

XVI. TENDENCIAS FINISECULARES DEL DERECHO PENAL

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

PANORAMA ACTUAL

DADO que la locución “derecho penal” resulta equívoca, pues por ella puede entenderse, tanto la legislación penal como la dogmática jurídica e incluso la política criminal, preferimos distinguir varios aspectos que, pese a su separación, permanecen íntimamente relacionados: *i*) su entendimiento como ley penal positiva; *ii*) como dogmática jurídica; *iii*) como su proyección en la opinión pública a través de los medios de comunicación masiva, y *iv*) como lo que los pensadores proyectan hacia el futuro.

En el plano legislativo se observa una marcada tendencia al uso progresivamente frecuente de la ley penal como supuesto recurso para la solución de los conflictos sociales. La tendencia es común a los países centrales y a los periféricos. Se invocan todos los problemas sociales, políticos y económicos contemporáneos, y a todos ellos se asocian o se pretenden asociar soluciones punitivas. Desde los crímenes nucleares hasta las relaciones económicas internacionales, desde la degradación del medio ambiente hasta el consumo de tóxicos, desde las experiencias genéticas hasta la prostitución o el tránsito, todo pretende vincularse a lo punitivo y resolverse en buena parte, al menos en su ámbito.

En la periferia del poder mundial, y particularmente en América Latina, esta tendencia se manifiesta en un notorio abuso legislativo penal de pésima técnica, que está promoviendo una regresión a etapas precodificadas. La legislación codificada (es decir, estructurada sistemáticamente) resulta ya relativamente ínfima en relación con la contenida en las llamadas “leyes penales especiales” y con las disposiciones penales contenidas en leyes de las más variadas materias: laborales, impositivas, aduaneras, previsionales, electorales, societarias, autorales, locativas, sanitarias, etcétera.

El resultado real de esta tendencia es la progresiva ampliación de la planificación punitiva, sin que en general ello altere la capacidad operativa de los organismos del sistema penal (aparato policial, judicial y penitenciario). Estos organismos modifican sus dimensiones por razones burocráticas (inte-

reses sectoriales) y no en relación con el movimiento autónomo de este abuso legislativo penal que se mueve por el efecto en la opinión pública.

El resultado del movimiento de organismos políticos que, no sabiendo cómo responder a la opinión pública, producen leyes penales desordenadas para proyectar la impresión de eficacia en la solución de los grandes problemas sociales y de un aparato punitivo que se dinamiza en función de intereses sectoriales, no es otro que una planificación punitiva amplificada e irrealizable, que va aumentando el poder selectivo y de vigilancia (arbitrio que pasa a ser arbitrariedad) de los organismos policiales. Dentro de los organismos del sistema penal, los judiciales ven reducido su poder a la decisión de los poquísimos casos que los organismos policiales les seleccionan y a un control cada vez más reducido del poder de vigilancia y selección de estos organismos, que reaccionan ante cualquier tendencia controladora de los segmentos judiciales, atribuyéndoles la responsabilidad de su ineficacia frente a los problemas.

La dogmática jurídica contemporánea permanece ajena a estos fenómenos. Toma en consideración cada vez en menor medida al bien jurídico, deja de lado conceptos más o menos limitadores como la causalidad y el resultado, se orienta hacia elementos subjetivos y anímicos (disposición interna) y parece orientarse hacia el disciplinamiento social de los que no han delinquido mediante el reforzamiento de la confianza en que todo funciona eficazmente, lo que incluso declaran expresamente.

Las últimas tendencias dogmáticas renuncian a los grandes problemas del pensamiento (autodeterminación, imputabilidad, límites al poder estatal, sentido de la pena, realidad de los conflictos, etcétera) para limitarse a perfeccionar sus sistemas de decisión con base en una lógica cerrada en un mundo construido sobre una teoría del conocimiento que la aísla de la realidad social.

