

# Los desafíos del derecho penal frente a la crueldad

Eugenio Raúl Zaffaroni

**SUMARIO:** I.- Fragmentación; II.- La equivocidad de la expresión derecho penal; III.- Nos condicionan nuestros respectivos contextos; IV.- Manipulación mediática e informática; V.- Debilitamiento de la prevención secundaria; VI. - Estados atrofiados; VII.- Mecanismos de defensa; VIII.- La tarea del penalismo no es menor; IX.- ¿Qué es el poder punitivo?; X.- Las dificultades humanas; XI.- ¿Es esto un derecho penal crítico?; XII.- Síntesis

**RESUMEN:** Conferencia dictada en la clase abierta y pública realizada el lunes 24 de junio de 2024 en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el marco del programa «Clases magistrales del Departamento de Derecho Penal y Criminología».

**PALABRAS CLAVE:** poder punitivo – penalización – Estado – nuevas tecnologías – medios – derecho penal crítico

## I.- Fragmentación

Se nos acostumbra a fragmentar la realidad, de modo que, al saber más sobre menos, perdemos de vista los vínculos entre las diferentes facetas de una única realidad, en la que nada queda suelto. Por eso, a primera vista pareciera que poco tendría que ver el derecho penal con la reafirmación o el deterioro de nuestra

democracia, de nuestra República e incluso de nuestra soberanía. En esta intervención espero demostrar justamente lo contrario.

## II.- La equívocidad de la expresión derecho penal

Ante todo, es necesario destacar que la expresión «derecho penal» es equívoca. Aquí no nos referiremos a su uso como ley penal, que la hacen los políticos, y tampoco a su empleo como sinónimo de poder punitivo, que los ejercen las policías. Me referiré a lo que hacemos los penalistas en América Latina, es decir, quienes en lo académico cultivamos el saber que interpreta la legislación en forma sistemática, con la aspiración de orientar las sentencias de los jueces.

### a) Teorizamos para los jueces

Dado que con nuestras construcciones teóricas aspiramos a orientar a los jueces en sus sentencias que *habilitan* el ejercicio del poder punitivo formal (que ejercen las agencias ejecutivas), esas sentencias son actos de un poder del Estado y, por ende, de gobierno de las *polis*, o sea, actos *políticos*. En este sentido, la dogmática jurídico penal elabora programas políticos que proyectan decisiones acerca de cuándo se habilita el ejercicio del poder punitivo formal y cuándo no se lo hace.

## III.- Nos condicionan nuestros respectivos contextos

Es obvio que los penalistas elaboramos nuestros sistemas en cierto contexto *nacional, regional y mundial*, en Estados con vínculos jerárquicos verticales, pero sostenidos también por los horizontales de comunidad. Como el *penalismo latinoamericano* está condicionado por nuestro contexto, sin incorporar sus datos de realidad es imposible ensayar cualquier respuesta racional, pero tampoco acertaríamos si nuestra visión no pasase de los campanarios de nuestras aldeas regionales.

Al menos desde que en el siglo XV se configuró el *sistema mundo* –y más en la actual *globalización*- el contexto es una suerte de esfera con capas, siendo la más amplia la de los condicionamientos mundiales, que se manifiestan en cada región – básicamente el sur y el norte planetario- de modo diferente.

### **a) La capa más general del contexto: la mundial**

El actual contexto mundial se caracteriza por su acelerado desarrollo tecnológico, fruto de un conocimiento cuyo objetivo señaló Francis Bacon en el siglo XVII: *saber para dominar a la naturaleza*. Desde que en el siglo pasado se alcanzó un potencial tecnológico capaz de aniquilar físicamente a la humanidad, los filósofos y pensadores mostraron sensible alarma, porque Bacon no se preguntó para qué dominar a la naturaleza, o sea, para qué el poder.

### **b) ¿Para qué el poder?**

Como nunca se dio una respuesta, el poder se ejerce siempre conforme a los intereses dominantes en cada momento histórico, que ahora son los de una economía mundial que hipertrofió el aparato financiero del capitalismo, en detrimento del tradicional productivo, es decir, del proceso que se conoce como *financiarización de la economía*, sin importar la muerte por hambre, las guerras absurdas, las catástrofes climáticas ni la impotencia de los organismos internacionales. Pero en paralelo con su horripilante poder masivo de destrucción física, la tecnología dispone de un enorme poder masivo de manipulación psicológica, creando *realidades paralelas* para incentivar odio o indiferencia ante hechos terroríficos.

### **c) El humano incompleto**

Algunas *distopías* del siglo pasado alertaron acerca la tecnología de vigilancia y control social punitivo, pero no asignaron igual importancia al desarrollo de la manipulación psicológica capaz de debilitar los vínculos comunitarios, generando un modelo humano aislado, incompleto o agrupado en *tribus* en mal llamadas *redes sociales*. El poder de vigilancia y punitivo es ahora supletorio, aplicable a los que no consiguen dominar psicológicamente porque conservan cierto sentido de realidad y salud.

