

Ken, los dogmas penales y la filosofía del Derecho Penal: a modo de prólogo

Jaime Malamud Goti

Comencé estas líneas a las pocas horas de enterarme de que un vecino se había colgado de una de las barras metálicas de las escaleras del edificio. Terminó despararramado por las gradas cuando la cuerda cedió a un peso considerable. Lo conocí a través de los encuentros esporádicos y cordiales que mantuvimos unos cuantos años; también –por casualidad- conocía a algunos de sus parientes cercanos. Por eso, la noticia del hallazgo del cuerpo por una prima o una tía suya no sólo fue sorpresiva; también me entristeció. No fui el único. El lúgubre episodio produjo una sensible conmoción entre sus conocidos. Aparentaba ser un hombre solitario pero no parecía costarle sonreír ni entablar conversaciones por triviales que fuesen. Era robusto y practicaba gimnasia regularmente. Lo vi hacerlo unos pocos días antes de su muerte. Parecía saludable. Según la opinión de sus allegados, carecía de las necesidades que comúnmente angustian a la gente y lo entusiasmaba el estudio de la política y la economía, temas sobre lo que publicó algunos libros. Al conversar con la gente que lamentaba su muerte, escuché repetidamente opinar que su final sólo era explicable a través de una aguda depresión aunque probablemente no hubiese sido –pensaron- más que una condición pasajera.

Es sabido que estos estados se apoderan de nosotros por períodos que pueden ser permanentes. Es muy común, sin embargo, que sólo se trate de experiencias breves. A veces, alcanzan la forma de una desesperante desorientación que una charla, una risa compartida o, finalmente, un medicamento, disipan sustancialmente. Es dable presumir que, en el caso de mi vecino, sólo se tratase de una breve visita aunque nos cause un agudo temor a no lograr liberarnos nunca de su poder y la ansiedad nos

tienta, no sin miedo, a terminar. El novelista Ian McEwan describe esos “estados brutos...en que todas las cosas buenas de la vida se desvanecen ante nuestra vista...”¹

Esa muerte desgraciada me forzó a recordar historias de suicidas y no pude evitar entonces sino recordar vívidamente a Ken Feinberg o Feinstein, un ex policía de Los Angeles dedicado durante años a evitar suicidios. Hace ya más de un década, Ken tuvo la paciencia de escucharme un par de charlas que pronuncié en Boulder, Colorado, donde él residía. En su cara prevalecía un sustancial bigote rubio ya encanecido. Era un hombre de unos sesenta y algo, llamativamente macizo y medía más de seis pies. Con una amplia sonrisa, me hizo unas señas con la mano para que lo esperase a la salida del edificio de la universidad. Cuando caminamos lado a lado, declaró sin ninguna vuelta que algunas de las ideas que yo había expuesto le interesaron. No que lo hubiesen convencido. Aclaró: eso no. Quería sí debatirlas porque despertaron en él suficiente curiosidad. Aunque con un tono jovial y amistoso discutió con argumentos inteligentes y claros de modo que la charla me pareció más que entretenida, lúdica. Me sorprendió que me confiara su intención de saber más acerca de mí. Le interesaba saber qué temas me ocupaban y si proyectaba escribir algo. Tras charlar unos minutos, no vacilé en aceptar su invitación a almorzar en su casa, algo alejada de la ciudad. Allí conocí a su mujer, una psicóloga de Chicago y me encontré con Kellie Masterson, amiga de ambos y correctora principal en Westview Press, una conocida editorial de Boulder. Comimos los cuatro en la terraza de su casa frente a montañas rojizas.

Casi al final del almuerzo, y a pedido de Kellie Masterson, Ken propuso relatarnos algunos episodios de lo que lo fue la actividad que logró fascinarlo más que cualquier otra en su historia. Antes de su retiro y después de mudarse a Boulder, Ken había sido durante unos treinta años oficial en el Departamento de Policía de Los Angeles. De estos años, dedicó la mayor parte de su actividad a la función de impedir suicidios. Esta especialidad, comentó, era simplemente un castigo para cualquiera de sus compañeros. Para él, fue la misión que le dio pleno sentido a su vida. El trabajo era muy riesgoso y escasamente afín a las tareas habituales de sus colegas que patrullaban las calles, perseguían sospechosos o tomaban declaraciones en cualquier precinto de la ciudad. Ken era de origen judío y atribuyó su elección para realizar los salvatajes a la sospecha de que los oficiales con mayor jerarquía en el Departamento de Policía de Los Angeles eran casi todos corruptos. Compartían todos el prejuicio y la propensión a la discriminación racial y cultural. En el Departamento abundaba la homofobia, el desprecio por sus camaradas hispanoparlantes y negros.

¹ Ian McEwan, **Nutshell**, Doubleday, 2016 p. 140. Traducción propia.