Llamará la atención que incluyamos también, en el concepto de "derecho penal", a los medios de comunicación masiva, pero es imposible excluirlos en este momento y menos aún en el futuro, porque configuran la opinión pública en forma tal que influyen en las decisiones de todos los organismos y en las mismas elaboraciones dogmáticas. La permanente propaganda que estos medios hacen acerca de la supuesta efectividad de las soluciones punitivas respecto de todos los grandes problemas sociales es quizá el factor más importante en la configuración de la legislación y de la dogmática jurídica de nuestros días. Sobre esta propaganda se asientan las dinámicas de los distintos organismos, y a ella acomodan sus intereses sectoriales.

Por otro lado, este panorama cada día más grave e irracional, que va produciendo un considerable naufragio del derecho penal liberal o de garantías y que hace que la propia opinión pública acuerde en la necesidad de violar

derechos humanos para obtener seguridad, no puede pasar por alto la atención de los pensadores penales. Por consiguiente, desde diferentes marcos teóricos e ideológicos, se ha llevado a cabo una interesante labor crítica de la realidad punitiva y del derecho penal en general.

Pese a las diferencias y a la general heterogeneidad de los planteamientos críticos (que provienen del interaccionismo simbólico, de la fenomenología, de la etnometodología, de las diversas variantes marxistas, de posiciones teológicas, del estructuralismo, etcétera), podríamos decir que, al menos, coincidirían en observar lo siguiente: *i*) la altísima selectividad del poder punitivo; *ii*) la ineficacia de los modelos punitivos para resolver los conflictos sociales o al menos para decidirlos con los efectos sociales que se pretenden; *iii*) los efectos sociales de la intervención punitiva, frecuentemente paradójicos: reproducen los conflictos en lugar de prevenirlos; *iv*) el alto grado de verticalización, vigilancia y disciplinamiento social que implica ese poder y la corrupción que genera, y *v*) el peligro del vigilantismo y del disciplinamiento social para la democracia y el factor de reducción de espacios de libertad social que constituyen.

Estas críticas generan propuestas para el futuro, que son también dispares, pero que pueden aglutinarse en las siguientes líneas: *i*) pesimismo catastrofista, por lo general relegado a la literatura, en versión 1984 y análogas; los controles de conducta (electrónicos, químicos, genéticos, etcétera) se anuncian como verdaderos peligros; la realización de ciertas ideologías racistas delirantes no es fantástica en la actualidad; el disparo de la tecnología y su falta de control humano potencia estas advertencias; no hay tendencia que las asuma como insuperables, pero todas las propuestas las mencionan como peligros que ellas tratan de obviar; *ii*) una corriente propone la reducción o contracción de la planificación punitiva a los casos en que sólo la omisión de intervención redundaría en un mayor grado de violencia que la intervención misma; por otra parte, se propone reorientar la intervención punitiva hacia las lesiones graves y gravísimas: crímenes de genocidio, económicos, ecológicos, etcétera; es una de las versiones del "derecho penal mínimo" (Ferrajoli); *iii*) otra propuesta también se enmarca en el "derecho penal mínimo", pero por otra vía, que es la de su reducción mediante el uso de los derechos humanos como orientación heurística y la asunción del derecho penal liberal o de garantías como medio reductor (Baratta); *iv*) otra corriente, en la que pueden distinguirse diferentes variables, permite proponer la abolición del sistema penal y su reemplazo por mecanismos formales e informales de solución de los conflictos reales (mediación, concertación, reparación, educación, etcétera); dentro del abolicionismo hay diferentes corrientes; se pueden mencionar las de corto y las de largo plazo; las segundas, por lo general, aceptan

el “derecho penal mínimo” como un momento intermedio; el común denominador de todos es la deslegitimación discursiva de todas las intervenciones punitivas (Louk Hulsman, Nils Christie, etcétera), y v) no faltan posiciones que pretenden hacerse cargo de los problemas reales que se someten al sistema penal y proponer soluciones efectivas en cada uno de sus ámbitos. El agotamiento de la crítica, sobre todo en los problemas que plantea la “seguridad ciudadana”, lleva a estos pensadores a enfrentar concretamente estos problemas, pues entienden que sin aportar la solución a los mismos, la crítica se extingue en otro discurso cerrado.