### **d) La capa regional del contexto del sur**

La siguiente capa del contexto es la de sus efectos regionales en nuestra América. Lo primero que salta a la vista es que sufrimos más de cinco siglos de sucesivas etapas de subordinación colonial, con la consabida *colonialidad* (condicionamiento psíquico). La actual etapa es el *tardocolonialismo financiero* –propio de financiarización de la economía– y su *tardocolonialidad* autodenominada *neoliberal*.

#### **IV.- Manipulación mediática e informática**

En nuestro sur, la tecnología de manipulación psicológica, además del monopolio mediático, ha potenciado el informático con las redes, ejércitos de *trolls*, inteligencia artificial, comunicadores mercenarios, lluvias de *fake news*, noticias para la curiosidad morbosa, mensajes conforme a *big data*, etc. Así, la *criminología mediática* genera o neutraliza alarma social, condena en juicios paralelos, lincha jueces no duros, guarda silencio sobre crímenes del poder y hacen del poder punitivo un ídolo todopoderoso (un falso Dios) capaz de resolver cualquier conflicto.

##### **a) No importa ni se conoce la realidad de los delitos**

En el sur se desconoce la frecuencia y gravedad de los diferentes delitos, pues no se investiga la realidad social con objetivo preventivo. Los políticos -ejecutivos y legisladores- reproducen la criminología mediática y la omnipotencia preventiva de las meras conminaciones penales. Este condicionamiento hace decidir según los sentimientos de inseguridad, venganza, odio o indiferencia, que genera la criminología mediática y quien contradice esa realidad consagrada como sentido común, es considerado alienado o desquiciado.

##### **b) No se puede planificar sin conocer la realidad**

Dado que no importan los datos de realidad, los políticos (ejecutivos y legislativos) no planifican racionalmente la prevención primaria (miseria, vecindad de barrios con alta diferencia de ingresos; desempleo; etc.), sino que se limitan a demostrar que son duros frente a ellos, generando una pura ilusión preventiva.

#### **V.- Debilitamiento de la prevención secundaria**

De igual o mayor gravedad al no conocimiento de datos sobre la realidad de los delitos es la creciente ineficacia de la prevención secundaria o policial. Los políticos descuidan a las policías, subestimadas y en no pocas ocasiones instrumentadas a puros efectos de represión política. En el peor de los casos las instigan a un mayor ejercicio del poder punitivo informal o ilícito.

##### **a) Desconocimiento de los derechos de los trabajadores policiales**

No existe Estado en el mundo sin policía, pero nuestros gobiernos no se procuran de dotar a nuestros Estados de policías altamente tecnificadas y le

desconocen a su personal la condición de trabajadores: se les niegan los derechos de sindicalización, de paritarias, etc., se los discrimina, los sometan a un régimen militarizado y los remuneren miserablemente. En nuestra América se deterioran las instituciones policiales, para que completen sus magros ingresos ejerciendo poder punitivo informal y usándolo para recaudar en forma ilícita. En nuestras estratificadas sociedades, tanto criminalizados como victimizados y policializados son seleccionados de las capas más humildes: la violencia y letalidad policiales son una suerte de guerra entre pobres.

### **b) Casos dramáticos de desaparición de la prevención secundaria**

En algunos dramáticos casos extremos, la función de prevención secundaria llegó a desaparecer, entreverado el maltratado personal policial con la delincuencia local de mercado. El caos social -quien debe prevenir se convierte en socio cooperador-, hace surgir grupos de autodefensa, parapoliciales, justicieros y no es raro que los políticos deriven funciones policiales a las Fuerzas Armadas. Como el entrenamiento de éstas es diferente de la policial, cometen graves errores que les granjean la pérdida de respeto de la población.

## **VI.- Estados atrofiados**

La tendencia a la pérdida del monopolio del poder punitivo y de la recaudación fiscal y la debilidad de la defensa nacional indican que la degradación del Estado de derecho no deriva hacia modelos de Estados de policía verticalizados (como los totalitarios), sino al de Estados debilitados, enclenques, raquíticos, con pérdida de sus funciones específicas, o sea, fácil presa del colonialismo en cualquiera de sus versiones. Este deterioro del Estado permite el ejercicio del poder punitivo informal (ilícito) que, en regímenes políticos democráticos, alcanza a veces niveles gravísimos (torturas, desapariciones, ejecuciones sin proceso, etc.). El poder punitivo informal y no es independiente del formal, sino que el primero se expande ante la omisión o impotencia punitiva del segundo.