En cuanto a las prácticas de salvatajes propios de su misión, Ken describió episodios espeluznantes y lo hizo con la neutralidad de quien narra una pesadilla que acosa al sueño de otro. Sin un particular sentido de la oportunidad, lo interrumpí para inquirir por qué correr semejantes riesgos en nombre de una institución que despreciaba según lo había entendido. Me respondió sin titubeos que no hubiese cambiado su trabajo por ningún otro del mundo. Pasó entonces a describir algunas de sus experiencias. En una oportunidad, comentó, logró impedir que un hombre saltase del piso veintidós de un edificio del centro de Los Angeles. Para lograr salvarlo debió deslizarse de perfil por la cornisa, recostado contra la pared exterior del edificio. Así, logró aproximarse a quien no sin terror se disponía saltar y una vacilación del último le ofreció el instante necesario para empujarlo con su codo izquierdo a través del vidrio de la ventana. El esfuerzo hizo que siguiera al suicida a través del vidrio que explotó en miles de astillas por toda una oficina. Aunque con unas cuantas cortaduras superficiales, ambos habían sobrevivido. En otra oportunidad, Ken apeló a su fuerza para ceñir a un maquinista de trenes por la cintura cuando un acceso de furor lo arrastró a largarse barranca abajo. De haberlo logrado, ambos habrían terminado bajo las ruedas de un automóvil en el compacto tráfico de una autopista en Los Angeles. Su esposa añadió ansiosamente algunos comentarios apurados para recordarle a Ken alguna otra anécdota sobre los aventurados episodios que su marido había protagonizado.

Ken se había ganado el respeto de la gente de la ciudad y aún recibía una voluminosa correspondencia. En su mayoría, comentó su mujer, originada en unos cuantos de quienes salvó de la muerte, repetían periódicamente su agradecimiento. Este reconocimiento reveló que muchos de quienes logró salvar se sentían de algún modo vinculados a él por la deuda que mantenían. Ken me mostró su pequeña oficina. En sus paredes, exhibía una colección de fotos dedicadas a quién los había salvado. Yo solía viajar a Colorado y di por sentado que nos encontraríamos. Lo vi sólo una vez durante una breve visita a Boulder y nuestro intercambio, como ocurre en general, declinó gradualmente hasta desaparecer.

Ken es sin embargo una figura que suele visitarme. Lo imagino caminando por cornisas sin animarme siquiera a imaginar el horror de la altura o asiendo un brazo armado con un revolver. Veo las fotos en su escritorio, jóvenes mujeres, hombres mayores, gente que tampoco cesaría en recordarlo. No fue mucho después de la última experiencia que recordé la tesis de un alemán, un teórico del Derecho Penal. Este académico, y un número abundante de seguidores en partes de Europa y Latinoamérica sostienen que quien impide por la fuerza un suicidio priva al suicida frustrado de su

libertad de movimiento. La acción, por consiguiente, merece la misma calificación legal que si encerrase a la supuesta víctima en un sótano y le echase llave a la puerta. De acuerdo con esta idea extravagante, Ken hubiese tenido que pagar penalmente por cada una de las muertes que evitó si el rescate requirió dominar -aunque no fuese más que por un instante- las acciones de quien se proponía terminar con su vida. El académico, autor de esta originalidad se encontraba muy distante de tu realidad y la mía. Y lo estaría como el fanático religioso que prohíbe escuchar música o bailar como lo hacen algunos grupos religiosos. Tras alguna reflexión concluí que quien se veía privado de su libertad de algún modo es el propio autor que llegó a esta extraña conclusión. En seguida explico por qué esta afirmación. Reconozco que la actividad de Ken era esencialmente paternalista. Esto quiere decir que, quien la realiza, decide reemplazar la voluntad suicida con la propia decisión, aunque la última se dirigiera a lograr solamente el bien del primero, casi siempre perturbado.

Pero la tesis parece ignorar que hay modos en que el paternalismo resulta necesario. Creo, por empezar, que somos dueños de quitarnos la vida. Creo también que ciertas actividades paternalistas no solamente no amenazan derechos individuales —e incluyo la libertad de cada persona adulta de matarse después de la necesaria reflexión. Muchas veces una acción protectora refuerza los derechos de aquel cuya decisión neutraliza. Es cierto que, durante años, Ken protegió el derecho a la vida de los suicidas fracasados cuando intentaron quitarse la vida en momentos en que un estado emocional angustioso o depresivo provocaba en él la imposibilidad de reflexionar. Una condición pasajera, como pudo ser la de mi vecino, pudo empujarlos a buscar el final. Si Ken fue un delincuente serial, los ciudadanos decentes debemos oponernos con firmeza a la existencia de bañeros en las playas. Muchos nadadores toman riesgos innecesarios que pueden costarle la vida. Los bañeros que interviniesen están dispuestos a actuar con violencia no sólo respecto de quienes intentaran ahogarse sino, también, de bañistas que arriesgaran el mismo fin por ignorancia o temeridad. No intento continuar con el tema pero si quiero incursionar escuetamente en la tesis del profesor alemán.

