

EL DELITO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER, DERECHO DE LOS VENCEDORES Y LA MEMORIA HISTÓRICA EN WALTER BENJAMIN

Lic. Alonso Salazar

RESUMEN.

El presente artículo se fundamenta en el concepto de “memoria” de Walter Benjamin y sus tesis sobre el concepto de la historia. Se pretende lograr por medio de un análisis de algunas de estas tesis una delimitación del concepto de delito como manifestación de poder del Estado, concibiendo el proceso de formación de la ley y del delito mismo, desde la perspectiva de los vencedores. No se ocupa el trabajo en general de todas las tesis del concepto de la historia de Walter Benjamin, sino únicamente de las denominadas tesis VIII, IX y X.

Palabras Clave.

Delito, Poder Político, Memoria, Angelus Novus, Walter Benjamin, Concepto de la Historia.

ABSTRACT.

This article is based in the concept of “memory” of Walter Benjamin and your thesis about the concept of the history. It pretend

reach through an analysis of some of these thesis an delimitation of the concept of crime like manifestation of the State power, conceiving the formation process of the law and the crime itself, from the perspective of the victors. Doesn't address the work in general of all these thesis of history concept by Walter Benjamin, but only the named thesis VIII, IX and X.

Key Words.

Crime, Political Power, Memory, Angelus Novus, Walter Benjamin, Concept of History.

SUMARIO:

- Planteamiento del Problema.
- Walter Benjamin.
- El delito como una manifestación del poder político. (Hipótesis de trabajo, una idea para tomar en cuenta¹)
- Angelus Novus.
- La Memoria.
- Conclusión.

¹ El consejo expuesto hace ya muchos años por un pensador latinoamericano cuando decía que lo mejor en la actividad intelectual no es *pensar por sistemas, sino por ideas para tener en cuenta* (Vaz Ferreira). Así citado por SALAS (inédito de próxima publicación).

Planteamiento del problema

En el derecho penal y más concretamente dentro de la denominada “criminología”² han intentado a la largo de casi dos siglos de historia una explicación al origen del fenómeno delincencial en primera instancia (paradigma etiológico) y más recientemente, aproximadamente a partir del primer tercio del siglo XX, con nuevas tendencias, vgr. teorías de la anomia, teorías del etiquetamiento (interaccionismo simbólico), teorías de la desviación, teorías de las subculturas criminales, la criminología crítica, la ideología de la defensa social, la criminología de la liberación, por citar algunas; al estudio y análisis de los distintos mecanismos sociales en la constitución del fenómeno delincencial.

Ahora, más modernamente, con el abandono de dichas tendencias hacia los años 80 del siglo anterior y en adelante, los antes denominados “*criminólogos*” han venido a recalar en una nueva disciplina sobre el funcionamiento y la interacción de los distintos componentes sociales y la operación de dichos componentes en torno a la cuestión criminal³, ello por medio de la denominada sociología del control penal, que como señala Bergalli dicha propuesta consiste en “...salirnos de los marcos estrechos que nos fijaba la tradicional denominación de criminología (...), que nos mantiene dentro del círculo vicioso que consiste en seguir discutiendo sobre el objeto y el método que determinarían el carácter científico de la disciplina, apegada a la ideología penal que da origen a su existencia y

2 “La criminología contemporánea, desde los años treinta en adelante, se caracteriza por la tendencia a superar las teorías patológicas de la criminalidad, es decir aquellas que se basan en las características biológicas y psicológicas que diferenciarían a los sujetos “criminales” de los individuos “normales” y en la negación del libre arbitrio mediante un rígido determinismo. Estas teorías eran propias de la criminología positivista que, inspirada en la filosofía y en la psicología del positivismo naturalista, predominó entre los fines del siglo pasado comienzos del presente. Así BARATTA (1986:21). Se refería el autor los siglos XIX y XX.

3 La llamada cuestión criminal, en los campos del conocimiento relativos al estudio y comprensión de las sociedades, ha ido empleando en las últimas décadas, en Europa, principios, categorías y métodos de investigación en las disciplinas sociales. En ciertos terrenos más restringidos del comportamiento humano tales cambios fueron idóneos para explicar, complementar o rectificar lo que hasta entonces habían constituido los únicos parámetros de comprensión de la conducta criminal: el médico y el jurídico. De tal modo, y con alteraciones también acaecidas en el terreno de las teorías sociales, en el cual se hizo sentir con mucho vigor el influjo del pensamiento crítico de la llamada Escuela de Frankfurt, el conocimiento criminológico se convirtió, asimismo, poco a poco, en un fértil terreno de cuestionamiento al saber tradicional. Las causas individuales de la conducta criminal, orientadoras de tal conocimiento y complementarias de la definición jurídico-penal de dicha conducta, comenzaron a perder el interés central y a ser reemplazadas por el estudio de los procesos mediante los cuales las sociedades construyen y aplican las definiciones de los comportamientos reprobables, tanto social como jurídicamente. De este modo fue como el conocimiento criminológico se amplió y, a la vez, se hizo más social y político. La verdadera revolución epistemológica se produjo cuando, definitivamente, el objeto de estudio de la tradicionalmente denominada criminología mudó del delito al control del mismo. Una nueva forma de abordar la cuestión criminal había sido inaugurada y, a través de ella, por primera vez de manera coordinada, iban a ser analizados, por ejemplo, los procesos de creación de la ley penal (Sistema Penal estático) o la conformación y actuación de las agencias policiales, judiciales y penitenciarias (Sistema Penal dinámico). En efecto, el objeto de estudio se había desplazado: se trataba ahora de estudiar, investigar y observar al propio Sistema Penal... Así BERGALLI, ROBERTO/RIVERA, IÑAKI, en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012. Contraportada y contracubierta.