### **a) Los altos índices de homicidio**

Como dato importante de nuestro contexto del sur es que registramos los índices de homicidios más altos del mundo, al par de algunos países africanos, en especial en México, Centroamérica, Brasil, el Caribe y el norte de Sudamérica, con elevados índices también de letalidad policial. En algún país el homicidio es la causa

de muerte más frecuente en sus capas jóvenes ricas en melanina. El medio homicida dominante son las armas de fuego. Los índices más bajos –como es sabido– son los europeos, donde es muy difícil disponer de un arma de fuego, a diferencia de la facilidad de adquisición –lícita o ilícita– en nuestra región.

No obstante, algunos de nuestros políticos irresponsables promueven su tenencia como necesidad de defensa privada contra el delito. Se persigue obstinadamente la tenencia de tóxicos, pero no las armas de fuego, pese a que los tóxicos solo pueden afectar al usuario, en tanto que las segundas están destinadas a matar a otro.

### **b) Selectividad estructural y regional**

La selectividad del poder punitivo formal es estructural en todo el mundo, pues es imposible realizar todo el programa legal de criminalización primaria con la siempre muy limitada capacidad de los órganos de criminalización secundaria. No obstante, son diferentes sus grados y criterios que, en nuestro sur, son marcados por los coeficientes de Gini más altos del planeta y la cicatriz del esclavismo y del racismo desde el colonialismo originario. Nuestras independencias fueron declaradas por elites que no alteraron la jerarquización social del colonialismo. La esclavitud fue abolida en nuestra América apenas en 1888.

Como en todo el mundo, la selectividad punitiva provoca la punición de los vulnerables y también la impunidad de los poderosos. En el último tiempo son vulnerables también los políticos reacios a los intereses tardocoloniales, lo que se conoce como *lawfare*.

### **c) El resultado de la selectividad punitiva**

La selección punitiva se verifica en la composición de las poblaciones penales: 95% masculina (vigencia del patriarcado); bajo porcentaje de condenados o imputados por delitos contra la vida o la integridad física (10 o 15%); altos porcentajes (más del 80%) por delitos contra la propiedad y distribución minorista de tóxicos; en esta delincuencia de supervivencia dominan los hombres jóvenes, provenientes de barrios precarios (villas miseria, favelas, etc.) con escasa o nula instrucción y carentes de entrenamiento laboral. Cerca del 50% de los presos están en prisión preventiva so pretexto cautelar. Es obvio que el resultado objetivo de su contracara -la impunidad selectiva- es en extremo variopinto (criminalidad financiera altamente organizada) y de imposible cuantificación.

#### **d) Prisiones controladas por bandas de presos**

En casi toda la región se registra creciente superpoblación carcelaria, pero sin aumento de personal de custodia, por lo que el control interno de las prisiones suele quedar en manos de bandas de presos que entran en competencia con otras (los sangrientos motines, con muertos, descuartizados y decapitados, mostrados por la criminología mediática como legitimantes de la prisionización masiva).

#### **e) Penas claramente ilícitas**

Algunas prisiones del sur se degradan acercándose a campos de concentración y las disposiciones de las leyes de ejecución penal parecen bromas de mal gusto. Es obvio que, en algunos de nuestros países, toda privación de libertad en estas condiciones convierte a la pena privativa de libertad o a la simple prisión cautelar en una pena física, incluso en tortura y hasta en pena de muerte por azar. Son penas ilícitas, prohibidas por las Constituciones. No menos obvio es que la prisionización masiva de jóvenes provoca un cambio de subjetividad exactamente inverso al pretendido por la declarada re-inserción, es decir, que tiene el lógico efecto reproductor de condicionar futuras carreras delincuenciales.

#### **f) La destrucción de la legislación penal**

Pero los políticos del sur (ejecutivos y legisladores) condicionan al penalismo en su propio objeto específico de conocimiento, es decir, en la legislación. Desde hace décadas los políticos legisladores destruyen los códigos penales con reformas insólitas, sancionan numerosísimas leyes especiales e introducen disposiciones penales en leyes no penales. La llamada expansión del derecho penal, en nuestro sur produce una descodificación y una maraña legislativa que no se hallaba ni siquiera en las leyes coloniales, al menos escritas en buen español o portugués. Casi mensualmente crean nuevos tipos, elevan escalas, prohíben excarcelaciones, condenas y libertades condicionales, *probations* y beneficios penitenciarios.

#### **g) Juego recíproco de ilusiones**

Esta catástrofe legislativa está motivada por el afán electoralista de los políticos, algunos inescrupulosos y otros que los secundan por temor a perder votos. Esta verdadera inmoralidad política genera un doble juego de creación mediática: los dislates legislativos fungen como respuesta a realidad creada por la criminología mediática mediante la creación de la ilusión -también mediática- de ser la respuesta preventiva adecuada. Esta última ilusión se basa en la alucinación de la total eficacia

de la prevención general negativa, que alcanza extremos ridículos en las leyes penales que conminan penas que exceden la vida de los seres humanos, pero también cuando hacen creer que los peores asesinos consultarán el código antes de cometer sus atrocidades.

