

En memoria de Julio Maier

Kai Ambos (*)

Los editores me han solicitado la realización de una pequeña contribución para el fascículo en recuerdo del lamentable fallecimiento de Julio Maier, el día 13/07/2020. Con agrado he dado cumplimiento a dicha solicitud. Lo anterior, sin embargo, no sin cierta vacilación, pues, en esencia, mi relación con Julio Maier fue de naturaleza científica y no tuvo la profundidad ni la intensidad de la de alguno de sus estudiantes, como, p. ej., la de mis amigos Daniel Pastor y Máximo Langer o también, la de Fabricio Guariglia, para quienes la pérdida de su gran maestro, y al mismo tiempo, su amigo paternal, ha sido seguramente muy dolorosa. Por esa razón, aquí puedo contribuir solo con algunas reflexiones, que, sobre todo, hacen referencia a la influencia científica de Maier en América Latina y más allá, incluyendo en Alemania.

Conocí personalmente a Julio Maier con motivo de un proyecto de investigación referido a la reforma procesal penal latinoamericana, el cual me correspondió conducir como colaborador competente del (entonces) (1) Instituto Max Planck para el Derecho extranjero e internacional al final de los años noventa del siglo pasado (2). Julio Maier fue buscado por nosotros, toda vez que en ese momento era uno de los mayores expertos en el área del Derecho Procesal Penal latinoamericano y, al mismo tiempo, tenía una estrecha relación con Alemania desde los años sesenta del siglo pasado (en Bonn como becario Humboldt con Armin Kaufmann, también en Frankfurt/Main con Winfried Hassemer, en Colonia con Hans Joachim Hirsch y Hilde Kaufmann, en Munich con Reinhart Maurach, Claus Roxin y Klaus Volk, así como en Münster con Eberhard Struensee y Friedrich Dencker). Así Maier vivió y estudió varios años en mi país y manejó muy bien el idioma alemán. A él se debe su influyente traducción de la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozessordnung*, StPO) (3), la cual permitió a muchos científicos y colegas hispanohablantes, el acceso al Derecho Procesal Penal alemán. Maier era gran conocedor y cercano al Derecho Procesal Penal alemán, pero eso no le restaba una visión crítica, lo que se evidencia, entre otras cosas, en su objeción a numerosas características estructurales y reglas de la StPO (4). En mi recuerdo se encuentra especialmente presente su —acertada— censura, al hecho que, entre el tribunal que en la fase intermedia ordena la

CONTINÚA EN PÁGINA 6

El Derecho Internacional de Control de Drogas: origen, expansión y erosión

Sebastián Scheerer (*) (**)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El Régimen Internacional de Control de Drogas.— III. Antecedentes históricos (1898-1911).— IV. Estructura internacional (1912-1932).— V. Implementación (1933-1960).— VI. Expansión (1961-1987).— VII. La escalada (1988-2011).— VIII. Erosión (2012 hasta la fecha).— IX. El panorama.

I. Introducción

Las convenciones internacionales de la fiscalización de estupefacientes están perdiendo fuerza desde hace algún tiempo. Algunas iniciativas nacionales violan el principio de la prohibición (mediante la legalización del *cannabis*), mientras otras violan directamente los derechos humanos y así el fundamento también de dichas convenciones. Las tendencias contemporáneas desafían la validez empírica de las normas internacionales tan es así que ya se habla de un inminente colapso del *Orden Mundial sobre las Drogas* (1). En última instancia, una tal caída del régimen internacional de las drogas podría ser interpretada como una expresión tardía de una suma de errores de larga data, alojados en el propio régimen jurídico.

II. El Régimen Internacional de Control de Drogas

II.1. El fundamento normativo

El Derecho Internacional sobre las Drogas nació con la *Convención Internacional del Opio* de 1912 y (2), tras un período de rápido crecimiento, el conjunto de normas ramificadas se consolidó en un texto único después de medio siglo. La consiguiente *Convención Única sobre Estupefacientes* de 1961 (3) es la principal base jurídica para la fiscalización internacional de drogas, a pesar de que fue complementada por dos convenciones adicionales: la *Convención sobre sustancias sicotrópicas* (1971) y la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (1988) (4).