condiciona su contenido...”; para denominar **sociología del control penal** “ al estudio de todas aquellas instancias, instrumentos, categorías y momentos sólo previstos por las normas jurídico-penales que promueven la legitimación del orden, pero no ya en su dimensión dogmática, sino en aquella dialéctica que pretende demostrar cuáles son los intereses socio-culturales y político-económicos que articulados en el sistema de producción están en su génesis, desarrollo y aplicación...”⁴

Ahora bien, es dentro del marco teórico de referencia, precisamente en condición de alumno del Prof. Iñaki Rivera Beiras que me encuentro por primera vez con un autor, a quien confieso, no conocía y además, indico sin mayores consideraciones, en su primera presentación por parte del Prof. Rivera, tampoco me llamó la atención. Me refiero a Walter Benjamin, no obstante; una segunda presentación del concepto de *“la memoria”* expuesto por Benjamin, me llevó a la reflexión que de seguido expongo, con la esperanza de iniciar en nuestro medio un diálogo académico al respecto.

Walter Benjamin

Walter Benjamin. Había nacido en Berlín en 1892 y estudiado en las Universidades

de Friburgo, Berna y su ciudad natal. Filósofo, crítico literario, narrador él mismo, poeta, su obra abarca desde la mística judía a la crítica de la modernidad, pasando por la sociología del lenguaje, la estética o la política. Exiliado primero en París, con la ocupación nazi intentó la huida a través de los Pirineos, pero la Guardia Civil española le impidió la entrada al país. En la frontera Portbou, y ayudado por la morfina, puso fin a su vida.⁵

AGUIRRE ROJAS en torno a la figura de Benjamin nos indica: “Walter Benjamin, que ha vivido entre 1892 y 1940, en la Alemania y en la Europa de esos agitados y cambiantes tiempos de finales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, ha sido sin duda uno de los más importantes intelectuales europeos de su propia época. Intelectual imprescindible dentro de una adecuada comprensión de la historia de la cultura europea del ‘primer siglo XX’, Benjamin ha captado, con una excepcional agudeza crítica y con una percepción extremadamente fina, varias de las más importantes lecciones derivadas de los complicados sucesos históricos, y de las profundas transformaciones sociales y culturales de esta misma Europa ya mencionada. Una Europa que ha sido sacudida, sucesivamente, por el ascenso

4 Citado por BOMBINI, a quien se puede consultar in extenso sobre este desarrollo de las distintas corrientes criminológicas. Me he inclinado por esta referencia por su elocuencia, sin embargo, debo advertir al lector, que en el texto de Bombini, se da la solución de continuidad como Bergalli, 1985:18-19, no obstante, al consultar la bibliografía de ese trabajo, en la misma no se cita ninguna obra de Bergalli del año 1985, por lo que no he podido verificar la fuente original.

5 Así OLMO BAU, op. cit. No debemos obviar eso sí, que aunque oficialmente esta es la historia, se tejen alrededor de la muerte de Benjamin, versiones acerca de una conspiración para asesinarlo y se rechaza la tesis de su suicidio.

de potentes movimientos obreros y por los audaces intentos de las revoluciones socialistas finalmente fallidas, por la absurda primera gran guerra europea de 1914-1918, por la crisis económica de 1929 y el ulterior ascenso del nazismo, del fascismo y del franquismo, y finalmente, por la irrupción también cruel e irracional de la segunda guerra mundial, configurando, a partir de todos estos procesos, el claro escenario de una auténtica *crisis* profunda, tanto del proyecto civilizatorio global europeo, como también del conjunto de los fundamentos de la razón europea moderna”.⁶

Hay que tener claro, que Benjamin no es en sentido estricto uno de los pensadores clásicos de la denominada “escuela de Frankfurt”⁷. Señala REYES MATE que “Walter Benjamin se ha convertido en autoridad. No fue siempre así. En su tiempo brillaba la estrella de Horkheimer. Benjamin gozaba, efectivamente, de gran prestigio entre quienes le frecuentaban, pero públicamente era un perdedor. Puede que su trágica muerte haya dotado a sus

escritos de una cierta aura, aunque tardó en llegar⁸. La primera publicación de las *Tesis*, modestamente *ciclostiladas* en 1942, pasó inadvertida; lo mismo la de 1950 en una publicación alemana. Hubo que esperar a 1965 para que se empezara a hablar de Benjamin, siempre por detrás de los Horkheimer, Marcuse y Adorno. Luego vino el ciclón Habermas, que también sepultó a Benjamin, pese a que Habermas decía tenerlo por libro de cabecera (habría que decir mejor de “almohada”). Pero desde los noventa la estrella de Benjamin brilla cada vez más. ¿Las causas? Las hay internas y externas. Las internas: su propia calidad. Sus análisis sobre las formas culturales son obligados. Por ahí vino su relanzamiento. Luego estaban sus análisis políticos, mucho más difíciles de digerir, sobre todo en sociedades opulentas. Se van haciendo camino porque la bonanza de las grandes cifras económicas en este mundo globalizado, lejos de solucionar viejos problemas materiales los está acrecentando. Con esto ya estoy aludiendo a las causas externas del interés contemporáneo por Benjamin: a la vista de la magnitud de los

6 Así AGUIRRE ROJAS, op. cit.

7 Lo que llamamos Escuela de Frankfurt es una iniciativa que tiene lugar en 1922-1923 con el objetivo de repensar críticamente el marxismo, la primera generación. Luego del exilio [como consecuencia del nacionalsocialismo alemán] surge una segunda generación [relevo generacional] con Habermas. Cuando hoy se hace referencia a la Escuela de Frankfurt, básicamente se identifica con éste último y sus trabajos. Una explicación sucinta y bastante clara de lo que es la Escuela de Frankfurt, la hace REYES MATE, en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012: 62.

