses), sin que esta expansión se traduzca necesariamente en que las mayores medidas de “seguridad” traduzcan en efectividad: al momento de los atentados los parisinos eran “vigilados” por unas veinte mil (20.000) cámaras de circuito cerrado (330 en monitoreo policial y el resto privadas), mientras que los londinenses tenían instaladas medio millón (500.000), es decir, una cámara por cada catorce (14) personas, lo que lleva a que puedan ser filmados hasta trescientas (300) veces por día, siendo Inglaterra el país más vigilado del mundo según la ONG de derechos humanos “Liberty”<sup>48</sup>.

#### **4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”**

Conforme se advierte de la serie de ejemplos que se han ido exponiendo, es claro que pasamos por un momento en que, con singular énfasis, determinados sectores promueven una mayor intromisión estatal en el ámbito de intimidad para ser eficaz en la prevención o represión del delito, lo que deriva en un relajamiento de las garantías individuales. Suele justificarse con el recurso de la excepcionalidad para delitos de suma gravedad, cuya

---

<sup>46</sup> Ob.cit., pág. 103. Allí destaca, además, que la tecnología de reconocimiento facial y la digitalización de la información, conectada a una base central de datos, ofrecen la perspectiva de un desplazamiento: desde los propósitos defensivos o de seguridad pasiva (en los que hasta ahora se usó básicamente esa tecnología), hasta una nueva era de identificación activa y de localización de individuos. Una idea sobre el funcionamiento de este en un futuro no demasiado lejano se puede apreciar en una reciente película de Steven Spielberg, “Minority Report” (Sentencia Previa), donde el personaje principal (interpretado por Tom Cruise) es perseguido por toda la ciudad a partir de las cámaras de reconocimiento ocular y facial. También se observa un anticipo del “marketing” del futuro, ya que en un shopping, esa misma tecnología hace que la publicidad se le ofrezca en ese medio de tránsito público en forma personalizada.

<sup>47</sup> Fuente: diario “La Nación”, ejemplar del 23/07/05, pág. 3.

<sup>48</sup> Fuente: diario “Clarín”, suplemento económico del 28/8/05, pág. 8, nota “Seguridad, un mercado en alza”.

manifestación extrema sería hoy el terrorismo. Se trata, en definitiva, de una renovada expresión del llamado “derecho penal y procesal penal del enemigo” que, como ilustra Portilla Contreras, es una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del “enemigo”, en una legislación de guerra, justifica e intenta legitimar la estructura de un derecho penal y procesal penal sin garantías. En su consideración, es una dirección seguida por diversos autores (uno de los principales, Jakobs), que interpretan el derecho penal material y formal según la óptica del estructuralismo funcional de Luhmann, conforme lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado<sup>49</sup>.

En esta acotada intervención no podemos pasar de una muy simplificada formulación del problema, es decir, no tenemos oportunidad de ingresar en una discusión más profunda sobre la exposición del pensamiento de Jakobs, que seguidamente se esquematizara en sus líneas más básicas y recordaremos dos de las críticas principales que se le han formulado: una interna, desde la propia visión funcionalista jakobsiana, que es la que le hace Cancio Meliá, y otra desde la visión conflictivista del funcionalismo reduccionista o contenedor de Zaffaroni. Sin perjuicio de ello, nos interesa resaltar —como lo hacen Prittwitz y Zaffaroni— que por encima de las críticas y teniendo en claro que no se trata de una cuestión novedosa, tal vez el mayor aporte de la crudeza y sinceridad del discurso de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo, haya sido que operó como disparador para darle a la discusión una inusual intensidad.

Jakobs desarrolla su tesis en sucesivos trabajos en un período temporal que va desde 1985 hasta 2003. En la anunciada simplificación de trazo grueso que aquí ofrecemos, puede decirse que el profesor alemán afirma que para no privar al derecho penal de los ciudadanos de las cualidades que le son propias en un estado de derecho, hay que llamar distinto a lo que hay que hacer contra los terroristas sino se quiere sucumbir, hay que llamarlo “derecho penal del enemigo”, guerra refrenada. En el primer trabajo, en forma descriptiva, señala que las modernas soluciones con las que se suplanta las tradicionales respuestas penales y procesales, se articulan sobre la noción de un derecho penal del enemigo como una categoría del derecho que considera enemigo a todo aquel que ha huido de modo duradero del derecho, frente a quien la sociedad reacciona, hasta el extremo de contraponer un “derecho penal para ciudadanos” y un “derecho penal para enemigos”. El primero se sujeta a un proceso penal

---

<sup>49</sup> Guillermo Portilla Contreras, en su trabajo *“El Derecho penal y procesal penal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”*, material de estudio facilitado por el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén en el marco del “Master de Derecho Penal” de la Universidad de Salamanca (2000/2002), módulo XIX.

garantístico, en tanto el segundo Jakobs lo resume en estas directrices: un adelantamiento de la punición equivalente al status de un hecho consumado sin que suponga, por tanto, una reducción de pena, y la transición de un derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales, descartándose otras alternativas ya que se trata de una guerra. En ese modelo, la función del derecho penal actual consistirá en separar el derecho penal del enemigo del de los ciudadanos, distinguiendo en la valoración entre las acciones de las “personas” y las de las “no personas (enemigos)”<sup>50</sup>.