### **h) Flexibilización legislativa de las garantías**

El creciente e imparable aluvión de legislación de prevención ilusoria se traduce en lo que se ha dado en llamar flexibilización de las garantías, es decir, tipos difusos, escalas penales desproporcionadas, asimetrías groseras entre las penas de los diferentes delitos, prohibición de atenuantes según los delitos, marcada tendencia al derecho penal de autor, etc. Se ignora lo que, con perfecta lógica, en alguna ocasión dijo Bettiol: con la ilusión de la eficacia de la prevención general negativa, se acabará conminando a todos los delitos con la pena de muerte.

### **i) El contexto abrumador**

Los datos de realidad de este contexto son demasiado abrumadores para quien se asoma en nuestra América a la cuestión penal para intentar sistematizar la interpretación para orientar las decisiones judiciales. Todo parece paradójal: las leyes siguen viejo lema de la colonia, se acatan pero no se cumplen. El propio poder punitivo es en buena parte antijurídico y, por cierto, no solo el informal. De allí que se produzca una verdadera diáspora epistemológica y muchos quieran huir directamente de la dogmática jurídico penal. Unos prefieren centrarse en la criminología, lo que es importante y positivo en la medida en que aporta datos de realidad. Pero los penalistas suelen subestimar a quienes se ocupan de la sociología del poder punitivo y, por ende, sus datos quedan archivados en publicaciones, pero no inciden en la realidad. No faltan otros intelectuales que van más allá e importan generosos proyectos político-criminales que requerirían cambios civilizatorios (abolicionismo, derecho penal mínimo). Pero, de todos modos, la ciencia jurídico penal de nuestra región sigue su curso, elaborando sus sistemas conforme a la metodología dogmática, pero como también se siente aplastada por el peso del contexto real del ejercicio del poder punitivo, elude ese choque doloroso con la realidad: el igual que algunos adolescentes, prefiere ignorar el contexto y, de ese modo, ahorrarse el dolor del conflicto.

## **VII.- Mecanismos de defensa**

No discutiremos si es posible psicologizar esta elusión científica del contexto – aunque los penalistas también tenemos motivaciones inconscientes-, pero quienes no lo admitan, al menos como metáfora no podrán negar las analogías con los llamados mecanismos de defensa –descritos por Anna Freud- frente a desagradables situaciones traumáticas, en especial los mecanismos de fantasía y negación.

### **a) La defensa fantasiosa**

Ante la inminencia de un choque traumático muy desagradable con la realidad, no evitable mediante una solución satisfactoria, se genera en el penalismo un fuerte estado de ansiedad. El mecanismo de defensa fantasioso le permite crear otra realidad en la que se suprime el impacto desagradable y disminuye la ansiedad. Es notorio que la ciencia jurídico penal siempre atribuyó alguna función al poder punitivo estatal, elegida entre las llamadas teorías de la pena clasificadas por Anton Bauer hace dos siglos, es decir, que siempre le asignó funciones que no son las reales, sino las que fantasea como deseables cada penalista. Son proyectos de poder punitivo imaginados por cada penalista, conforme a su fantasía creativa.

### **b) La fantasía excede al penalismo**

La ciencia jurídico penal padece un grado tan alto de ansiedad que apela al mecanismo de defensa sin reparar en que cada función que fantasea para el poder punitivo corresponde a un modelo de Estado, es decir que está también imaginando Estados que no son los reales en que los jueces deben emitir sus sentencias ni el que ellos tienen proyectados en sus constituciones. Tampoco toma en cuenta que, cada uno de esos modelos de Estado, presupone una antropología filosófica diferente.

Para mayor confusión, a medida que estas creaciones de imaginación o fantasía penalística se alejan de los padres del liberalismo penal, las elecciones se vuelven más impuras, pues mezclan con la mayor superficialidad funciones, teorías del Estado y antropologías filosóficas incompatibles.

### **c) La negación como mecanismo de defensa**

Otro mecanismo de defensa es el de negación, relativamente más reciente, que resta toda importancia a cualquier contexto, dando por presupuesta su indiferencia: todo es igual, en el Norte, en el Sur y en cualquier otro lugar. Los sistemas

construidos de este modo se cierran en su exclusiva completividad lógica (no contradicción interna) como único y exclusivo criterio de verificación de su valor de verdad verdadero (solipsismo científicista).

