

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni

Catedrático –Prof. Titular– consulto de Derecho Penal. Univ. de Buenos Aires (UBA).
Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (S. José de Costa Rica). Ex
Ministro de la Corte Suprema de la Nación. Argentina. Socio FICP.

~Derecho penal integrado y desintegrado~

I. LA CIENCIA PENAL COMO ANOMALÍA JURÍDICA.

Los cultores de cada rama del derecho conocen la función de la sanción mediante la cual su área jurídica que, a la vez que la distingue de las otras, resuelve los conflictos propios de su materia, salvo los penalistas, entre los que no existe ningún acuerdo al respecto, lo cual constituye una *anomalía jurídica*. En efecto: cada autor elige una o varias de las llamadas *teorías de la pena* clasificadas por Anton BAUER en 1830 y, a partir de *para qué cree que debe servir* la pena, justifica y legitima solo el ejercicio del poder punitivo que *debería cumplir* -o cree que cumple- y deslegitima todo otro diferente. De este modo, elabora su respectivo *sistema dogmático* que, conforme al objetivo práctico de la ciencia jurídico penal, ofrece a los jueces como *proyecto de jurisprudencia*, es decir, para que éstos emitan sentencias conforme a su sistema. Es así como cada penalista elabora un sistema dogmático que puede legitimar en la gran medida al poder punitivo (penalistas *horripilantes*), acotarlo mucho (los *garantistas*) o deambular por puntos intermedios (los *indecisos*).

Si bien el poder punitivo habilitado no se ejerce en la sociedad como lo desea cada penalista, sino como lo muestran los datos sociales, no por eso la ciencia jurídica deja de surtir efectos sobre los operadores jurídicos de *buena fe* que se desconciertan, en tanto que los de *mala fe* escogen el sistema que más conviene a sus coyunturales objetivos políticos para habilitar poder punitivo en forma arbitraria, con lo cual naufraga la promesa de la ciencia jurídica como proveedora de previsibilidad.

Dejando de lado los de *mala fe*, los otros se desconciertan más porque la comunicación monopólica de nuestra América inventa *una nebulosa idea del delincuente como siempre homicida y violador*, proyectando la ilusión de que los únicos pobladores de las prisiones y los victimizados por las ejecuciones policiales sin proceso serían siempre esos psicópatas.

Lo que la ciencia jurídica –y las teorías clasificadas por BAUER- disimulan es un fondo de *venganza* que resulta siempre vergonzante en una civilización que *presume de*

racional. Se trata de una *neurosis civilizatoria* similar al rechazo al inconsciente freudiano: *somos racionales*, aunque sepamos que no lo somos. Para disimular la invocación de la venganza mediante la *fake new* de que todo el poder punitivo recae sobre psicópatas, le asigna un supuesto *efecto disuasorio desnudo* (sin otro objetivo) diferente al de toda la restante coerción jurídica configuradora de la sociedad. Lo cierto es que incluso esa función es falsa, porque como los crímenes más horripilantes son los más cercanos a conductas patológicas, son sobre los que menos posibilidades existen de disuasión mediante coerción jurídica.

II. LAS LEGITIMACIONES SEGÚN LA IMAGINERÍA SOCIAL PENALISTA.

La *fantasía penalista*, empeñada en *imaginar cómo debería ser* el poder punitivo, se traduce en una riquísima *imagería social* que, como lleva casi un milenio de esfuerzos, no puede evitar caer en reiteraciones.

La creatividad de los penalistas se dividió en dos grandes corrientes troncales para imaginar *cómo debiera ser* el poder punitivo: (a) unos imaginaron que debía recaer sobre seres *más o menos iguales y libres*, como *retribución* del daño causado por el mal uso de su libertad; (b) para otros, recaería sobre *seres humanos inferiores y determinados al mal*, para neutralizar posibles males futuros.

La primera corriente imaginativa se subdividió (α) entre quienes acabaron imaginando que el poder punitivo *debería ser la indemnización* por la violación de un metafórico *contrato social* y, (β) quienes, sabiendo que los seres libres son *motivables*, imaginaron que el poder punitivo debería tener esa función. Por supuesto que entre ambas surgieron todo tipo de combinaciones.

(α) Los primeros imaginaron *el deber ser del poder punitivo* sobre bases metafísicas. Comenzaron creyendo que debía ser una *retribución* para *expiación* del pecado, para laicizarse luego como *reparación* por violación del metafórico contrato social. Esta línea se inició con los *glosadores y postglosadores* y alcanzó su más alto vuelo con el criticismo kantiano.

(β) Los segundos partieron del empirismo e imaginaron un poder punitivo con la función práctica de *motivar a seres motivables* con *castigos y premios*, en procura de la mayor felicidad de todos. Su expresión más pura fue el *pragmatismo* de Bentham.