8 La Escuela de Frankfurt tiene además un círculo externo. El círculo interno sería Adorno, Horkheimer... Benjamin fue un marginal –unas veces automarginado y otras marginado–, en cualquier caso un marginado en la Escuela de Frankfurt. Se acercó a ella y no fue bien tratado. Le escatimaron las ayudas y sometieron sus escritos a censuras y correcciones un tanto abusivas. Brilló en vida menos que los demás aunque ejerció una enorme influencia en la distancia corta, pero públicamente fue sombreado por las figuras enormes de Horkheimer y Adorno. Las cosas han cambiado. Hoy en día la figura más comentada, más citada es, sin duda, Walter Benjamin. Así REYES MATE en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012: 65.

problemas, se va acabando el crédito para pensamientos débiles o políticamente correctos”⁹.

El delito como una manifestación del poder político.

(Hipótesis de trabajo, una idea para tomar en cuenta)

*El derecho penal y el poder son muy buenos vecinos.
Cornelius Prittwitz¹⁰.*

El presente trabajo parte de una idea que ha sido expuesta por Eugenio Raúl Zaffaroni¹¹, a saber: que “la criminalidad es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales” y por lo tanto, que la relación entre criminalidad y marginalidad social “no es absolutamente directa”. Sin embargo, teniendo claro

lo dicho, la hipótesis central de esta investigación es que al ser el derecho como tal, una manifestación de poder del Estado y el delito una definición estrictamente normativa [producto de esa manifestación], en la definición de las conductas delictivas, existen ciertos factores meta jurídicos (en lenguaje de Kelsen) que determinan no solo el contenido de los tipos penales, sino que, al mismo tiempo, la interpretación que de ellos se haga y por tanto su aplicación práctica.¹²

Por mi parte, concibo el delito como una manifestación de poder del Estado, esto es, que desde mi óptica es delito aquello que el Estado defina con tal carácter, independientemente de la construcción teórica que se escoja¹³. Desde luego, un tema

9 Así REYES MATE, op. cit (documento electrónico).

10 Lección Inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Primer Ciclo Lectivo 2012 a cargo del Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Johan Wolfgang Goethe de Frankfurt del Meno, República Federal de Alemania, denominada “La Criminalidad de los Poderosos”, en adelante citado como Lección Inaugural.

11 Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni palabras de cierre del Primer Congreso Comunicación/Ciencias Sociales desde América Latina: “Tensiones y Disputas en la Producción de Conocimiento para la Transformación” (Comcis), que se desarrolló en la Facultad de Periodismo de la Universidad de Buenos Aires.

12 Esta es una de las tesis fundamentales de mi trabajo inédito (en prensa) intitulado: Poder político y fenómenos de criminalización. Estudio sobre el concepto de poder político “derivado” y “oculto” hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente, de próxima publicación.

13 “El estructural-funcionalismo (teorías de la anomia) ha rebatido la naturaleza patológica que tradicionalmente se atribuía al delito, argumentando que éste es consecuencia del normal funcionamiento del sistema social. Frente al principio del bien y el mal (la sociedad representa el bien, el delito y el delincuente, el mal), las teorías anómicas apelan a la funcionalidad del crimen, cuya etiología aparece unida -afirman estas teorías--- a los procesos sociales ordinarios y cotidianos de un orden social intacto.” Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994). La teoría estructural-funcionalista de la anomia y de la criminalidad afirma:

1) Las causas de la desviación no deben buscarse ni en factores bioantropológicos y naturales (clima, raza), ni en una situación patológica de la estructura social.

2) La desviación es un fenómeno normal de toda estructura social.

3) Sólo cuando se hayan sobrepasado ciertos límites, el fenómeno de la desviación es negativo para la existencia y el desarrollo de la estructura social, si se acompaña un estado de desorganización, en el cual todo el sistema de reglas de conducta pierde valor, mientras no se haya afirmado o formado??? aún un nuevo sistema (es ésta la situación de “anomia”). Viceversa, dentro de sus límites funcionales, el comportamiento desviado es un factor necesario y útil del equilibrio del desarrollo sociocultural.

Así BARATTA (1986:56).

aparte lo constituye la legitimación ética, moral, social y/o religiosa de la conducta descrita en la ley.¹⁴ Desde esta perspectiva, delito es aquello que un Estado defina como tal y no otra cosa, pero lo más importante es, que eso y nada más eso, es delito. Así el proceso de definición de la conducta delictiva tiene un rol tanto creador como limitador. Por una parte crea la figura del delito y a la vez lo define y en esa definición encuentra sus límites.¹⁵

De lo expuesto se colige, que en última instancia el delito ni existe como tal fuera de un proceso formal de creación jurídica y tampoco existe más allá de ese proceso. No obstante, a la vez que definimos la conducta delictiva, creamos el delito y por eso la pregunta obligada es ¿quien crea el delito,

por qué, cómo y cuándo se crea? y es a esto que se le denomina criminalización.

Angelus Novus.

En 1940, Benjamin escribe sus tesis sobre el concepto de historia, que contienen reflexiones fundamentales sobre el tiempo histórico y las tareas del materialismo histórico. Benjamin critica en este escrito los conceptos de historia fáctica, tiempo lineal y progreso en los que se basa el historicismo de los vencedores, y le contrapone el objetivo de la memoria de los vencidos, su concepto de *Jetztzeit* (“tiempo-ahora”¹⁶) y de la “verdadera imagen del pasado” que pasa velozmente. Al ser el último texto que redacta, este escrito ha quedado como legado intelectual de Benjamin. Aquí aparece

14 No se desconoce aquí ni las tesis de ROUSEAU, acerca de la función legislativa de que “con el pacto social le hemos dado vida al cuerpo político; se trata ahora de darle el movimiento y la voluntad con la legislación”, ni tampoco los límites establecidos sobre todo desde la perspectiva del derecho constitucional, al principio de libertad jurídica, como tampoco el contrapeso establecido desde las corrientes constitucionales del derecho español con base en el “pluralismo político” o bien la doctrina de la racionalidad constitucional de cuño alemán y de origen anglosajón “due process of law” que pasó como garantía innominada de derechos fundamentales (1984 caso *Hurtado vs California*), Pasim, HERNÁNDEZ VALLE (2007). No obstante, desde mi punto de vista una cosa está clara, se podrá cuestionar la legitimidad de una ley penal desde cualquier punto de vista, pero mientras esté vigente en el Estado, se aplicará y en consecuencia será derecho positivo por más que se le cuestione.