“LA FUTUROLOGÍA” Y LA NECESIDAD DE OPERAR EN UNA REALIDAD GENOCIDA

El panorama finisecular del siglo xx es en alguna medida análogo al de la segunda mitad del siglo xviii, en que el derecho penal se nutría, por un lado, con los libros de los últimos prácticos que, con una lógica cerrada y citas de sus predecesores, se limitaban a teorizar acerca de las oportunidades y modos de imponer y ejecutar las penas atroces y las torturas, en tanto que, por otro, el pensamiento penal se enfrentaba a los problemas fundamentales y comenzaba a echar las bases de la versión fundacional de derecho penal liberal, que florecería hasta la mitad del siglo xix aproximadamente. El espacio social que había generado la lucha entre la nobleza y la burguesía europeas permitió dividir las aguas penales de la Revolución Industrial entre un saber penal no pensante y un saber penal pensante.

La vigente revolución tecnológica abre un espacio social que es mucho más complejo, en el que pugnan tanto las clases políticas como los numerosos grupos intelectuales y técnicos preocupados por la pérdida del control tecnológico y sus imprevisibles consecuencias y, por otro lado, las clases tecnoburocráticas que controlan organizaciones superadoras de los límites estatales compitiendo con su poder. Por otra parte, la propia tecnología permite la planetarización del poder en condiciones generadoras de una profunda tensión entre el centro y la periferia del mismo, en el marco de una operatividad tecnológica que altera a pasos acelerados la vida planetaria e incluso, la pone en grave peligro. El saber penal no pensante de este fin de siglo es mucho más suicida y nocivo que el del siglo xviii, en tanto que el saber penal pensante aún no tiene disponible una versión equivalente a la versión fundacional del derecho penal liberal.

Las diferentes propuestas que se formulan para obviar el pesimismo catastrofista responden, en definitiva, a diversos modelos de sociedad. Por ello,

de la discusión a este respecto deriva una disputa de teoría o ciencia política en que el problema penal se distancia o disuelve. Esta disolución aleja al pensamiento de lo penal y lo lleva directamente a lo político, lo cual, si bien tiene la ventaja de insertar el pensar penal en lo político, por otra parte tiene el inconveniente de dejar intactos los intereses sectoriales comprometidos con el sistema penal y no alterar en forma más o menos cercana su ejercicio de poder.

Pese a todo, lo que progresivamente va resultando más difícil es la elaboración de un discurso jurídico que legitime el poder punitivo. Incluso limitándose a la legitimación de la pena, va siendo imposible defender una teoría positiva de la misma. En definitiva, pareciera que dos siglos más tarde vienen a confirmarse las opiniones que —en el sentido de Kant— afirmaban que todos los esfuerzos teóricos por dotar a la pena de una finalidad racional con base en datos empíricos desembocan irremisiblemente en su deslegitimación. Pero como hoy tampoco es transitable el camino del viejo Kant, que no pasaba de ser un análisis trunco de la finalidad de la pena, va creciendo y generalizándose la impresión de que la legitimidad de las penas está perdida.

A más de un siglo de distancia, se impone reflexionar acerca de la escueta pero clarísima expresión de uno de los penalistas más pensantes de América Latina: Tobías Barreto. Con singular sagacidad, Barreto se había percatado de que la justificación de la pena reclamaba la paralela justificación de la guerra.

No obstante, al igual que la guerra, subsiste la pena y todo el poder punitivo configurador o de vigilancia, que es mucho más importante que la pena misma. Los hechos del poder no desaparecen ni se transforman en función de la deslegitimación discursiva, pero esta última no es despreciable, porque el poder sin discurso tampoco se mantiene. El poder requiere siempre cierto discurso que lo legitime, y a medida que éste pierde nivel de pensamiento, es sustituido por otros de menor nivel, lo que precipita al Estado cada vez más en la irracionalidad hasta debilitarlo totalmente.