En el segundo trabajo de Jakobs referido, el de 1999<sup>51</sup>, que es un comentario a la ponencia de Hassemer titulada “La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente”, puede afirmarse sin temor a equívoco que la presentación es de una crudeza extrema. De hecho, aún cuando no fuera la intención del distinguido profesor, termina adelantando explícitamente la fundamentación esgrimida luego por Estados Unidos para justificar su intervención en Irak, vale decir, la teoría de la legítima defensa anticipada o defensa frente a agresiones futuras<sup>52</sup>.

Haciéndose eco de las críticas generadas por la sinceridad de la descripción de este segundo trabajo, en obra posterior Jakobs realiza una serie de aclaraciones, de precisiones, introduce matices que, sin modificar lo anterior, han permitido una mejor comprensión de su posición. Esto lo refleja Zaffaroni cuando, refiriéndose a este debate, señala que no siempre se le ha reconocido a la construcción del profesor alemán el carácter de “táctica de contención”, aunque se la considere errada<sup>53</sup>. Volviendo a las palabras de Jakobs, este señala: “Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aún en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio —Derecho penal del ciudadano— se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros —Derecho penal del enemigo—, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el

<sup>50</sup> Trabajo citado, pág. 8. Vale la pena apuntar que en el medio argentino puede accederse al referenciado trabajo de Jakobs del año 1985, ya que integra la obra recopilatoria que bajo el título de “*Fundamentos del Derecho Penal*” publicó Ad-Hoc, Bs.As., noviembre de 1996. Se trata del Cap. IV “*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*” (trad. de Enrique Peñaranda Ramos), págs. 179/240. La legitimación del derecho penal de enemigos como un derecho penal de emergencia a regir excepcionalmente, con la expresa sugerencia de ser apartado o separado en su presentación externa del “*Derecho Penal de ciudadanos*” para evitar que se infiltre en este último o lo contamine por vía de una interpretación sistemática o por analogía, se desarrolla particularmente en el punto III “Derecho penal del ciudadano versus derecho penal del enemigo”, págs. 237/238.

<sup>51</sup> Tiene versión española coordinada por Francisco Muñoz Conde, AAVV “*La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*” (versión alemana coordinada por Eser, Hassemer y Burkhardt), tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 53/64.

<sup>52</sup> Ob.cit., pág. 58.

<sup>53</sup> Cf. “*El enemigo en el derecho penal*”, Ediar, Bs.As., 2006, pág. 153.

proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. Por consiguiente no se trata de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”<sup>54</sup>, agregando luego que “...la denominación “Derecho penal del enemigo” no en todo caso pretende ser peyorativa... un Derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva”<sup>55</sup>.

Su táctica de contención, calificada de “estática” por Zaffaroni, su voluntad de preservar en lo posible en el Estado de Derecho, queda manifiesta cuando concluye que “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”<sup>56</sup>. Por su parte, el profesor argentino (que parte de una visión conflictivista entre estado de derecho y estado de policía, de una relación dialéctica de contención del poder punitivo por el estado de derecho, de colocar vallas a las continuas pulsiones que por perforarlo formula el estado de policía), señala que el planteamiento es coherente desde una visión totalmente estática de la realidad, pero no se percata de que la realidad es dinámica y de que en el poder todo fluye (dice que entre Parménides y Heráclito, Jakobs se decide por el primero y hace una mala evaluación de la eficacia contentora de su propuesta). En efecto, dice el catedrático de la UBA, desde una visión estática del poder (desde una fotografía), es posible pensar que si se concede al derecho penal del enemigo un espacio limitado, o sea, si se entrega un grupo de personas al poder conforme al modelo del estado de policía y en forma limitada, las pulsiones de este modelo cesarán. Esto no es lo que sucede en la realidad dinámica del poder, donde todo espacio que se concede al estado de policía es usado por éste para extenderse hasta llegar al estado absoluto: “La táctica de contención propuesta por Jakobs, inobjetable desde la perspectiva de la visión estática, se traduce en una desaparición del estado de derecho real y concreto en la realidad dinámica del poder”<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Cf. expone en su obra junto a Manuel Cancio Meliá, “Derecho penal del enemigo”, Hammurabi, Bs.As., 2005, en la primera parte a su cargo, bajo el título “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, pág. 19.

<sup>55</sup> En Jakobs-Cancio, ya citado, pág. 20.

<sup>56</sup> En Jakobs-Cancio, ya citado, pág. 64.

<sup>57</sup> En “El enemigo...”, págs. 162/163.