15 Claro está eso sí, que me parecen muy acertados los comentarios de HULSMAN, en entrevista con BERNAT DE CELIS y ante la expresión de éste último “Lo que usted explica proyecta una imagen bastante inquietante sobre la manera como se consigue la aprobación de los proyectos de ley! Y sobre la manera como son elaborados! Durante ese período de mi vida vi claramente cómo son fabricadas las leyes por funcionarios subalternos. Enmendadas luego precipitadamente y por compromisos políticos, no tienen absolutamente nada de democráticas y difícilmente son el efecto de una coherencia ideológica. Pero aun, son dictadas ignorando la diversidad de situaciones sobre las que van a influir... Pero esta confrontación con una realidad sin relación con los principios recibidos no fue sino una etapa en mi descubrimiento de que, en nuestra sociedad, nada funciona en el fondo según los modelos que se proponen. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:8).

16 En Benjamin el “tiempo ahora” es ese punto de significación que tiene el pasado y que no ha sido amortizado todavía y que está vivo de alguna manera. Esto es el aspecto más original y más discutible de Benjamin, porque se entiende qué quiere decir cuando dice que el pasado nos asalta, pero para eso hay que dar el pasado un carácter casi mágico, como si tuviera vida propia, estuviera por encima de nosotros. Así REYES MATE en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012: 83.

también la figura clave en la que se plasma la idea de Benjamin de historia y memoria: el Ángel de la Historia que Benjamin ve en el “Angelus Novus” de Paul Klee.¹⁷

De las tesis de Walter Benajmin, me interesan para efectos del presente trabajo tres:

(VIII)

La historia vista desde los oprimidos muestra que la barbarie no es excepcional, sino la regla de la historia dominante. Esta cuestión interpretativa es crucial. Hechos como el fascismo no son un “estado de excepción” dentro de una totalidad racional, sino su confirmación.

Desde luego, sin entrar en consideración de tipo epistemológico y más – conjetura de mi parte¹⁸-, de manera instintiva que reflexiva, a menudo vemos cómo los procesos de definición de las conductas delictivas “alcanzan” a ciertos sectores sociales que son “clientela del sistema penal”. De la misma manera por oposición, ese mismo proceso, deja por fuera [exclusión] a otros sectores de la población, mi tesis sin embargo; [considero que es lo rescatable], es que como esto

siempre sucede de la misma manera, nos parece normal y por lo tanto, no percibimos [o no nos interesa percibir], la sutileza del proceso definitorio de segregación social que ello implica. Se ha señalado en otro momento que ... que la perspectiva desde la que se aprecia el fenómeno delincencial difiere de manera significativa, dependiendo del punto de vista de quien lo mire.¹⁹

De otra parte, existe un tipo de personas que han hecho del delito una forma de vida, que incluso al estilo de los aprendices medievales, repiten como un oficio de generación en generación, perpetuando el ciclo del crimen y constituyéndose en una clase social, destinada por supuesto a ser clientela de los aparatos de poder estatal encargados del control social formal, a través del subsistema jurídico penal.

El problema que ahora apunto, no centra su interés por el contrario, en el delincuente en sí mismo [a fin de cuentas es una categoría que le hemos dado], sino que más bien, se concentra en el proceso de la definición – ya apuntado en por la teoría del “enfoque del etiquetamiento” o del “Labelling Approach”²⁰. Lo anterior, por cuanto, al igual que los

17 Así PINILLA/RABE, op. cit. Al final de este texto, como un anexo, se incluye una copia de la obra.

18 En lenguaje popperiano. Al respecto puede consultarse in toto POPPER, KARL R., Conjeturas y Refutaciones, El desarrollo del conocimiento científico, Ed. Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972, adaptación la (4ª ed. Inglesa).

19 Señala HULSMAN: “Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y en el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro. Según que uno haya nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es”. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:52). Cfr. SALAZAR, op. cit.

20 Cfr. BOMBINI, op. cit.

“oprimidos” en la tesis de Benjamin, la concepción del fenómeno delincencial, vista desde la óptica del “delincuente”, presenta una realidad muy distinta, que cuando es enfocada desde la perspectiva de la “víctima”.

La verdadera pregunta es ¿cómo serían las categorías de delito, delincuente, proceso y víctima, por citar algunas; si en lugar de ser definidas por las clases detentadoras del poder político, fueran estas definidas por quienes mejor las conocen [para quienes se diseñan en última instancia], y no por quienes las construyen desde la cosmovisión de los “opresores” según la concepción de Benjamin?.²¹

(IX)

La tesis del *Angelus novus* representa la concepción ilustrada de progreso, denunciando su irracionalidad.

Es la tesis más conocida de la obra (la novena) es probablemente aquella en que Benjamin realiza una interpretación alegórica del cuadro de Klee ‘*Angelus Novus*’, comparando el progreso con una acumulación continua de desperdicios y ruinas, “*con una catástrofe ininterrumpida*

*que el ángel de la historia, arrastrado por la tormenta, con las alas desplegadas, impotente e invadido por el horror, ve crecer ante sí. Lo que, equivocadamente había sido considerado como una marcha triunfal de la humanidad hacia el progreso, en realidad no era sino la marcha triunfal de los vencedores hacia el fascismo y hacia la guerra”*²².

