

ZAFFARONI v. BECCARIA¹

Prof. Dr. Adán Nieto Martín

No es tarea sencilla hacer esta laudatio. Nuestro admirado Raul ha sido ya galardonado con cuarenta doctorados honoris causa, lo que supone un número similar de discursos y escritos glosando su extensa e incommensurable obra. No caigo en exageración alguna si indico que nunca las ideas de un penalista hispano tuvieron una repercusión y auge semejante. El profesor Zaffaroni ha hecho algo más que escuela. Sus ideas constituyen parte pensamiento político de al menos dos generaciones de latinoamericanos. Salvando todas las distancias que uno quiera, la influencia ejercida por Raul Zaffaroni ha sido de la misma naturaleza que la que ejerció en su día la obra de Cesare Beccaria. Una influencia que va más allá de lo puramente académico o técnico, y que ingresa en el terreno general de la historia de las ideas políticas.

La concesión de la medalla Cesare Beccaria representa una buena ocasión para comparar el pensamiento de ambos autores. El resultado que arroja tal comparación, y que puede adelantarse ya, es que el pensamiento de Raul Zaffaroni es absolutamente postbecariano, en cuanto que supone una comprensión bien distinta de las funciones del derecho penal y de sus principios limitadores.

Este nuevo paradigma – resulta una obviedad decirlo – conlleva una profundización en las garantías del derecho penal liberal, que tiene como punto de partida una reformulación de los fines de la pena y por tanto del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

La obra de ambos maestros parte de la misma preocupación: el estado y el ejercicio del *ius puniendi* como amenaza para los ciudadanos. Beccaria se enfrentó con el derecho penal de la monarquía absoluta, para construir como contramodelo, el derecho penal liberal. Raul Zaffaroni ha tomado como contramodelo, el estado aberrante que asoma por primera vez su pezuña en el libro de las brujas, el *Malleus Maleficorum*, pero que en realidad él ha visto mucho más de cerca en el fascismo europeo, en las dictaduras que han arrasado Latinoamérica en la segunda mitad del siglo XX y sobre todo y en la actualidad en el descarnado estado neocolonial que hoy predomina también en muchos países de la región. “Es una ingenuidad política

¹ Laudatio pronunciada en el acto de entrega de la Medalla Cesare Beccaria de la Sociedad Internacional de Defensa Social, en Salamanca el 4 de octubre del 2018.

peligrosa – señalaba recientemente Zaffaroni – percibir la situación actual de Latinoamérica fuera del marco del colonialismo”. Sin tener en cuenta esta experiencia personal, semejante a la que experimentaba el maestro de Milan ante las atrocidades penales del estado absoluto, es imposible acercarse a sus planteamientos.

La base del pensamiento de Raul Zaffaroni, su teoría negativa de la pena, solo puede entenderse en el marco del modelo del estado aberrante. Esto es probablemente lo que más nos choca y desconcierta de su obra a los penalistas europeos, que en nuestras cabezas tenemos mayoritariamente un modelo de estado mucho más benévolo, como es el estado constitucional y social. Frente a Zaffaroni y su realidad la mayoría de nosotros seguimos siendo hijos del derecho penal del estado social y democrático que se plasmó en los años sesenta en el proyecto Alternativo alemán.

Para la teoría negativa de la pena del estado aberrante, la pena es un mero ejercicio de poder, semejante a la guerra o a las ejecuciones extrajudiciales o a los secuestros realizados por el estado. Por ello el fin del derecho penal no es otro que el de limitar este ejercicio de poder cuando lo realizan las agencias estatales creadas para este fin. Si algo se asemeja el derecho penal es al derecho internacional humanitario, que limita la guerra, sin preguntarse si ésta es útil o justa. Esta función de límite, de contención del terror, y no de justificación es la función del derecho penal y por ende del trabajo de las penalistas.

Por esta razón nuestro homenajeadó plantea un paradigma de derecho penal distinto a Beccaria. Para Beccaria la imagen del derecho penal era la espada de doble filo que protegía a la sociedad previniendo comportamientos dañosos socialmente al mismo tiempo que garantizaba los derechos de los ciudadanos frente al estado. Para Zaffaroni el derecho penal no es una espada, sino una navaja con un único filo cuya única función es proteger a los ciudadanos del estado. En este sentido, el modelo de Zaffaroni supera incluso la propuesta del derecho penal mínimo, que es un paradigma de derecho penal aun en la órbita de Beccaria y que nos propone en realidad una espada deforme o asimétrica, con un perfil mucho más afilado que el otro.

Con este punto de partida substancialmente distinto los principios liberales del derecho penal se transforman en la obra de Zaffaroni. No están sujetos a ningún tipo de ponderación o restricción con el fin de atender al fin beccariano del derecho penal que es la prevención de comportamientos dañosos. Su única finalidad es domar, limitar la furia del poder estatal en una batalla sin cuartel. Por eso los principios en la obra de

Zaffaroni se tornan en principios radicalmente garantistas. Es lo que ocurre por poner un único ejemplo con el principio de determinación, que se completa con el principio de máxima taxatividad interpretativa dirigida al juez, según el cual las dudas interpretativas deben resolverse siempre a favor de la menor incriminación.

Pero la originalidad del pensamiento post-beccariano de Raul Zaffaroni va más allá de la exasperación garantista de los principios básicos del derecho penal. Sino que ha servido para formular un “ciencia del derecho penal completa”, que aun criminología, política criminal y dogmática. Claro está que con una finalidad diametralmente opuesta a la de von Liszt.