La *Convención Única* contiene los principios para el control; denomina y clasifica una cifra *in crescendo* de sustancias que, por ahora, supera con creces el centenar; y (5), al mismo tiempo, define las competencias de los organismos creados por un entramado de normas internacionales (6). Las tres convenciones en conjunto determinan no solo las líneas básicas, sino también numerosos detalles dentro de la legislación de las partes o países contratantes,

que van desde formularios de importación y exportación, así como las normas para la expedición de recetas, el almacenamiento en las farmacias y mucho más.

II.2. Los objetivos

El ex jefe del Servicio de Fiscalización de Drogas de la Sociedad de Naciones, Bertil A. Renborg, había explicado en 1957 los objetivos del *Sistema de Fiscalización Internacional de Drogas* (7):

“El objetivo de la fiscalización internacional puede enunciarse de manera muy sencilla: prevenir el uso indebido de estupefacientes, asegurando al mismo tiempo su continua disponibilidad para fines médicos y científicos. Para lograr estos objetivos, los instrumentos internacionales sobre estupefacientes no solo prescriben normas en el ámbito internacional, sino que también definen las medidas de fiscalización que deben mantenerse en cada país” (8).

Detrás de esto, sin embargo, había —y continúan existiendo— varios supuestos que dan por sentada la crisis más reciente del régimen, los cuales se resumen de la siguiente manera:

— Hay sustancias psicoactivas cuya naturaleza peligrosa exige que se prohíba desde su cultivo, fabricación, transporte y uso (prohibición).

— Existe un uso legítimo de algunas de estas drogas, para las cuales deben existir excepciones a la prohibición (sujetas a autorización).

— Solo es legítimo el uso para fines médicos y científicos oficialmente autorizados (el uso motivado por causas personales es considerado como un abuso).

— La línea entre el uso permitido y el uso prohibido debe ser trazado a nivel mundial mediante similares criterios y manera. Solo un conjunto de normas globalmente uniformes y vinculantes puede satisfacer los usos legítimos

sin poner en riesgo la prohibición (uniformidad global).

— La adicción y el uso indebido, con todas sus consecuencias sociales negativas, solo pueden prevenirse eficazmente en el caso de las drogas en cuestión, asegurando que su producción mundial satisfaga únicamente los usos legítimos e impidiendo toda oferta de drogas fuera de esta esfera de legitimidad (economía planificada).

— La eficaz organización de un mundo libre de drogas, en este sentido, requiere una autoridad central que defina las necesidades de manera autorizada, organice la producción, supervise la distribución hasta llegar a la previsión de sus usos; y, finalmente, sancione las desviaciones (sede mundial).

II.3. Órganos y actores

Las tareas de la fiscalización internacional de drogas —y que anteriormente habían sido asignadas de forma temporal a la Sociedad de Naciones— fueron transferidas a las *Naciones Unidas* (ONU) en 1946. Allí, la *Comisión de Estupefacientes* (CND), como el máximo órgano de decisión sobre la política de drogas, así como la *Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes* (JIFE), como su órgano ejecutivo, encontraron un nuevo hogar dentro del *Consejo Económico y Social* (ECOSOC).

Además de estar integrada por 53 Estados, la Comisión de Estupefacientes es una de las ocho comisiones orgánicas del Consejo Económico y Social y decide, entre otras cuestiones, qué drogas se someterán a la fiscalización internacional o cuáles se retirarán de ella, así como de qué manera y en qué categoría (lista) de la fiscalización internacional se inscribirán o reclasificarán (9). Para ello, este órgano cuenta con el asesoramiento del *Comité de Expertos en Farmacodependencias* de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual está integrado

CONTINÚA EN PÁGINA 2

En memoria de Julio Maier

Kai Ambos 1

DOCTRINA

El Derecho Internacional de Control de Drogas: origen, expansión y erosión
Sebastián Scheerer 1

Los significados judiciales del castigo

Ezequiel Kostenwein 7

Genealogía de la confesión en el Sistema Penal según Michel Foucault

Alejandro Piagentini 12

territorio y una docena de años, mientras que hoy en día se trata de todo el mundo, miles de drogas y muchas docenas de años, durante los cuales la prohibición ha perdurado mientras sus efectos adquieren proporciones muy diferentes (75).