#### **d) Funcionalidad inconsciente**

Al eludir el choque con el pesadísimo contexto real del poder punitivo, el penalismo se ahorra gravísimos problemas, pues le permite conservarse incontaminado en el altar -o en el refrigerador- de la pureza científica. No obstante, los mecanismos de defensa no son atribuibles a propósitos mezquinos, porque son inconscientes. Es natural que la perspectiva de confrontar con nuestro contexto genere pánico, pues amenaza caer sobre la débil ciencia que interpreta leyes para ofrecer soluciones a los jueces, con la contundencia de una manada de elefantes espantados.

#### **e) El entrenamiento limitador**

Además, son mecanismos inconscientes de largo entrenamiento: el de fantasía se remonta a los proyectos de los padres fundadores, al que se suma ahora el de negación del solipsismo científicista. Su remoción es difícil cuando la propuesta es la confrontación con semejante conjunto de problemas políticos, económicos, comunicacionales, sociales, tecnológicos y culturales, para los cuales la formación jurídica pura no prepara y que, además, son ocultados por la avanzada tecnocracia de manipulación e invención de realidad. Es una exigencia casi sobrehumana para una ciencia que interpreta leyes para programar sentencias.

#### **f) El rechazo a toda observación que debilite las defensas**

La pulsión de la angustia hace que el penalismo, huyendo del conflicto sin resolverlo, responda de modo nada saludable (neurótico) y con una irritación que despeina los cabellos ante toda palabra que haga tambalear sus defensas, aunque sean banalidades o preguntas nada sutiles (¿Los poderosos no cometen delitos?). Esto explica que el conflicto no resuelto sigue latente y desde el inconsciente reclama solución, como una herida sin cicatrizar, sobre la que incluso observaciones obvias operan como uñitas de gato ronroneando.

### **g) Angustia ante el contexto y ante la incapacidad de incorporación de sus datos**

De todas formas, es menester distinguir con cuidado la angustia generada por el contexto mismo y la que produce la dificultad de incorporar sus datos a las construcciones teóricas de la ciencia jurídico penal. Es claro que se trata de dos etiologías angustiantes bien diferentes. Frente a este contexto del poder punitivo y a sus gravísimas implicancias, todos los ciudadanos mínimamente conscientes nos angustiamos porque no lo podemos modificar: es simplemente la angustia ciudadana, que excede en mucho a la ciencia penal, a la que sería por demás absurdo exigirle que cambie el contexto, cuando solo puede incidir limitadamente sobre éste por mediación judicial.

## **VIII.- La tarea del penalismo no es menor**

La modificación del contexto es claramente una cuestión de teoría y praxis política, frente a la cual la tarea jurídico penal puede a primera vista parecer menor por demasiado limitada. Pero a poco que se medite, si el penalismo se propone una real contención racional del poder punitivo en nuestras sociedades, elaborando sistemas que permitan a los jueces operar en ese sentido, por modesta que parezca esta tarea, en realidad se propondría nada menos que garantizar el espacio social de libertad política democrática. El acotamiento racional del poder punitivo es el presupuesto indispensable de cualquier sistema político democrático y la condición ineludible de toda posible modificación contextual no violenta.

### **a) ¿Será posible exigirle eso al penalismo?**

En pos de una respuesta racional y al apartamiento de los mecanismos de defensa para confrontar con el contexto real de nuestro poder punitivo, cabe preguntarse si la ciencia jurídico penal, con su metodología dogmática, podrá acometer esta tarea o, si por el contrario, su destino será siempre su impotencia condicionada por los mecanismos inconscientes de defensa. Por nuestra parte, creemos que el penalismo no solo tiene la posibilidad, sino también el deber ético de hacerlo, aunque para eso deba sacrificar viejos condicionamientos.

Insistimos en que los mecanismos inconscientes de defensa son fugas de la realidad que ocultan el conflicto sin resolverlo, por lo que sus respuestas nunca son sanas. Se trata de desocultar, digamos de destapar el conflicto.

**b) Debemos mirar hacia los padres del liberalismo penal para superar las defensas**

Siempre que se plantean dificultades graves en nuestra materia, es bueno volver la vista hacia los padres del buen derecho penal liberal. En este caso esta regla conserva toda su eficacia, con dos objetivos diferentes: el primero hace a la superación del mecanismo de defensa fantasioso, explicando la razón por la que para ellos la fantasía fue una necesidad y no un mecanismo de defensa; el segundo es para renovar e imitar su amplia apertura al diálogo con otros saberes científicos, a efectos de neutralizar la actual negación solipsista.