Señalan PINILLA/RABE²³ ...el *Angelus Novus*, el “Ángel de la Historia” en las *Tesis sobre el concepto de Historia*, que dirige su mirada al pasado presenciando espantado la acumulación de escombros que va dejando la historia. En el marco de este planteamiento, González García diferenció dos maneras opuestas en las que se puede presentar la Fortuna en el siglo XX. Como muestra la imagen (de 1907) de la cubierta del libro de González García, puede haber una buena Fortuna, representada con la palma de la victoria (la figura en primer plano de la cubierta), y una mala Fortuna, una Fortuna derrotada (la figura que aparece al fondo de la cubierta sosteniendo un neumático roto en la mano.) El conferenciante resaltó también la transformación que se produjo en Prusia con respecto a la figura de la *Niké*, diosa de la Victoria, que va a adoptar los atributos del ángel cristiano. En el siglo XVIII empiezan a aparecer en Prusia ángeles en el espacio público donde asumen una

21 Al respecto y con relación al derecho internacional público existe un interesantísimo texto de DANILO ZOLO, *La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Ed. Trotta, 2006, el cual recomiendo como una lectura para ampliar los conceptos aquí expuestos.

22 Así TRAVERSO 1991:33.

23 Resumiendo la conferencia de JOSÉ MARÍA GÓNZÁLEZ GARCÍA, ver PINILLA/RABE, op. cit, págs. 294-295.

función político-religiosa. En Berlín nacerán en plazas, palacios, puentes y fachadas de casas incontables ángeles, muchos de ellos vinculados a la idea de la victoria, que marca la ideología política y militar prusiano-alemana del siglo XIX. Como afirmó González García, Benjamin tuvo que convivir con todos estos ángeles urbanos en su ciudad natal. Aunque Benjamin no hizo nunca referencia, según González García, a la Fortuna, sí habló de un ángel que se encontraba en aquel entonces en un lugar destacado de la capital alemana y que representaba de manera muy clara la ideología de los Hohenzoller: se trata del Ángel de la Victoria (en *Infancia en Berlín hacia 1900*). El Ángel de la Victoria de los escritos de *Infancia* y el Ángel de la Historia de las *Tesis de Historia*, muestran, para González García, dos formas opuestas de tratar la historia. Mientras el primero representa la historia tal y como la escriben los vencedores, el segundo se hace cargo de la historia y memoria de los vencidos.

Empleando esta categoría del “progreso”, si nos remontamos a los tiempos de la ilustración cuya figura sobresaliente resulta la de Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, y su famosa obra *De los delitos y de las penas*²⁴ y confrontamos el discurso de la “moderna” teoría del delito, pronto caeríamos en cuenta, que no hemos avanzado tanto como creemos en el estudio de la cuestión

criminal, tal y como se expone al plantear el problema en este mismo texto.

(X)

Esta tesis es derivada de la anterior. Denuncia cómo la concepción ilustrada de progreso reaparece también en la izquierda: “La fe ciega de estos políticos en el progreso, la confianza en su ‘base de masas’ y, por último, su servil inserción en un aparato incontrolable no han sido más que tres aspectos de la misma cosa”. El pensamiento se hace cómplice de la concepción de la historia que sirve a la clase dominante. Esta idea se conecta con la de “peligro”: el de servir a dicha clase.

El punto medular desde mi perspectiva que debe de ser considerado en este momento, es el del poder político.

Al hablar del poder político necesariamente se debe advertir que cualquier definición que se ensaye acerca del concepto, debe de considerar el doble componente o tándem que implica, en primer lugar el concepto de poder y en segundo lugar, ese concepto asociado a un fenómeno más complejo, que es el concepto de política.

Cuando hablamos de poder, no me refiero aquí al poder otorgado, al formal, al legitimamente

24 Cfr. BOMBINI, op. cit. Ver por todos Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ediciones Orbis, S.A., Buenos Aires, 1984. Cfr. Llobet Rodríguez, J. *Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria*, San José, 1999 y Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy, 2ª ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

recibido por vías institucionales, este tipo de poder, por denominarlo de una forma, poder “derivado” no ofrece mayores problemas ni se presenta como interesante para efectos de este enfoque.

El poder al que me refiero y que guarda íntima vinculación con el proceso de criminalización²⁵, es precisamente el otro poder, “el oculto” el que no se deriva de una fuente de poder legítimamente establecida de acuerdo con las reglas sociales. Este poder y su ejercicio encierran misterios y relaciones, no siempre fáciles de detectar y que a la postre, ni su origen ni su dimensión, resultan de fácil descubrimiento.

De que el poder existe, creo que nadie duda, me refiero al poder “oculto”, de dónde viene y hasta dónde puede ser ejercido, esa es otra historia, quién lo ostenta, posiblemente nadie lo sabe a ciencia cierta aunque probablemente en toda sociedad se identifican con meridiana claridad algunos de sus detentadores, pero que una cantidad importante de individuos tienen consciencia de que se ejerce y de qué manera, tampoco tengo duda.²⁶

Precisamente, es en este punto y vistas las tres categorías anteriores esbozadas por Benjamin, que nos acercamos a la tesis central de esta exposición, la categoría de “la memoria”, como instrumento para “espabilar” nuestras mentes adormecidas y “advertir” los intrincados caminos que el poder político, sobre todo “el oculto” recorre en los procesos de criminalización y así aprender de nuestra propia experiencia.

La memoria.