Durante mucho tiempo la situación de los daños colaterales del régimen internacional de control de drogas fue tabú para sus órganos. Al respecto, la ONUDD ha dado un paso adelante. Así por ejemplo, ahora está dispuesta a admitir las *consecuencias negativas no deseadas* de la fiscalización de drogas: desde el menoscabo de los derechos humanos, el desarrollo y la seguridad internacional, la propagación de enfermedades, la corrupción, los delitos violentos y los conflictos armados, el aumento de la estigmatización y la discriminación, el fomento de la creación de bienes producto del delito y la formación de grandes grupos delincuenciales, hasta el daño causado al medio ambiente por la deforestación y la contaminación (76).

Sin embargo, esto también deja en claro que incluso una legalización del *cannabis* —una li-

beración para millones de *delinquentes del cannabis* (Patricia Erickson)— solo podría mitigar el problema mundial de los daños colaterales. La obsesión por la reforma del *cannabis* en algunas partes del mundo es comprensible por varias razones, pero sería ilusorio esperar una solución al problema central. Por consiguiente, las consideraciones de reforma deben distinguirse en primer lugar entre el estado de la investigación en ese momento, y el estado actual de la investigación —piénsese en el cambio de conocimientos y actitudes respecto de las drogas y la adicción o también en el cambio de ideas sobre la separación entre la ley y la moral, o sobre los métodos permisibles y eficaces de control constitucional en cuanto a las políticas de salud pública— (77).

Los Estados que se rigen por el Estado de Derecho harían bien en considerar todas las opciones en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad al tomar en cuenta la modernización de la gestión de las sustancias médicas y recreativas, teniendo en cuenta el derecho de las personas a organizar libremente su intimidad (alimentación, vestido, o, o,

consumo general y preferencias de actividades) (78). El resultado tendría entonces que ser defendido con la dignidad humana que exige el Derecho Constitucional frente a cualquier otra exigencia de mayor alcance en virtud del Derecho Internacional (79).

Además, la liberación de las aporías sobre la fiscalización de drogas solo tendrá éxito si los supuestos básicos mencionados al principio no se presuponen de manera axiomática, sino que son objeto de una revisión crítica. En mi opinión, las siguientes tesis serían más plausibles hoy en día y, por lo tanto, incluso dudar de la necesidad de (80) un régimen mundial de drogas en general:

— No hay sustancias psicoactivas tan “diferentes” de otras, cuyas propiedades inherentes puedan justificar, incluso exigir la prohibición de su cultivo, producción, transporte y uso (no hay distinción ontológica entre “narcóticos” y “estimulantes”).

— En un Estado constitucional, libre y social, no solo es legítimo el uso de sustancias

psicoactivas con fines médicos y científicos, sino también su *uso recreativo* (derecho al uso de drogas con fines recreativos).

— La consideración del derecho a los alimentos de lujo no es compatible con la prohibición (regulación en lugar de prohibición).

— La diversidad de las culturas de las drogas tiene derecho a ser reconocida (diversidad mundial en lugar de uniformidad mundial).

De todo ello se desprende que la cuestión planteada hasta hoy no gira en torno a saber de qué modo el régimen internacional de control de drogas puede hacer frente a su pérdida de autoridad, sino quizás a saber si al menos debe hacerlo. No hay duda de que hay algo mejor que un conjunto de reglas que dicen más sobre las ideologías de ayer y de antes de ayer que sobre las sociedades de hoy y las necesidades de mañana.

Cita on line: AR/DOC/2316/2020

{ NOTAS }

demic”, Ginebra, 2013. Para un estudio sobre el impacto ejemplar de la guerra contra las drogas en el derecho penal y derecho procesal penal, véase VALOIS COELHO, Carlos, “O Direito Penal da Guerra às Drogas”, São Paulo, 2018, 3ª ed.