La criminología zaffaroniana tiene como objeto el comportamiento del poner punitivo del estado aberrante.

Parte central de su criminología consiste en analizar el decisivo papel de los medios de comunicación y la industria del entretenimiento como herramientas del poder punitivo. El estado aberrante se sirve de ellos para crear una realidad de inseguridad, pero también y sobre todo para vincularla con determinados estereotipos de personas que serán los enemigos de las clases medias aterrorizadas y a su vez las víctimas del poder punitivo. Esta forma de operar denota un racismo clasista que impregna las demandas de criminalización y la actuación de la policía y que es visible cuando se visita cualquier centro penitenciario y se comprueba quiénes son sus huéspedes y cómo viven.

La misma construcción mediática de la realidad sirve a Zaffaroni para alertarnos acerca de las demandas punitivas de movimientos sociales como el feminismo o el ecologismo.

Una política criminal inteligente, es decir limitadora de la violencia estatal, pasaría por una desmonopolización y por tanto democratización de estos medios. Con ello obtendríamos una visión más ajustada y quizás más humana de la criminalidad.

Dentro de este nuevo saber criminológico, y retomando enseñanzas que proceden de la teoría del etiquetamiento, se distinguen en el pensamiento de Zaffaroni entre poder punitivo y poder jurídico. Se trata de romper un mito o un hábito de pensar. Los jueces o los fiscales – la base del poder jurídico- no aplican las leyes que dicta el legislador, utilizando a la policía y a otras agencias ejecutivas. Más bien ocurre al contrario. Son las agencias ejecutivas quienes dentro del espectro de comportamientos delictivos que

les abre el legislador, seleccionan a los delincuentes. La función de jueces y fiscales es operar como luces de un semáforo de contención jurídica. Su función es decidir si sigue, luz verde, o se interrumpe, luz roja la selección realizada por el poder punitivo y sus agencias ejecutivas.

Una de las aportaciones más novedosas de la criminología zaffaroniana es la explicación del genocidio, que no es otra que la desaparición de cualquier límite al poder punitivo. El genocidio constituye una tendencia natural del poder punitivo. La ausencia de límites unida al racismo clasista que suele cimentar las demandas de seguridad provoca las masacres. Por esta razón, la principal misión del derecho penal y del poder jurídico debe ser la prevención del genocidio.

A partir de este modelo de explicación de la criminalidad y del funcionamiento del *ius puniendi*, con absoluta coherencia, propone cuál es el papel de la ciencia penal. Nuestra tarea debe ser también operar como límite de contención del poder penal del estado aberrante. Nuestros destinatarios principales no son ni el legislador, ni las agencias ejecutivas como la policía que seleccionan los candidatos a la criminalización, sino los jueces y fiscales que ejercen un poder jurídico y por tanto limitador. Nada por tanto de construir una lógica jurídica, capaz de aplicar cualquier norma que le pongan ante sí. La dogmática como tecnología de la aplicación del derecho tiene como principal objetivo la contención del poder punitivo, aumentando y mejorando las armas del poder jurídicos es decir, de jueces, abogados y fiscales. Parafraseando a Julio Cortázar “El Derecho penal. Modelo para armar.”

En la trinchera de las garantías jurídicas desde luego también existen normas. El derecho internacional de los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones. Una de las construcciones más celebradas de Raul Zaffaroni en su carrera judicial ha sido el denominado control de convencionalidad. Mediante el cual se examinaba la adecuación de las normas nacionales con el derecho internacional. Esta construcción es un ejemplo del método y el norte al que debe atender el quehacer jurídico que no es otro que la necesidad de perfeccionar al máximo la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales consagradas en los derechos humanos.

Esto es precisamente lo que en una de sus últimas obras ha denominado “el derecho penal humano”. Este se compone, de un lado, con la exacerbación garantista que los principios penales experimentan en su obra y, de otro, con la desacralización de

la ley infraconstitucional, cuya validez el jurista debe atreverse y acostumbrarse a cuestionar a la luz de los principios constitucionales en grado de optimización máxima. No hace falta decir que desde la perspectiva de la separación de poderes el método dogmático, de aplicación de la ley, propuesto por Zaffaroni supone un empoderamiento del poder judicial, frente al legislativo. Pero es que esta es precisamente la única vía de dominar la tendencia natural hacía el genocidio del poder penal.

Recientemente Raul ha abierto un nuevo camino dentro del derecho penal constitucional en el que explora el potencial de las constituciones de Bolivia y Ecuador, que abandonan el antropocentrismo del constitucionalismo europeo, y sitúa a la pachamama como un sujeto constitucional más, semejante a las personas con derechos constitucionales propios.

Es suma, como antes señalaba la obra de Raul Zaffaroni es una *Gesamtestrafrechtswissenschaft*, pero desde luego en las antípodas de la que proponía von Liszt. Su criminología se centra en analizar el potencial criminal del poder punitivo y en la prevención del genocidio; su dogmática penal se orienta a su contención radical y la política criminal debe centrarse en promover cambios legislativos que minimicen la capacidad del poder de imponer discursos hegemónicos y justificadores de su poder. Al igual que su teoría de la pena, se trata también una política criminal negativa, de quien nada bueno espera del poder punitivo.

Son muy pocos los juristas que han sido capaces de proponer cambios de paradigmas. Desde luego, *Beccaria* fue uno de ellos, pero tras lo dicho también lo es Raul Zaffaroni quien en su extensa obra ha sabido articular una nueva forma de entender el *ius puniendi* y el Derecho penal. Nadie con más méritos puede ser acreedor de la medalla que hoy se le entrega.