Desde mi punto de vista, lo más rescatable del concepto de memoria en Benjamin, lo expresa REYES MATE, de la siguiente manera: “ Benjamin critica la relegación del concepto de memoria desde la historia de la filosofía, entendida como una facultad subsidiaria y marginada desde la modernidad por su carácter inicialmente conservador, al establecer la norma del pasado para el presente. Benjamin cuestiona de raíz estos planteamientos y no sólo rehabilita la memoria como concepto filosófico, sino también como concepto político y crítico. Su objetivo es plantear una filosofía de la historia alternativa a las surgidas en la Ilustración,

25 Para el profesor Kaiser, Günther, la Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo, y sobre los controles de esta conducta(...) a ella hay que agregar lo concerniente a la “víctima, y a la prevención del delito”, este autor postula la existencia de una concepción restringida de esta ciencia, y otra amplia; la primera sería la tradicional, que se limita a la investigación empírica del delito y la personalidad del autor; y la segunda por el contrario, incluye el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto de delito (criminalización), y sobre la lucha contra éste, los controles de la conducta desviada, así como los mecanismos de control policiales y judiciales(...) en consecuencia, el objeto de la Criminología abarcaría, el estudio de la creación de las leyes penales, sus infracciones y las reacciones sociales importantes”. Así GÓMEZ PÉREZ (1999:204)

26 Para consultar in extenso acerca de este tema, ver SALAZAR, op. cit.

dado que su racionalidad supuesta no ha llevado precisamente a un mundo racional. Tanto el historicismo como la ideología del progreso, que se basan en una concepción de tiempo lineal, son desenmascarados por Benjamin por su posible alianza con el fascismo, un pacto secreto que radica en sus planteamientos, pues acaban realizando una aceptación “natural” de las víctimas. La memoria benjaminiana como instrumento político hace presente la injusticia más olvidada o justificada, poniendo en evidencia toda justicia que olvida a la víctima. Reyes indagó de modo lúcido sobre el énfasis que Benjamin hace en el *lumpen*, la figura marginal olvidada y despreciada por Marx (*Lumpenproletariat*), como hilo conductor para retomar la memoria de lo que queda en las cunetas de la historia. El objetivo es fracturar, no discursivamente sino desde el fagonazo del testimonio y la memoria, la tendencia de reducir la realidad a la razón al modo hegeliano. De ahí que la memoria en Benjamin también quede iluminada desde su afán, atestiguado incluso desde su biografía, de adentrarse en las “razones del otro”, de lo que parecería que quedaría al margen o fuera. Partiendo de estas razones, Benjamin

otorga lucidez a la mirada del trapero, de aquel que repara en lo desechado”.²⁷

Comentando el concepto de memoria en relación con el progreso en Benjamin, señala REYES MATE: “...El problema no es el mal uso del progreso sino su lógica. El progreso piensa conquistar el futuro dando la espalda al pasado. Es incapaz, por principio, de establecer una relación entre injusticias pasadas y justicia presente, por eso puede plantearse la mejora del mundo sobre la producción industrial de víctimas. Sabe que todo se le perdona, como en el fútbol, por los buenos resultados. Los caídos serán lamentados pero “comprendidos”, como precio obligado²⁸ para que nuestros nietos vivan mejor o para que mejore una parte importante de nuestra generación..”.²⁹

Ahora bien, la historia de los procesos de creación del derecho, está permeada de una serie de influencias de todo tipo, dentro de las que se pueden citar los intereses en el orden político, político-electoral, económico, social, cultural [no siempre tan claros], etc. Auscultando en las leyes [y sobre todo las leyes penales], podríamos llegar a descubrir

27 Así PINILLA/RABE comentando a REYES MATE, op. cit, pag. 299-300.

28 Señala REYES MATE: “Hegel es muy consciente de ello cuando pregunta en su Filosofía de la historia, por qué los humanos sólo saben hacer historia sacrificando al hombre. Hegel es muy consciente que la historia se ha construido sobre víctimas, pero enseguida nos tranquiliza diciendo que son el precio de la historia, unas «floreillas pisoteadas al borde del camino». Y lo que hace Benjamin es decir, ojo, no son florecillas pisoteadas, es el precio de la historia. Entonces lo que hace la memoria, como conocimiento, es fijarse en eso que ha estado siempre ahí, las víctimas, y darles significación”. Así REYES MATE en FORERO/RIVERA/SILVEIRA, 2012: 82.

29 Así REYES MATE, op. cit.

detrás de bambalinas, una serie de teorías, discursos, intereses de toda ralea e incluso, llegaríamos muy probablemente a la conclusión de que en un porcentaje significativo de casos, ni siquiera el mismo legislador tiene claro dichos intereses.

A este último aspecto ya me he referido en otros sitios al señalar que la construcción de tipos penales no siempre es un proceso técnico [en sentido estricto], que suponga un acto consciente de deliberación por parte del Poder Legislativo, en el sentido, de que cada vez que se pretende crear un tipo penal, se realice de manera consciente un verdadero estudio acerca de proceso de inclusión y exclusión de conductas típicas, que la definición como tal implica. Más me atrevo a afirmar, como lo he expuesto en otros lugares, vgr. en una discusión sostenida con el Prof. Dr. Bern Schünemann durante una visita suya al Institut für Kriminologie und Wirtschaftstrafrecht de la Albert-Ludwig-Universität Freiburg, durante un Workshop organizado por el Prof. Dr. Klaus Tiedemann en el año de 1999, que existe lo que podemos denominar una especie de péndulo legislativo mediante el cual, ciertamente el Legislador crea las leyes, en apariencia pretendiendo responder a determinados intereses y proteger ciertos bienes jurídicos, mas eso es un discurso formal, pues en la realidad, simplemente crea las leyes, que luego son

abordadas por los distintos operadores jurídicos, que son quienes -en un ejercicio de interpretación-, procuran dar sentido a las leyes e incluso se lanzan a señalar cuál fue la intención del legislador [fin teleológico] al promulgar ciertas leyes, cuando muchas veces, ni el mismo Legislador, como tal, lo tiene claro.³⁰