(75) Un estudio sobre la situación legal de los consumidores muestra lo comparativamente inofensiva que es la prohibición del alcohol en los Estados Unidos respecto a la actual prohibición de las drogas. La prohibición de los Estados Unidos (1920-1933) no se atrevió a criminalizar la esfera del consumo: la posesión y el consumo estaban permitidos. Incluso, se permitía producir una cierta cantidad de zumo de uva fermentado, por ejemplo, en virtud del art. 29 de la *Ley de Prohibición Nacional*. A los que tenían suficientes reservas de vino y whisky se les permitía hacer fiestas alcohólicas a su antojo (en la escena de la fiesta ver a FITZGERALD Scott F., “Der Große Gatsby”, Stuttgart, 2012 —origen de 1925—). Incluso, después de la célebre legislación sobre la despenalización en Portugal (2001), los consumidores de ese país siguen estando en una posición

desfavorable —como autores de infracciones administrativas— frente a los consumidores de alcohol en los Estados Unidos durante la década de 1920.

(76) Véase TRANSFORM, “Count the Costs of the War on Drugs”, Amsterdam/Swansea, 2019, <https://transformdrugs.org/count-the-costs/>. Sin embargo, todavía falta una presentación general sobre los daños colaterales.

(77) Véase, entre otros, BRANFIELD, Robert - REINARMAN, Craig (eds.), “Expanding Addiction. Critical Essays”, Nueva York - Londres, 2014; HART, Carl, “High Price. A Neuroscientist’s Journey of Self-Discovery That Challenges Everything You Know About Drugs and Society”, Nueva York, 2014; ZINBERG, Norman, “Drug, Set, and Setting: The Basis for Controlled Intoxicant Use”, New Haven, 1984; PELLE, Stanton, “The Meaning of Addiction An Unconventional View”, San Francisco, 1998.

(78) Véase aquí ANDERSON, Peter *et al.*, “New Governance of Addictive Substances and Behaviours”, Oxford, 2017.

(79) Como es bien sabido, el art. 27 de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíbe, en principio, recurrir al derecho interno en relación con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales. Sin embargo, esto no debe impedir la defensa de los derechos fundamentales contra las exigencias irrazonables de los acuerdos sobre drogas, aunque solo sea porque los propios acuerdos no se cansan de subrayar la primacía de la legislación nacional. Por ejemplo, el párr. 1 del art. 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, dice que “[e]n el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos”. El párr. 5º b) del art. 2º de la Convención Única va aún más lejos, según el cual ciertas obligaciones solo conciernen a las Partes que consideran que, habida cuenta de las circunstancias que prevalecen en su Estado, sea este es el medio más adecuado para pro-

teger la salud pública. Incluso la JEP se refirió explícitamente en junio de 2019 a la legitimidad de invocar el Derecho Constitucional interno, véase E/INCB/2019/Alert.12: *State responses to drug-related criminality* (Respuestas de los Estados a la delincuencia relacionada con las drogas). Sobre la compatibilidad de la Ley de Estupefacientes alemana con la Constitución, véase NESTLER, Cornelius, “Grundlagen und Kritik des Betäubungsmittelstrafrechts”, en KREUZER (Hg.), *Handbuch des Betäubungsmittel-Strafrechts*, Múnich, 1998, ps. 697-860. Para un estudio de la compatibilidad con el estado de derecho, véase HUSAK, Douglas R., “Drugs and Rights”, Cambridge, 1992.

(80) “Sin duda alguna, estamos entrando en la era de los enfoques cada vez más fragmentados de la fiscalización de drogas. Esto no es necesariamente algo malo —ciertamente preferible frente a la continuación de políticas ineficaces que desperdician recursos y trabajan en contra de la justicia social y la salud y el bienestar públicos—”, TRACE, Mike, “Epílogo”, en KLEIN - STOTHARD, ob. cit., p. 291.