La segunda corriente troncal (b) que imagina un poder punitivo destinado a ejercerse sobre seres inferiores subdividióse entre (α) *idealistas* y (β) *pretendidos empíricos*.

(α) Algunos *idealistas* clasificaron a los humanos en *libres* y no libres, reservando la pena para los primeros (como HEGEL); otros imaginaron que el poder punitivo debía cumplir una función de mejoramiento moral empujando a quienes se atrasaban en el proceso universal de fraternidad cósmica (como los krausistas).

(β) Los *pretendidos empíricos* inventaron una *etiología criminal debida a inferioridad biológica* y se centraron en el *peligro* de futuros males causados por esos *subhumanos*, que debían neutralizarse o eliminarse, sea para evitar la contaminación del pecado (mujeres inferiores según los *demonólogos*); para eliminar las células infecciosas no evolucionadas del organismo social (criminales *natos* y *colonizados* para los *positivistas racistas* del siglo XIX) o bien para preservar la pureza de la raza aria superior evitando su involución (*arios degenerados* para los nazis).

III. ¿QUÉ SE DISCUTE CUANDO SE DISCUTEN LAS LEGITIMACIONES DEL PODER PUNITIVO?

Cada uno de estos productos de la imaginación corresponde a una *imagen de la sociedad (imaginería social)* que requiere un *proyecto de estado* que la configure, o sea que, en último análisis, los penalistas están discutiendo *modelos de estado*. Según que el penalista sea *horripilante* o *garantista*, legitimará más o menos ejercicio del poder punitivo y, por ende, también la sociedad y el *modelo de estado* que la configura, lo que remite a la *teoría del estado*, o sea, al *núcleo más central de toda discusión política*, materia en la que *es imposible un consenso general*. Pero al hacerlo dan por existente el estado imaginado, o sea que su legitimación se basa en una *alucinación*.

Pese a que toda esta discusión hace al *Kern* de la cuestión política, la ciencia jurídico penal no parece ser consciente de su naturaleza. Dificultan develarla los *indecisos*, que amontonan varios fines del abanico de las teorías de la pena pretendiendo obtener una verdad de la acumulación de falsedades, como también los incoherentes, que no desarrollan su elección hasta el final. Estas contradicciones crean un ensordecedor *barullo ideológico*.

Es verdad que los cultores del derecho constitucional y político se hallan en el mismo tembladeral, *pero la diferencia finca en que lo saben* y, por ende, se hacen cargo

del material que manejan, pero a quien se asoma a la ciencia penal y se le muestra el *cuadro de las teorías de la pena* como algo limitado a nuestra materia, se le oculta que se *sumerge en el tema central de la discusión política* y, por ende, a la vez que el *barullo ideológico* lo aturde, no comprende la naturaleza del *aquelarre* que vivencia.

IV. LA CRIMINOLOGÍA ETIOLÓGICA Y LA CIENCIA PENAL.

La variable (β) del segundo tronco de la imaginaria penal (b), es decir, los pretendidos empíricos que legitimaban el poder punitivo en la supuesta necesidad de neutralizar futuros males por parte de subhumanos (*peligrosidad*), la inauguraron por los *demonólogos misóginos (primera criminología etiológica)*, pero en su variable evolucionista (subhumanos no evolucionados) renació en la segunda mitad del siglo XIX, no solo contra las mujeres, sino contra los europeos marginados del sistema productivo y los colonizados.

Esta *segunda demonología* fue admitida en las academias con el nombre de *antropología criminal*, porque se enmarcaba en la antropología colonialista racista (DARWIN-SPENCER) que, con pretensión de ciencia natural, empírica y *evolucionista*, explicaba el delito como la manifestación de *seres humanos biológicamente inferiores y peligrosos*, semejantes a los *salvajes* colonizados. Luego fue rebautizada como *criminalología* y por último *criminología*, siendo como tal reconocida académicamente y cultivada por *médicos* en estrecha ligazón con *policías*, que reparaban en los casos más graves y patológicos de criminales patibularios (el *criminal nato*), lo que hasta ahora facilita la *fake new* mediática de prisiones llenas de homicidas y violadores. Ante la evidencia de que no todos los presos eran *criminales natos*, matizó luego con la categoría de *ocasionales*, incorporando algunos datos sociales aislados como *causas del delito*.

Esta nueva *demonología* dio lugar a la versión *positivista peligrosista* de la ciencia jurídico penal y legitimó el poder punitivo policial en sociedades muy estratificadas, tanto metropolitanas como *neocolonizada*, bajo el rótulo de *defensa social*, expresión que evoca agresión, o sea, *guerra y enemigo*. La función *leucocitaria* de *defensa social* asignada al poder punitivo eliminaba los *gérmenes* patógenos del *organismo social* y también legitimaba al neocolonialismo. Al pretender un fundamento *empírico*, consideró la *discusión política de los penalistas anteriores* como una *etapa precientífica superada*.