**c) Para los padres del liberalismo penal la fantasía fue necesaria**

Los padres del liberalismo penal no apelaron a la fantasía como mecanismo de defensa, sino como necesidad. En la Europa de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX los padres fundadores luchaban contra el Estado absoluto y, por ende, debían proyectar otro Estado, es decir que eran conscientes de que al asignar funciones al poder punitivo estaban proyectando modelos de Estados contrarios al absoluto. Pero en el curso de los siglos XIX y XX esos proyectos de Estado fueron llevados a las constituciones y, aún más, a tratados internacionales. Hoy el penalismo trabaja en el marco de Estados de derecho cuyas constituciones limitan el ejercicio del poder punitivo –en el plano normativo del deber ser-, señalándole los márgenes que no puede exceder sin quebrar el correspondiente modelo de Estado. Por ende, en la actualidad no solo es innecesario, sino incluso contradictorio y hasta peligroso, asignar al poder punitivo cualquier función fantasiosa para limitarlo, porque el modelo de Estado y los límites a su poder son derecho positivo, nada es necesario inventar, sino simplemente acatar.

**d) ¿Cuáles son las funciones reales del poder punitivo?**

Por cierto, hasta el presente, pese al desarrollo de las ciencias sociales, nadie es capaz de enumerar todas las funciones del poder punitivo, permanentes y eventuales. Contra lo que muchas veces se afirma, el poder punitivo es de una multifuncionalidad tan enorme que ni siquiera los más sagaces investigadores sociales son capaces de agotar su análisis. Esta extrema multifuncionalidad es la consecuencia necesaria de su esencia, acerca de la cual la tradición fantasiosa impidió que el penalismo se interrogase. Esta esencia no es otra que la de un hecho político, un *factum* de poder político, análogo a la guerra (como lo señaló en nuestra América

Tobías Barreto), un poder que ejerce quien dispone de los medios para hacerlo, que no se legitima racionalmente por completo, pero que si no se lo contiene nos mata.

## **IX.- ¿Qué es el poder punitivo?**

Dada su enorme multifuncionalidad, a la idea del poder punitivo no podemos acercarnos sino por exclusión: es todo ejercicio de poder estatal (formal) o tolerado por el Estado (informal) que decide verticalmente en los conflictos, porque no encuadra en ninguno de los modelos de solución eficaz (restitutivo, reparador, asistencial, terapéutico, conciliador, etc.). De allí que el derecho penal sea la única rama de la ciencia jurídica que no sepa para qué sirve su sanción y que cada autor escape hacia la fantasía eligiendo alguna o varias de las enumerada por el viejo Bauer.

Esto se debe a que, en rigor, se trata de una rama del derecho que tiene por función garantizar la eficacia de todo el orden jurídico, pues debe poner límites a un ejercicio de poder político polimorfo que -como lo muestra la historia- si se desboca arrasa con todo el derecho.

### **a) Se debe conocer lo que se limita**

Para limitar es indispensable conocer la materia a contener: nadie podría proyectar un dique de contención a aguas si previamente da por cierto que se trata de contener solo vientos. En nuestro contexto, la apelación a la fantasía cobra un sentido diametralmente opuesto al de su empleo por los clásicos: aquellos la necesitaban para proyectar sus Estados posabsolutistas, pues carecían de parámetros jurídicos; ahora, cuando ellos están constitucionalmente consagrados, resulta solo un mecanismo inconsciente de defensa que lo obstaculiza hasta impedir su vital tarea de preservación de todos los derechos.

### **b) ¿Todo el poder punitivo es irracional?**

Cuando decimos que el poder punitivo es una respuesta al delito, en principio lo limitamos al formal, pero tampoco afirmamos algo verdadero, pues nos manejamos en un alto nivel de abstracción, dado que el delito es una construcción doctrinaria, porque en la realidad no existe ese delito en abstracto, pues lo que existen son conflictos de extrema heterogeneidad (robos, hurtos, estafas, lesiones, etc.).

Prescindiendo del código penal, nadie puede hallar alguna similitud entre la violación de una mujer y el libramiento de un cheque sin fondos, ni en cuanto

magnitud de la lesión, dolor de la víctima, repugnancia social, etc. De allí que, al menos conforme a nuestros valores culturales, hay respuestas punitivas que exhiben diferentes niveles de racionalidad o irracionalidad: es más que dudosa la racionalidad de la punición de un adolescente que fuma marihuana en la terraza, a diferencia de la de un sujeto que le da una puñalada a su vecino. Es por completo inconducente preguntarse si todo el ejercicio de poder punitivo es irracional o no, pues lo que a los efectos prácticos nos interesa es que deben distinguirse diferentes niveles o intensidades de racionalidad o irracionalidad, para excluir aquellos en que la irracionalidad sea intolerable y exigir la adecuada proporcionalidad racional en el resto.