En memoria de Julio Maier

VIENE DE TAPA

apertura del juicio oral y, el tribunal del juicio oral mismo, no existe una diferencia (5). Los

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional de la Universidad de Göttingen; Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de dicha Universidad; Magistrado del Tribunal Especial para Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers*), La Haya y *Amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia. Agradezco a mi doctorando, Sem Sandoval Reyes (LL.M.), por la traducción del alemán y por la asistencia en la búsqueda de algunas fuentes. Traducción revisada por el autor.

(1) En el ínterin el Instituto ha tomado una nueva dirección como deja ver su nueva denominación: Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (Instituto Max Planck para la investigación de la criminalidad, la seguridad y el Derecho).

(2) También participaron como co-coordinadores del proyecto Eberhard Struensee, gran amigo de Maier, Daniel Pastor y Jan Woischnik.

(3) MAIER, Julio, “La Ordenanza Procesal Penal Alemana”, Ed. Depalma, Buenos Aires, vol. I, 1978; vol. II, 1982. Otra (antigua) traducción es obra del profesor español de Derecho procesal penal GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis,

proyectos de reforma latinoamericanos, como es sabido, no siguieron en este punto al Derecho alemán. En su mayoría, por el contrario, se previó expresamente que, en estas diferentes etapas procesales, los jueces o tribunales competentes, también deben ser diferentes (6).

Tampoco puede desconocerse el significado que tuvo Maier para la reforma procesal penal latinoamericana. Esto se desprende desde luego, por el hecho que dicha reforma

“El proceso penal alemán, introducción y normas básicas”, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

(4) Véase su discusión con Jürgen Baumann a partir del comentario a su libro: “MAIER” en BAUMANN, Jürgen, “Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts (conceptos básicos y principios procesales del derecho procesal penal)”, W. Kohlhammer, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz, 1979, 3ª ed., 190 ps., en *Doctrina Penal (DP)*, t. 3 (1980), nro. 11, ps. 745-752; réplica de Baumann: “Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el Derecho Procesal Penal argentino y alemán”, en *DP* 5 (1982), nros. 17-20, ps. 169-173; réplica de Maier: “Conclusiones básicas sobre las aclaraciones del profesor Jürgen Baumann”, *DP*, lugar cit., ps. 363-368.

(5) Ver § 199 inc. 1º StPO: “Das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht entscheidet darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ... ist” (“... decide el tribunal competente para el debate sobre si debe abrirse el procedimiento principal”, traducción de MAIER, véase *supra* nota 3, vol. II, p. 167). Esta idea también se encuentra presente en su tratado: véase Maier, *infra* nota 9, t. II, ps. 484-487.

(6) Véanse los arts. 52 ss., 279 s., 281 ss. del reciente CPP Federal de Argentina; arts. 260 ss. y 281 ss., CPP de Chile; arts. 323, 351-355; 371-374, CPP Perú; arts. 603, 604, 609-

se orientó, por lo menos en su inicio, en buena medida por el Código Procesal Modelo para Iberoamérica (7), del cual Maier fue coautor (8). De las obras posteriores de Maier, debe ponerse especialmente de relieve su tratado de Derecho Procesal Penal de tres tomos (9). Como es conocido, la reforma procesal penal últimamente siguió en esencia al modelo procesal penal adversarial angloamericano, alejándose así de la posición de Maier, más bien cercana al modelo alemán. Irónica-

mente, sin embargo, la opción por el modelo angloamericano también podría encontrar un antecedente en Maier, pues su discípulo Alberto Binder —junto a la escuela chilena de la Universidad Diego Portales— fue uno de los principales protagonistas en el desarrollo de esa reforma, abogando radicalmente por el rechazo del tradicional procedimiento inquisitivo escrito. Un procedimiento inquisitivo reformado, como el alemán, era incompatible con dicho radical rechazo (10).