La ciencia penal contemporánea nos muestra muy claramente el poder del discurso y, por ende, el derecho penal no puede ignorar que es un discurso y que, como tal, es indispensable al poder. En la medida en que insista en erigirse en un saber que no piensa, cumplirá el triste papel de todos los discursos irracionales que asumen la función de pura legitimación racionalizante, es decir, de falsa legitimación. En la medida en que pueda hacerse cargo de la deslegitimación del poder punitivo, será un discurso a la altura de un saber que piensa.

La crítica de procedencia criminológica no parece ser productiva en la medida en que se limita a disolverse en lo político, pero lo es en la medida en que permitió y canalizó la deslegitimación discursiva y lo sigue haciendo.

Las ciencias sociales, a través de ella, provocaron el naufragio de las llamadas "teorías de la pena" y permiten ver hoy, a cara descubierta, el verdadero rostro del poder punitivo, que es la vigilancia verticalizante de todos los espacios sociales y no el encierro o secuestro de unos pocos vulnerables, lo que, por cierto, sería muy poco poder. Pareciera que con este fin de siglo vuelve la hora del derecho penal: el abismo entre el saber social y el jurídico no puede sostenerse por mucho tiempo más.

La insistencia en una crítica radicalísima —que en general está superada o nunca existió en esa medida— llevaría a un desprecio por el derecho penal que la disolvería en lo político puro, lo que en definitiva sería funcional al poder punitivo, que no se sentiría afectado, hasta una remota y problemática transformación social. Más aún: la experiencia histórica demuestra que tampoco en caso de cambios sociales súbitos se transforma o desaparece el poder punitivo, sino que usualmente se refuerza. Semejante "futurología" no sería más que una trampa tendida por el mismo poder punitivo para neutralizar la función positiva de la ciencia social sobre el discurso penal. El relativo desencanto de algunos críticos es producto de la dificultad que hallan para operar en la realidad del poder punitivo. Esta es la tarea que incumbe a una reformulación del discurso jurídico-penal.

EL FUTURO DEL DERECHO PENAL: SUS OPCIONES

La gran opción del derecho penal de cara al futuro es una elección entre *pensar* o *no*. En la medida en que el derecho penal se niegue a pensar, se degradará a un discurso de justificación del poder punitivo progresivamente irracional. Digamos de paso que, como lo explicitaremos inmediatamente, creemos que no tiene opción: tenemos la certeza de que el derecho penal habrá de pensar, porque no compartimos el catastrofismo reaccionario y, por ende, no creemos que la humanidad sucumba.

A medida que el derecho penal piense, se enfrentará con una teoría negativa de la pena y deberá asumirla: el derecho penal deberá reconocer en el poder punitivo un ejercicio del poder deslegitimado. La reducción del ámbito de este ejercicio del poder punitivo será como la limitación, reducción y desaparición de la guerra, es decir, un camino progresivo que se transitará en la medida en que la razón avance en el manejo de las relaciones. En tanto, el discurso jurídico-penal deberá asimilar la lección que le brinda el derecho internacional humanitario: una rama del derecho que procura reducir los niveles de una violencia que no puede suprimir.

Un importantísimo capítulo de este sendero será, sin duda, la distinción

entre intervención directa o preventiva y ejercicio del poder punitivo. La defensa o necesidad que legitima la intervención directa requiere un peligro inminente o actual. Siendo éste el límite que la distingue nítidamente del poder punitivo, exige un cuidadoso trabajo de análisis y un finísimo sistema de garantías y recursos rápidos que impida su desnaturalización, lo que implicaría severos controles judiciales nacionales e internacionales, independientes y de rápido y fácil acceso. Este es el gran desafío que impone el futuro más cercano, como inevitable resultado del salto tecnológico.