No obstante lo anterior, [y fue esto lo que señalé en la parte introductoria de este artículo] cuando por segunda vez me fue presentado el concepto de “memoria en Walter Benjamin” por parte del Prof. Rivera Beiras, de inmediato saltaron frente a mi una serie de interrogantes, a saber: ¿toma en cuenta el Legislador en el momento de promulgar las leyes penales, al destinatario de las mismas?, ¿importa para la sociedad qué opina el “delincuente” de la definición que de su conducta se hace en el plano social?, ¿se considera para efectos de establecer los “fines” de la pena, la opinión de los individuos a quienes éstas se dirigen, de manera que los fines propuestos [de forma programática] sean alcanzados de manera efectiva con la participación activa de los destinatarios?, y un largo etcétera, cuyas respuestas ya conocemos, es un simple no, para los individuos de mente más amplia, un jamás para el resto de los mortales y un ¿estás demente?, probablemente para los más conservadores.

30 Cfr. SALAZAR, op. cit. (de próxima publicación).

He reflexionado acerca de lo expuesto, con el propósito de valorar cómo en la práctica opera el castigo en otras dimensiones y siendo padre de una niña, la he tomado como ejemplo. En ocasiones, sobre todo cuando los niños se encuentran en una edad muy temprana y comienzan a tomar consciencia del mundo que les rodea de una manera racional [la denominada edad de los por qué], en dónde todo lo cuestionan, encontramos serios problemas para comunicarnos con ellos sobre las cosas más simples, precisamente porque ante cualquier manifestación de nuestra parte o discurso explicativo, inmediatamente surge la pregunta ¿por qué?, ante la siguiente respuesta nuevamente la misma pregunta y así hasta el cansancio.

El interrogante más complejo que he tenido que responder ante mi hija [al menos hasta el momento de escribir estas líneas] ha sido precisamente cuando con la intención de lograr “corregir” un comportamiento “inadecuado” le he infligido un castigo, de inmediato la pregunta ¿Papá por qué me castigas, es que no me quieres?, tratar de explicarle a un niño que se le castiga por amor, es algo así como encontrar la cuadratura del círculo. He ensayado todo tipo de respuestas y no he encontrado una que satisfaga a mi hija. Veamos otra, ¿Papá, pero si ya entendí el error, por qué sigo castigada, me dijiste que era para que entendiera?, Puff!, recto a la mandíbula y KO. Otra tan bella como las anteriores ¿Papá, pero si me dices que me

quieres y me castigas para que aprenda y ya aprendí, me dices que soy inteligente, por qué tengo que seguir castigada para que no se me olvide, si lo tengo muy presente y no se me va a olvidar?. Aquí como dije antes, podríamos ir hasta el infinito, y cada respuesta complica más la siguiente pregunta.

Pues bien, ahora frente al “delito”, me pregunto ¿por qué no hemos tomando en consideración al “delincuente” a la hora de definir la conducta que vamos a castigar?, ¿por qué no hemos buscado un acuerdo con el “infractor” para determinar la forma más “adecuada” de sancionar la infracción que ha cometido?, o ¿por qué no hemos establecido de común acuerdo con el delincuente, los fines de la pena que éste deberá sufrir ante la infracción cometida?, ¿por qué?, ¿por qué?, ¿por qué?. Quisiera que alguien me conteste, no soy yo quien dará las respuestas, este artículo en más una provocación que un ejercicio por brindar respuestas, no por pedantería, si las supiera las daría, sino por ignorancia, confieso que las desconozco.

Conclusión

Es difícil llegar a concluir un trabajo por naturaleza “inconcluso” cuando apenas unas líneas arriba he indicado que no doy respuesta alguna a mis preguntas porque no las tengo y además, que no encuentro la explicación a las interrogantes que he formulado.

Creo que siendo muy sincero, he de señalar lo que la experiencia me ha enseñado, tanto en mi vida social, como en mi rol de padre, incluso en mi campo académico y/o profesional. Sin temor a equivocarme, he visto en todos los campos, que cuando un individuo tiene claro el porqué de algo, cuando se le toma en cuenta su opinión, incluso, cuando considera que cualquier acto, disposición, conducta o comportamiento, de un tercero para con él, le puede reportar algún beneficio a sí mismo, si se trata de una persona con plenas capacidades, lo toma con buena disposición y se empeña en lograr el cumplimiento de los fines propuestos por quien así actúa.

Si esta lógica es correcta, pienso que una buena forma de lograr los “fines” de la pena, lograr la modificación de las “conductas desviadas”, las transformaciones sociales tan necesarias de nuestro tiempo, es precisamente no “olvidar” a los destinatarios de la norma, no actuar como lo hemos hecho en el pasado en “aras de alcanzar el progreso”, sino más bien, incorporar en el proceso de creación y ejecución del derecho, al individuo para quien se “confeccionan las leyes penales”. Claro está [y es aquí en donde dejaré la discusión por ahora], si es que moral y éticamente podemos “descubrirnos” frente al destinatario de la norma y revelarle los verdaderos fines del derecho penal, para que como nosotros, se

integre en el proceso y recorra con nosotros el camino para lograrlos. De no ser así, otro gallo cantará y lo que hasta ahora hemos hecho, ha sido un rotundo éxito, porque no conozco un orden político que no tenga un derecho sancionatorio y no se ha encontrado aún sustituto alguno para él, por lo que derecho penal y Estado [no importa de qué tipo], son una mancuerna indisoluble, el uno es consustancial al otro.