614 del COIP y arts. 220, 221; 224, 225 del su COFJ de Ecuador; arts. 316 ss. y 342 ss. CPP de Costa Rica; arts. 341, 342, 347, 349 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México. Esta idea ya estaba presente en el Código Modelo, véase Maier, *supra* nota 3, vol. II, ps. 24-26 en relación con los arts. 267-277, y 282 ss. del CPP Modelo para Iberoamérica. Confróntese también *J. Woischnik*, “Untersuchungsrichter und Beschuldigtenrechte in Argentinien: eine kritische Würdigung des neuen Bundesstrafverfahrensrechts anhand der rechtsstaatlichen Vorgaben der Menschenrechtskonventionen”, Freiburg 2001, ps. 96-115; en español: Juez de instrucción y derechos humanos en Argentina”, trad. Gabriel PÉREZ BARBERÁ, Konrad-Adenauer - Stiftung - Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 121-140.

(7) Sobre su historia y origen confróntese “Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal” (editor), “Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica”, Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires 1989, ps. 7 ss. El proyecto fue presentado y preparado en 1988 por Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover und Julio B. J. Maier.

(8) Cf. Langer, “Revolución en el proceso penal Latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia”, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, ps. 27-

31, disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Langer-Revolucion-en-el-proceso-penal.pdf>; VARGAS VIANCOS, “La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica”, en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Nr., Quito, enero 2008, ps. 33-47, disponible en: <https://revistas.flacoandes.edu.ec/urvio/article/view/33-47/1645>; Binder, “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en NIÑO GUARNIZO, Catalina (coord.), *La Reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Friedrich Ebert Stiftung, Bogotá, 2016, ps. 67-77, disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf>.

(9) Maier, “Derecho Procesal Penal”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, t. I; 2003, t. II; 2011, t. III. La elaboración del t. IV fue encomendada por Julio Maier a Daniel Pastor, Gabriel Pérez Barberá y Eugenio Sarrabaryouse, reservándose la revisión final del texto, tarea que casi había concluido al momento de fallecer. Maier, luego no publicó otras obras científicas de gran magnitud, si, en cambio, anécdotas, poemas, y un libro de música. Esto muestra también su gran creatividad.

(10) Sobre la clasificación de los modelos, especialmente la aplicación de “acusatorio” (frecuentemente errónea), ver: *Ambos/Woischnik*, *ZStW* 113 (2001), ps. 334 (348 ss.);

Posiblemente, es justo señalar, que Maier nunca fue dado a transitar por las tierras bajas de la política criminal latinoamericana, sino que más bien, observaba las cosas desde una adecuada distancia y altura académica. Maier fue naturalmente un importante referente del movimiento de reforma procesal penal latinoamericano. Apenas había personas con su sólida formación y su perspectiva sobre el acontecer procesal penal mundial. Sin embargo, el no se puso nunca a sí mismo en el primer plano (muy diferente a los “jóvenes radicales” de ese tiempo); por el contrario, te-

nía que solicitarse con mucha insistencia su intervención.

Vale la pena mencionar que el proyecto de investigación que condujimos juntos dio lugar a la publicación de un libro para la reforma procesal penal en el año 2000 (11). Este libro encontró una amplia recepción y se encuentra disponible hasta el día de hoy (12). Sin embargo, en qué medida dicho proyecto de investigación influyó también el proceso de reforma, es difícil y, a la vez, dudoso señalarlo. Pues este se orientó más y más, como se dijo precedente-

mente, por el procedimiento contradictorio angloamericano. Con él, si bien se esperó conseguir un radical alejamiento del tradicional procedimiento inquisitivo, no se llegó al extremo de adaptar todos sus elementos estructurales (especialmente, los tribunales por jurados) (13). Hoy es razonable preguntarse —con el beneficio de la retrospectiva—, si ese radical cambio, a un procedimiento contradictorio, fue el camino correcto (14). Sabemos que una reforma apenas puede ser exitosa si no se cuenta con una mejor formación y capacitación de los actores del procedimiento penal, especialmente los

órganos de investigación (la policía!) (15). En cualquier caso, el proceso de reforma se alejó probablemente del *Código Modelo*, lo que quizá también aclara la creciente distancia de Maier en relación con ese proceso. En cualquier caso, esto no afecta la obra y el legado de este gran hombre. Él seguramente, será recordado como uno de los más grandes científicos de Derecho Procesal Penal, cuya partida, no solo para Latinoamérica, representa una gran pérdida.