En cuanto a la otra crítica anunciada como “intrasistemática”, apunta Cancio que cuando se sostiene que los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos “...se ignora, en primer lugar, que la percepción de los riesgos —como es sabido en sociología— es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas... Los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” no tienen esa especial “peligrosidad terminal” (para la sociedad) que se predica de ellos. Al menos entre los “candidatos” a “enemigos” de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno —ni la “criminalidad organizada”, ni las “mafias de las drogas”, ni tampoco ETA— que realmente pueda poner en cuestión —en los términos “militares” que se afirman— los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible”<sup>58</sup>. Además, dentro de la propia lógica de la construcción funcionalista, expone la contradicción de la propuesta, al señalar que “...si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama “Derecho penal del enemigo” está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal “normal”. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, precisamente, esos elementos esenciales amenazados... La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el “enemigo” es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía en general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor. Por lo tanto, la cuestión de si puede haber Derecho penal del enemigo queda resuelta negativamente”<sup>59</sup>.

## 5. CONCLUYENDO

En función de lo muy rápidamente expuesto, vamos cerrando con las siguientes conclusiones:

<sup>58</sup> En Jakobs-Cancio, ya citado, págs. 100/101.

<sup>59</sup> Ob.cit., págs. 103/104.

a) El derecho penal del enemigo no debe ser aceptado como un inevitable segmento instrumental de un derecho penal “moderno” (esa parcela donde se encapsularía aquello que “debemos” hacer contra el enemigo terrorista). Esta propuesta de contención “estática” del profesor Jakobs no debe ser tomada como una alternativa viable.

b) La negativa a esta última tesis se puede fundamentar tanto por ser contradictoria dentro de la propia lógica funcionalista (crítica de Cancio Meliá) o por inadmisibles dentro de la “dinámica conflictivista” (Zaffaroni), por su apertura al “estado de policía” (que es el verdadero “enemigo” del derecho penal).

c) No debe olvidarse la larga experiencia acumulada en materia de “emergencias”, siendo un imperativo insoslayable ante la actual un fuerte control de constitucionalidad tanto de los institutos sustantivos como adjetivos, asegurándonos de ajuste al estado de derecho.

d) La lucha entre las postulaciones de “retornar” al núcleo duro del derecho penal clásico y de “profundizar” la modernización del derecho penal, se mantendrá. El desafío transita por la ardua tarea de aprehender la realidad social actual sin resignar los principios basales del derecho penal liberal.

e) Luego del 11/S, Estados Unidos y algunos de sus aliados han resquebrajado con más rapidez y severidad las bases del “derecho internacional”. Como dice Ferrajoli, se pasó de la normatizada “prohibición de guerra” a inadmisibles tesis de “legítima defensa preventiva”. En nuestra modesta opinión, si acciones como la invasión de Iraq hubieren sido realizadas por otra nación que no fuera la primera potencia mundial, es más que probable que estaría respondiendo ante los foros internacionales por crímenes de guerra.

f) La posible respuesta a los problemas de la actual sociedad globalizada no es penal, sino política. Como sostiene Donna: “Quien pretenda solucionar este tipo de problemas complejos con la pena demuestra como mínimo la falta de imaginación y como máximo que no acepta vivir en una sociedad democrática”.

g) Pero, entonces, ¿es que a los penalistas no nos importa el grave problema del terrorismo? ¿es que no nos conmueven ni siquiera los atentados que vivimos en carne propia (Embajada de Israel y AMIA) o ajena?. Claro es que sí nos importa y sí nos conmueven. Sólo que si el derecho penal nunca fue la solución de los conflictos más sencillos sobre los que históricamente operó, mucho más difícil es que pueda dar respuestas válidas a cuestiones de mucha mayor complejidad que ofrece hoy el entramado social. No es otra cosa que la plástica expresión de Zaffaroni ante la pregunta dirigida al penalista sobre qué hacer con los terroristas: responder con la “lógica del verdulero”. Los penalistas sólo sabemos decidir

cuándo se habilita o no poder punitivo, lo que no alcanza para resolver el conflicto. No sabemos cuál es la solución para el terrorismo en el mundo: vendemos verduras, no antibióticos, por éstos hay que ir a una farmacia. Cuando el terrorista cometa delitos, el derecho penal deberá individualizarlo, detenerlo, procesarlo, juzgarlo, condenarlo y hacerle cumplir la pena (que siempre son bastante altas); mientras no los cometa, el derecho penal no podrá hacer nada<sup>60</sup>.

h) Finalmente, quisiera llamar la atención sobre la necesidad de instalar la idea de que está faltando una mayor reflexión sobre la influencia de las nuevas TIC en orden a posibles afectaciones de derechos fundamentales, como la libertad o la intimidad. Llenamos bibliotecas discutiendo hasta la saciedad los requisitos para un intervención telefónica legal, cómo debe justificarla o fundarla el juez, quién y por qué puede solicitarla, qué extensión temporal puede alcanzar, etcétera. Mientras tanto, sin control judicial, la legislación antiterrorista de las potencias dominantes sin distinguir fronteras habilita una gigantesca intromisión sobre aquéllos derechos sin que se repare demasiado en eso.

---

<sup>60</sup> Así, en “*El enemigo...*”, págs. 181/182.