A través del tedio de estudiar el contenido de códigos y leyes, a una temprana edad me fascinó la *teoría del delito, la dogmática penal*. Esta me ofrecía sistemas que explicaban las condiciones que debían reunir los hechos para configurar cualquier delito. Más aún, estos mismos sistemas apuntaban a la eliminación de toda inconsistencia para brindarnos un conjunto completo y armonioso de conceptos y reglas epistémicas. Bien entendidos, los sistemas permitirían resolver si una conducta constituye un delito criminal. No me refiero, por ejemplo, sólo a acciones violentas sino a todos los actos

correspondientes a cualquier delito: desde el hurto y la calumnia hasta el asesinato. La idea de sistemas completos y cerrados deslumbra a numerosos estudiantes. Para su elaboración, el teórico del Derecho Penal debate con algunos de sus colegas cuestiones fundamentales. Uno de ellos es, por ejemplo, lo que debe entenderse por una acción o la idea de omitir y esclarecer el significado de desear y formarnos intenciones. Estos conceptos son, por supuesto, complejos. Más complejos que la manera en que los ven los teóricos del Derecho Penal que se limitan a permitirnos entender la sustancia de su materia de estudio. De la misma manera, su sistema comprende a los objetos y circunstancias que el agente tiene que conocer para predicar que actúa con la intención requerida por la ley. Pero lo hacen de un modo bastante provisorio destinado a ofrecernos una idea general y miscelánea sobre los requisitos que requieren nuestros actos para que constituyan transgresiones penales.

Tan coherente y completo es un sistema semejante que llega a adquirir la entidad de una verdad dogmática como lo son las enseñanzas que atribuimos a un Dios, un profeta y un mesías, en quien creemos por sobre los datos de la misma realidad sensible. Más aún, los componentes de una teoría del delito, adquieren para sus cultores la calidad de una realidad independiente de su propio autor. Hans Welzel, el más nombrado de los autores del Derecho Penal durante mis primeros años de aprendizaje, afirma en una de sus obras "...con el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo penal..." Cuando afirma esto parece pasar por alto que el descubrimiento recae sobre una parte del contenido de su propia teoría. De esta manera, la afirmación es equivalente a escribir un ensayo y hallar más tarde que en él pasta un par de burros. Lo que ocurre es que Welzel creía en su sistema hasta el punto de haber quedado atrapado por él. Cuando los sistemas nos convencen hasta este extremo, cobran su propia realidad para quienes los adoptan. George P. Fletcher ha equiparado con éxito el dogma de un penalista con un dogma religioso. De esta manera, y como ocurre precisamente con los últimos, es que envuelven a los creyentes y estos se ven así privados de examinarlos desde afuera del sistema o teoría que pasan a ser su realidad.

Pero esta "realidad" nos enfrenta con casos y hechos infinitamente variados de modo que el sistema sólo puede abarcarla si ofrece cierta apertura. Esta tiene que permitir incorporar los casos en los que no se le ocurrió pensar quien elaborara el sistema. Pero entonces, si la apertura es lo suficientemente amplia para abarcar la mayor cantidad de acciones, el sistema se vuelve abstracto y pierde el peso persuasivo que lo volvía tan atractivo. Para resultar cautivantes, los dogmas requieren de esa solidez. Cuando no la adquieren, pasan a ser meras teorías que pueden convencernos pero no sin dejarnos expuestos a cambiar de idea si encontramos otra más convin-

cente, al menos para el grupo de casos que la primera teoría no nos permitió su aplicación. Pero esto último deja ya de ser un dogma para transformarse en meras creencias inestables como lo son las interpretaciones en general.

Es por las razones que acabo de exponer que aplaudo el esfuerzo de Gustavo Beade por haberse lanzado al mundo inagotable de la filosofía del Derecho Penal. Esta nos conminaría a tomar el caso de Ken para examinar el universo de cuestiones que giran alrededor del derecho moral a suicidarse, de salvar a un suicida, reflexivo o irreflexivo. La necesidad y límites de acciones paternalistas como las que realizaba Ken y también bañeros y policías que sancionan a los motociclistas sin casco protector. No hay tema importante del Derecho Penal que no exija salir de las murallas guardianas de la dogmática para pensar con mayor libertad y esto es lo que se propone el autor del libro que ahora prólogo de un modo inexcusablemente extenso. La noción del justo castigo que no puede eludir un filósofo del Derecho Penal, por ejemplo, abre un campo e inagotable de reflexión y debate. Es por esa razón que los grandes filósofos como Kant, Bentham, Schopenhauer y Nietzsche se ocupan de algunos de los temas centrales. George Clemenceau una vez dijo que la guerra es demasiado importante para dejársela a los generales. De la misma manera, el castigo y los temas circundantes, son demasiado centrales a nuestro mundo comunitario para confiársela a los dogmáticos penales. Me entusiasma el esfuerzo de mi amigo, el autor de este libro, y cuya lectura recomiendo a quienes se interesen por las cuestiones vinculadas a la cultura y al lugar que ocupa el castigo en su propia entraña.

Jaime Malamud Goti

Enero, 2017