Cita on line: AR/DOC/2951/2020

{ NOTAS }

en español: en Maier *et al.*, *infra* nota al pie 11, ps. 867 ss.; con una orientación histórica jurídica luego, *Ambos*, Jura 2008, ps. 586 ss.; en español: “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, en BACHMAIER Winter (coord.), *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2008, ps. 49 ss.; BACHMAIER, Winter, “Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 24, 2009, ps. 172-198, disponible en: <http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/Sistemas-procesales-superar-dicotomia.pdf>.

(11) Cf. Maier/*Ambos*/ Woischnik (coords.), “Las reformas procesales penales en América Latina”, Konrad-

Adenauer-Stiftung/Ad-Hoc. Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Buenos Aires, 2000; resumidamente: *Ambos*/ Woischnik, ZStW 113 (2001), ps. 334 ss. El libro puede ser consultado en la página web del CEDPAL: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Forschung/Projekte/Reformas%20Procesales%20Penales/ReformasPPAL.pdf>.

(12) Ver la página web de la editorial: <http://www.editorialadhoc.com/busqueda/ambos#>

(13) Cf. también Langer, *supra* nota 8; Vargas, *supra* nota 8; Binder, *supra* nota 8.

(14) Para un “balance mixto”, consultar *Ambos*, “Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina”, en *Revista Política Criminal*, 2, 2006, disponible en <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/>

publikationen/e-publikationen-pdf; recientemente y críticos en relación con el estado de la justicia penal, *Ambos*/ Aboueldahab, “Strafjustiz und Straflosigkeit”, en Maihold/Sangmeister/Werz, (coords.), *Latinamerika. Handbuch für Wissenschaft und Studium*, Nomos, Baden-Baden, 2019, ps. 172 ss.; véase también las conclusiones a la evaluación al sistema procesal penal chileno a cargo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Arellano, Jaime (dir.), “Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: Análisis retrospectivo a más de una década”, Santiago de Chile, 2017, ps. 245-256, disponible en: <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5595/4%20-%20Desaf%3ados%20de%20la%20Reforma%20Procesal%20-%20VERSI%393N%20DEFINITIVA.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

(15) Sobre la policía, véase *Ambos*/ Gómez-Colomer/Vogler, La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos, Instituto Max-Planck para el Derecho penal extranjero e internacional, disponible en: <http://cedpal.uni-goettingen.de/data/investigacion/grupales/Antiguos/PoliciaKaiAmbos.pdf>; resumidamente: *Ambos*/ Malarino, ZStW 116 (2004), p. 513. Es pertinente también la evaluación al sistema chileno citado en *supra* nota 14, ps. 250 ss., en relación con el trabajo entre la fiscalía y la policía.

Los significados judiciales del castigo

Ezequiel Kostenwein (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. ¿Al prójimo o al enemigo? Castigo, semejanza y alteridad.— III. ¿Por qué se debe castigar? De las teorías y las convicciones.— IV. Las bases sociales del castigo judicial.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía.

I. Introducción

Este trabajo presenta dos imágenes en torno al castigo, o más exactamente, de a quienes estamos castigando: ¿son nuestros prójimos o son nuestros enemigos? ¿Castigamos a un semejante o a un adversario? Si bien se trata de dos imágenes que no tienen el mismo punto de partida, caracterizarlas ayuda a comprender los presupuestos de cada una de ellas. Luego se explora las percepciones de los integrantes de la justicia penal argentina en torno a dos temas centrales a la hora de pensar el funcionamiento de esta institución: las teorías de la pena en la que justifican la necesidad de castigar, es decir, cómo validan la potestad que tiene el Estado de provocar dolor deliberadamente. La segunda cuestión se relaciona con las razones por las cuales, según los actores judiciales, una sociedad necesita castigar ciertas conductas, más allá de los enunciados ideales. A partir de la combinación de ambos interrogantes procuramos identificar algunos criterios importantes para interpretar mejor el significado *judicial* del castigo.