Sería absurdo pretender “predecir” el tiempo, el momento y las circunstancias en que el derecho penal se decida a pensar. Aseguramos que lo hará, porque también estamos convencidos de que la humanidad no sucumbirá a un descontrol tecnológico. Creemos que es importante que lo haga lo antes posible, y también creemos que cuando lo haga, se transformará en un discurso jurídico cuyos requisitos fundamentales serán: *i)* el rechazo de cualquier fin racional en la pena; *ii)* el reconocimiento del ámbito inmenso que tiene el poder punitivo y del reducido espacio que le resta al poder jurídico dentro del poder total del sistema penal; *iii)* el consiguiente reconocimiento de que el poder jurídico-penal es, fundamentalmente, poder discursivo; *iv)* la elaboración de un sistema de decisiones en que siempre se elija la menos violenta; *v)* la fina distinción entre la intervención directa efectivamente preventiva y la intervención punitiva; *vi)* la elaboración de los más severos controles jurisdiccionales sobre la intervención directa, y *vii)* el llamado para el discurso jurídico-penal (y para su sistema de garantías, incluyendo, por supuesto, la legalidad y la jurisdiccionalidad) de todo lo que ónticamente tiene carácter punitivo (es pena) y permanece cubierto con otro discurso (casi todas las institucionalizaciones, por ejemplo).

El derecho penal demorará más o menos en pensar, pero un día pensará. No es del todo indiferente que lo haga antes o después, pues de ello dependerá que se sacrifiquen más o menos vidas humanas. A medida que piense, ampliará su ámbito discursivo, abarcará más materia punitiva, pero contraerá el poder punitivo. No se trata de contraer o reducir el derecho penal como discurso, sino de ampliarlo para reducir el poder punitivo. De este modo irá surgiendo un nuevo derecho penal liberal: no ya la versión fundacional del siglo XVIII, que fue el derecho penal liberal de la Revolución Industrial, sino la versión renovada del siglo XXI, que será propia de la era tecnológica. Sus detalles no los podemos imaginar, pero su línea deberá ser una continua pugna por reducir un poder que sabe deslegitimado.

En último análisis, encuadrando el fenómeno dentro de un ámbito más amplio, podemos decir que el “estado de policía” no desapareció en el siglo XVIII, sino que hasta hoy permanece en el “estado de derecho”, está me-

tido dentro de éste y pugna por emerger al menor descuido. El principal instrumento discursivo del que se vale para legitimar sus tentativas de resurgimiento, sus avances en desmedro del “estado de derecho”, es el derecho penal. En la medida en que el “estado de derecho” se refuerce, reducirá el “estado de policía” y, por ende, al derecho penal legitimante del mismo. El triunfo del “estado de policía” en la era tecnológica implicaría el descontrol total de la tecnología y, por ende, el sacrificio de la humanidad. Quienes no creemos en esos catastrofismos, o sea, que los percibimos como augurios reaccionarios, entendemos que será el efecto paradójico de la propia tecnología la reducción del “estado de policía” y, con él, la del derecho penal que no piensa, es decir, del discurso jurídico-penal funcional al mismo. El nuevo derecho penal liberal, con los caracteres señalados, será el discurso jurídico del “estado de derecho”, impuesto por obvias razones de supervivencia humana.

¿Y LOS GRANDES PROBLEMAS?

Resta una respuesta: ¿qué pasa con los grandes problemas? ¿Qué pasará con todos los problemas que hoy se pretende que resuelva el derecho penal? Simplemente, el derecho penal no los resolverá, porque no puede resolverlos, porque no los está resolviendo ni los podrá resolver jamás. Los grandes problemas (medio ambiente, economía transnacional, armamentismo, consumo de drogas, etcétera) deberán resolverse. La coacción jurídica como intervención o coacción directa será necesaria en muchas oportunidades, pero eso no es ni será jamás derecho penal. El derecho penal dejará de vender ilusiones, de convertirse en el sencillo expediente de los organismos políticos para que éstos aumenten su clientela demagógicamente creando la apariencia de soluciones, cuando sólo crean papeles que tienen el doble efecto de ocultar los problemas y despreocuparse por la búsqueda de soluciones reales, haciendo recaer el poder que a partir de ellos aumenta su arbitrariedad sobre los más desprotegidos y carentes del planeta: en nuestro caso, los más pobres de las sociedades pobres. Los penalistas deben aprender a enseñar a las sociedades que ningún problema demasiado grave puede dejarse en sus manos.