### **c) Superar el mecanismo de defensa de la negación**

Se nos impone volver la mirada por segunda vez hacia los padres del liberalismo penal, en esta ocasión para aprender de ellos algo que el penalismo ha olvidado apartándose de su ejemplo. Todos ellos, casi sin excepción, eran también cultores de otras disciplinas o, al menos mantenían diálogo y vínculos con otros conocimientos provenientes de los otros ámbitos del saber científico de su tiempo. Es bien sabido que muchos de ellos eran cultores de la ciencia económica de su época, en la que alguno alcanzó incluso más fama que en la ciencia penal. De todas formas, si bien aplicaban racionalmente la lógica en sus elaboraciones, como no puede ser de otro modo en la ciencia jurídica —y creemos que en ninguna otra— ninguno de ellos cayó en el solipsismo gnoseológico pretendiendo que la completitud lógica de sus elaboraciones era el criterio de verdad con que verificar su corrección. Dicho de una manera un tanto más rotunda, digamos que ninguno de ellos elevó la lógica al lugar de la ontología, para cortar de cuajo los vínculos con otros ámbitos de la realidad y, en definitiva, para dejar operar sin límites el mecanismo de defensa de negación.

### **d) ¡Destapemos el conflicto!**

Cuando nos liberamos de las trabas de los mecanismos inconscientes de defensa y destapamos el conflicto, veremos que nos hallamos ante un hecho de poder político, esencia a la que debe su extrema multifuncionalidad y variadísimas formas de aparición y ejercicio. No tenemos ninguna necesidad de legitimarlo ni de deslegitimarlo, puesto que de momento existe y se ejerce en todo el mundo, lo que es tan empíricamente verificable como que si no lo contenemos nos destruye, pues arrasa con todo el orden jurídico y acaba en genocidio.

### **e) Debemos proveer de eficacia a las normas constitucionales vigentes**

Los límites al poder punitivo están señalados en nuestras constituciones republicanas, en los Pactos de Derechos Humanos de la ONU y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA. Los datos de nuestro contexto revelan que esos límites no se respetan, que esas normas son violadas. Encarando la realidad del contexto, debemos imponernos la tarea de contenerlo conforme a los límites fijados en las constituciones y en los tratados internacionales. Partiendo de la clásica distinción kelseniana entre vigencia (legitimidad) y eficacia (observancia) de las normas, al destapar el conflicto, verificamos que las normas constitucionales están vigentes pero demandan eficacia. Por ende, la tarea ineludible y saludable –no neurótica– del penalismo es generar sistemas de interpretación dirigidos a los jueces que doten de eficacia a esas normas del más alto nivel del derecho positivo en cuanto a los límites del ejercicio del poder punitivo. De este modo, las respuestas del penalismo dejarían de ser neuróticas y se eliminaría su mala conciencia, que desde el inconsciente no deja de incomodarlo.

La salud consiste en destapar y enfrentar el conflicto, incorporando los datos de realidad: ¿Acaso son penas lícitas las que se convierten en penas de muerte por azar? ¿Son constitucionales las leyes que violan el principio de estricta legalidad? ¿Es constitucional que se conmine más severamente la afectación de la propiedad que la de la vida? ¿Lo es la impunidad de los delitos del poder? ¿Lo son los presos sin condena? ¿Lo es la inversión del proceso penal? ¿Lo son puncciones a conductas que no ofenden bienes jurídicos? ¿Lo son las condenas por antecedentes?

### **f) Para contener el poder punitivo es innecesario inventarle funciones**

Y así podríamos continuar largamente: ninguna de las respuestas correctas a este brevísimo enunciado ejemplificativo requiere que le asignemos al poder punitivo alguna función fantasiosa ni que lo legitimemos de cualquier manera: como hecho político es parte de la realidad y lo que debemos hacer acotarlo conforme a nuestras normas constitucionales vigentes, huérfanas de eficacia.

Para eso no basta con recitar el texto de la ley constitucional vigente, sino que nos es indispensable conocer los datos de la realidad contextual para saber si se observa o se viola esa ley. Cuando se ocultan u omiten los datos de la realidad y se fantasea otra, no se hace más que legitimar por omisión la violación de todas las normas constitucionales, pero alucinando que se las observa. La eficacia de las normas vigentes solo se puede verificar dando la cara a la realidad del contexto.

Da idea de la enorme magnitud de esta tarea la circunstancia de que, en la medida de su eficacia, estarán garantizados todos nuestros derechos, en tanto que, en la mera vigencia sin eficacia, estaremos marchando hacia la demolición del Estado de derecho, la ruina de todo el orden jurídico y los crímenes estatales contra la humanidad: un genocidio no es más que un poder punitivo carente de toda limitación jurídica racional.

### **g) Los elementos normativos de limitación están siempre disponibles**

Los elementos normativos que disponemos para esta tarea dogmática de contención constitucional del poder punitivo son las normas limitadoras (garantías) que, en definitiva, son todas tributarias por derivación de la racionalidad republicana (artículo 1°CN) y de la antropología constitucional (artículo 19°): conforme a la primera, ninguna decisión política (de gobierno de la polis, incluyendo por supuesto las sentencias) puede ser arbitraria, o sea, carecer de una explicación racional; la segunda impone que ninguna de esas decisiones pueda negar la condición de ente dotado de conciencia moral a ninguno de sus habitantes.