El castigo ha sido, y sigue siendo, un tema de reflexión de numerosas investigaciones provenientes de diversas disciplinas, métodos y perspectivas: la filosofía, la historia, el derecho, la sociología, la antropología, son algunos

de los campos que han tomado a este tema como objeto de estudio. Aquí propondremos dos imágenes al respecto que nos parecen interesantes, fundamentalmente por el contraste en sus enunciados: ¿castigamos a nuestros prójimos o castigamos a nuestros enemigos? En primer lugar, vale explicitar que se trata de esquematismos que permiten incluir en estas dos figuras tópicos que provienen de enfoques diversos. A su vez, ambas posturas parecen ofrecer un sesgo crítico respecto al ejercicio de sancionar, aunque en su desarrollo apelan a presupuestos muy distintos. Quienes piensan en el prójimo, lo hacen principalmente desde una actitud normativa y prescriptiva, y quienes reconocen al enemigo, se apoyan en criterios descriptivos y explicativos. Pero, además, hay otra cuestión interesante que parece surgir: en un caso, el motor de la penalidad se intenta ubicar en la identidad con el castigado, y en el otro, el fundamento más elocuente es la alteridad. Con todo esto, trataremos de pensar si dichas imágenes juegan algún papel en los criterios y bases *judiciales* del castigo, y de no ser así, de qué forma se explican los integrantes de la justicia penal en Argentina las justificaciones teóricas de la pena junto a las causas sociales de la punición. Sirve aclarar que se trata de un trabajo exploratorio, que aspira a marcar un punto de partida en el abordaje empírico de estos interrogantes.

Para llevar a cabo nuestro trabajo se eligió un enfoque metodológico cualitativo, más específicamente entrevistas a 23 integrantes de la justicia penal de la Argentina, con el objetivo de acercarnos a sus percepciones respecto de los tópicos planteados. Del total de entrevistados; 14 pertenecen a la Provincia de Buenos Aires; y 9 al ámbito de la justicia federal. Dichas entrevistas se obtuvieron a partir de un criterio de factibilidad, con actores judiciales que conocíamos de investigaciones previas, y luego siguiendo un muestreo de bola de nieve debido a los obstáculos propios para acceder a quienes se desempeñan en esta institución.

II. ¿Al prójimo o al enemigo? Castigo, semejanza y alteridad

Castigar al prójimo, al menos en cierto aspecto, puede ser entendido como sancionar entre semejantes, pero, en primer lugar, debe describirse como una interpelación e intento de resignificación del acto mismo de castigar a partir de los vínculos que configura la vida en comunidad. Si la pena no es un acto que contribuya a comprender mejor las razones por las que se le reprocha socialmente algo a alguien, entonces no consigue su propósito. En palabras de Antony Duff:

“Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo

no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos solo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos” (1).

Este tipo de concepción prioriza una actividad “comunicativa” de la respuesta penal, en el sentido de que esta última debe ser considerada como un lenguaje comprendido por quien ha cometido una ofensa y, justamente por esto, resulte apropiado llamarlo a respon-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Ezequiel Kostenwein es Abogado (UNLP), Magister en Criminología (UNL) y Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Es Investigador del CONICET y coordinador del Área de Sociología de la Administración de la Justicia Penal en el Instituto de Cultura Jurídica

(UNLP). Docente de grado y posgrado (UNLP, UNL). Actualmente dirige el proyecto de investigación “Condiciones y condicionamientos dentro de la justicia penal en la Provincia de Buenos Aires: elementos para analizar su autonomía” (PPID - UNLP). Es autor de “Por una criminología menor: ensayos, admiraciones y asercio-

nes” (Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2014), “La cuestión cautelar: el uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal” (Ediar, 2016), y “Temblores criminológicos. Dilemas sobre el castigo, el control social y la responsabilidad penal” (Ed. Astrea, 2019). Compiló “Sociología de la justicia penal. Interrogantes actuales

sobre la administración del castigo” (Ediar, 2017), y “La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal” (Ed. Ad-Hoc, 2020).

(1) DUFF, A., “Punishment, Communication and Community”, Oxford University Press, Oxford, 1996, ps. 195-6.