BIBLIOGRAFÍA

- (Sin autor). <http://sicarioinfernalforosgratis.org/t139-el-concepto-de-historia-de-walter-benjamin-fragmentos>.
- (Sin autor). <http://walterbenjaminportbou.cat/es/content/glossari> (sin autor).
- (Sin autor). Las víctimas de la historia y Walter Benjamin en: <http://herodotovirtual.blogspot.com/2007/06/las-vctimas-de-la-historia-y-walter.html>.
- Aguirre Rojas, Carlos Antonio. Walter Benjamin y las lecciones de una historia vista a contrapelo, en: http://www.dhi.uem.br/publicacoesdhi/dialogos/volume01/vol5_atg1.html.
- Baratta, Alessandro, Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Siglo XXI editores, México, 1986.
- Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas, Ediciones Orbis, S.A., Buenos Aires, 1984.
- Benjamin, Walter, 1992. *Cuadros de un pensamiento*. Buenos Aires, Imago Mundi.

- Bombini, Gabriel. Breve recapitulación epistemológica en torno a la “cuestión criminal” en: <http://www.criminologiamdp.com.ar/downloads/bombini1.pdf>.
- Cuadra R., Álvaro. La obra de arte en la época de su hiperreproductividad digital en: <http://www.e-torredobabel.com/Estudios/Benjamin/Benjamin1.htm>.
- Flórez Miguel, Marcelino, Memoria de la Víctimas. Hacia una cultura de la moria en: <http://www.revistapueblos.org/spip.php?article1266>.
- Forero, Alejandro/Rivera, Iñaki/Silveira, Héctor. Filosofía del mal y memoria. Antropos, Barcelona, 2012. Citado como FORERO/RIVERA/SILVEIRA.
- Fressoli, Guillermina, Memoria y recuerdo en la obra de Walter Benjamin, Afuera, estudios de crítica cultural, Año VI, Número 10, Mayo 2011, en: <http://www.revistaafuera.com/articulo.php?id=51>.
- García, Luis Ignacio. Constelación austral. Walter Benajmin en la Argentina en: <http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-43/constelacion-austral-walter-benjamin-en-la-argentina>.
- García-Pablos de Molina, Antonio, PROBLEMAS Y TENDENCIAS DE LA MODERNA CRIMINOLOGÍA, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Ponencia, Serie: Penal. CONSEJO SUPERIOR DEL PODER JUDICIAL, 1994, p. 315-364.
- Gómez Pérez, Ángela, Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología en en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales, Editora dos Tribunais, Ano 7, n. 26, abr – jun/99, p. 203-212.
- Hernández Valle, Rubén, La creación de delitos y penas y los límites de la discrecionalidad legislativa, en Llobet Rodríguez, Javier (compilador), Justicia Penal y Estado de Derecho, libro homenaje a Francisco Castillo González, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, p. 59-65.
- Hulsman, Louk/Bernat de Celis, Jacqueline, Sistema penal y seguridad ciudadana, Hacia una alternativa, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984.
- Lección Inaugural. Así citado para referirme a la Lección Inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Primer Ciclo Lectivo 2012 a cargo del Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Johan Wolfgang Goethe de Frankfurt del Meno, República Federal de Alemania, denominada la “Criminalidad de los Poderosos”.
- Llobet Rodríguez, J. Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria, San José, 1999.
- Llobet Rodríguez, Javier, Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy, 2ª ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.
- Olmo Bau, Carlos, Walter Benjamin: Historia, Tiempo, Memoria en: <http://es.scribd.com/doc/57079950/Walter-Benjamin-Historia-Tiempo-Memoria>.
- Pinilla, Ricardo/Rabe, Ana María. Los

espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin en: http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_18.pdf.

- Poe Lang, Karen. Sobre algunos temas en Walter Benjamin. Revista de Ciencias Sociales, Año II, Volumen II, Número 100, Universidad de Costa Rica, 2003, pgs. 61-70. Se localiza en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/153/15310005.pdf>.
- Popper, Karl R., Conjeturas y Refutaciones, El desarrollo del conocimiento científico, Ed. Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972, adaptación la (4ª ed. Inglesa).
- Primo Marsiglia, Elan. Walter Benjamin y Marc Chagal en: <http://www.tumeser.com/-/cultura/171-walter-benjamin-y-marc-chagall>.
- Rabe, Ana María. Benjamin en la Argentina: Historia, Memoria y el presente del pasado en; http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_19.pdf.
- Reyes-Mate, Manuel. Medianoche en la historia. Actualidad de Walter Benjamin, Pensamiento Crítico en: <http://www.pensamientocritico.org/manrey0307.html>.
- Salas, Minor E. Ni Roxin ni Jakobs' ¿Necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?. De próxima publicación.
- Traverso, E.; "Walter Benjamin y León Trotsky. afinidades y divergencias marxistas", en *Imprecor*, nº83, Madrid, abril de 1991, pág 33.
- Zolo, Danilo, La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad, Ed. Trotta, 2006.

* Weder Roxin noch Jakobs. Este es el título original de este trabajo. Él fue escrito para el libro homenaje a Claus Roxin con motivo de sus 80 años: (Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Walter De Gruyter Inc., 2011). Sin embargo, el trabajo nunca llegó a publicarse, incluso una vez enviado a los editores en dos versiones (una extensa y otra reducida) y a petición expresa de éstos. Al parecer, finalmente resultó demasiado "crítico" como para ser aceptado por un grupo que, al igual que otros en el campo jurídico (y no solo en Alemania!), se comportan como una secta religiosa. Dada esta circunstancia, el trabajo se publica ahora en honor al Prof. Dr. Juarez Tavares quien, a diferencia del grupo referido, pertenece a un raro sector de la dogmática que no reciente la crítica ni la demolición de ídolos. Para él, entonces, mis mejores deseos y mi agradecimiento. Nota del Autor.

ANEXO