De la primera se deriva también la exigencia de que toda respuesta punitiva respete la proporcionalidad, establecida conforme a la gravedad de la ofensa a un bien jurídico ajeno (cuyo orden jerárquico emerge de la propia Constitución) y de su correspondiente intensidad de afectación en el caso concreto, como también del espacio de decisión individual y social de que haya dispuesto el infractor en el momento del hecho.

Si bien elementales razones de espacio nos impiden completar aquí este desarrollo, lo cierto es que, sin escabullirnos neuróticamente ni obviar los datos de nuestro contexto, podemos desarrollar toda nuestra dogmática jurídico penal de contención racional del ejercicio del poder punitivo derivándola directamente de los textos constitucionales e internacionales.

## **X.- Las dificultades humanas**

En síntesis, se trata de constitucionalizar en serio la ciencia jurídico penal. Dicho de esta manera, parece demasiado simple, pero humanamente no lo es. Mientras el conflicto queda encubierto por los mecanismos de defensa, la mala conciencia molesta desde el inconsciente, en especial –como vimos- ante observaciones y preguntas incómodas; pero cuando se quita el velo de defensa queda

expuesto, la mala conciencia pasa al plano consciente y solo la puede eliminar la reconstrucción sana de los sistemas de interpretación destinados a los jueces.

### **a) El costo humano**

Por cierto, en nuestro contexto regional no es gratuito sostener una ciencia jurídico penal que instigue a los jueces a salir de su confort burocrático, con el riesgo de ser estigmatizado y marginado como desquiciado negador de la realidad del sentido común construida por la criminología mediática y, en cuanto a los jueces, con el de ser linchados mediáticamente.

Una ciencia jurídico penal que confronte con los disparates de los políticos inescrupulosos y asustados, que ridiculice al ídolo –falso Dios- del poder punitivo (cuya sustancia difiere de la del becerro de oro, pues es directamente repugnante) y la alucinada pretensión de eficacia universal de la prevención general negativa, hará que se eleven contra ella todos los factores reales de poder que pulsionan por su ejercicio descontrolado e ilimitado en camino hacia el desastre.

La cuestión del contexto siempre tiene un costo: cuando se lo afronta y resuelve puede tener un alto costo por chocar contra intereses poderosos; cuando se lo elude mediante los mecanismos de defensa, el costo es en salud. En el caso de la ciencia jurídico penal, el costo en salud es el riesgo de quedar degradada a la condición de *schifosa scienza* con que adjetivaba Carrara al penalismo de los posglosadores y prácticos.

## **XI.- ¿Es esto un derecho penal crítico?**

Sabemos que en el último medio siglo se desarrolló la llamada criminología crítica y llegó a nuestra región, en sus versiones interaccionistas y fenomenológicas y también en sus variantes radicales, más o menos inspiradas en el marxismo de Frankfurt. Más allá de la importante función de deslegitimar la llamada criminología etiológica y de poner el acento en la realidad sociológica del ejercicio del poder punitivo, como de proveer desde la sociología un interesante arsenal conceptual, no es en modo alguno correcto entender que una ciencia jurídico penal que se limite a incorporar los datos de nuestro contexto sea crítica en el mismo sentido que la llamada criminología crítica.

Una ciencia jurídico penal que invite de los jueces a excluir del ejercicio del poder punitivo las penas crueles, inhumanas y degradantes, por ejemplo, no es simplemente crítica y, si lo fuese, esa crítica nada tendría que ver ni con las elaboraciones interactivas y fenomenológicas ni con Frankfurt, pues no sería otra cosa que un derecho penal crítico constitucional, toda vez que su parámetro crítico no sería otro que el de las normas constitucionales e internacionales vigentes y su crítica se limitaría a su remediar su orfandad de eficacia.

Es más que obvio que los factores reales que pugnan por un ejercicio del poder punitivo ilimitado y por convertir al Estado de derecho y de bienestar en un Estado penal, se valdrán de cualquier calificativo, por absurdo, ridículo e incluso inofensivo que fuere (comunista, marxista, anarquista, abolicionista, idealista, garantista, alienado, etc.) para deslegitimar lo que no sería más que una versión austral, es decir, adecuada a nuestro contexto del sur, del viejo y buen derecho penal liberal, del que nunca debimos apartarnos.

## **XII.- Síntesis**

En máxima síntesis: puesto al descubierto el conflicto, liberada la ciencia jurídico penal de los mecanismos inconscientes de defensa, la opción queda a la vista: todos somos personas dotadas de conciencia moral, capaces de elegir entre respuestas saludables, aunque costosas o falsas aunque también costosas en el sentido de lo poco saludable.