Los *demonólogos* habían integrado el *saber penal* con la *criminología biológica* como *etiología del mal* (inferioridad de la mujer) en un *sistema* que abarcaba las

manifestaciones (pacto con Satán, brujería), el *método* para investigarla (tortura), la política criminal (la castidad) y la solución neutralizadora (purificación por el fuego). Los *positivistas* del siglo XIX también integraron su *criminología etiológica del delito* (subhumanización de estereotipados), en un sistema que abarcaba los signos de inferioridad biológica peligrosa (el delito y la *mala vida*), el *método* para detectarla (vigilancia policial), la política criminal (moralidad pública) y la neutralización (*resocialización* o eliminación).

En su modelo positivista integrado, como la criminología etiológica estaba dominada por los médicos y la ciencia jurídica era tributaria de sus enseñanzas (la *peligrosidad* la pronosticaban los médicos), esta última quedaba subordinada al saber médico; la criminología etiológica amenazaba con *tragarse* al derecho penal.

Un *modelo integrado positivista pero más moderado* –VON LISZT– asignó a la ciencia jurídica la función de limitar la política criminal (erradicación policial del delito), para evitar caer en un estado policial, pero la verdadera ciencia seguía siendo la criminología etiológica, puesto que la doctrina penal era un *saber práctico*, destinado únicamente a impedir el desborde policial.

V. ¿UNA CIENCIA PENAL INDEPENDIENTE Y ÚTIL A CUALQUIER MODELO DE ESTADO?

Dado que a fines del siglo XIX la ciencia jurídico penal se debatía entre la abierta *discusión política* imaginando modelos de estado (racionalismo metafísico del siglo XVIII) y la negación de su carácter científico, subordinándola al saber médico (*positivismo peligrosista*), se propuso evadir esta opción. Para eludir la primera alternativa, se proclamó una ciencia *políticamente aséptica*; para escapar a la segunda, se la identificó como una *ciencia de la cultura, impermeable a todo dato contaminante proveniente de cualquier ciencia natural*.

Esa construcción fue obra del *neokantismo jurídico penal*, basado en una teoría del conocimiento que separa radicalmente las ciencias *naturales* de las *culturales*. Las *naturales* serían empíricas y regidas por la verificación; las *culturales o del espíritu*, por el contrario, se ocuparían del mundo de la libertad y no sería posible conocer sus objetos sin un previo ordenamiento. El derecho pertenece a estas últimas y lo que pondría orden en sus objetos serían *los valores*, sin los cuales, si bien pueden existir otros entes, al no

estar *ordenados por los valores*, el conocimiento no puede acceder a ellos, de modo que *el valor* determinaría los límites epistemológicos de la ciencia jurídica.

Esta teoría del conocimiento tiene dos importantes consecuencias: (α) por un lado, los datos sociales *no ordenados por los valores*, no tienen cabida en la ciencia jurídico penal y, por el otro, (β) no es pertinente la pregunta sobre *quién impone los valores*, porque la respuesta sería un *dato verificable*, propio de una ciencia natural, por lo que tampoco tiene cabida en una ciencia *cultural* como la jurídico penal. Como los *valores* pueden corresponder a cualquier forma de estado, la ciencia penal sería una *lógica normativa* destinada a dar completividad (*no contradicción interna*) a un sistema de interpretación de los entes que el valor había ordenado, dejando fuera de su horizonte de proyección todos los datos sociales que no *ordenados* por los valores.

Si bien esta metodología *desintegra* el sistema en que la demonología y el positivismo *integraban* la criminología etiológica, no deja de *integrarla de un modo diferente*, en que esa criminología queda *subordinada* a la ciencia jurídico penal, que le define su objeto (el delito) y pasa a ser un *saber auxiliar*.

En efecto: para el neokantismo, la ciencia jurídico penal le indica a la criminología etiológica cuáles son las conductas cuyas *causas* esta última debería explicar. La criminología etiológica pasa así de hegemónica a subordinada, pero sin mayores alteraciones, salvo en algún matiz *plurifactorial*.

VI. LA SOCIOLOGÍA AVANZÓ POR SU LADO.

El positivismo espolvoreó su biologismo con unos pocos datos de pretendidas *causas sociales* del delito y los llamó *sociología criminal*, mientras la *sociología general* se desarrollaba en forma del todo independiente (DURKHEIM, SIMMEL, TARDE, WEBER) e impactaba a la ciencia jurídica en el derecho privado y público (sociología jurídica), llegando a generar la llamada *escuela del derecho libre* y el realismo jurídico norteamericano. La criminología positivista permaneció ajena a esto, aunque el funcionalismo (DURKHEIM) desmintiese la idea de absoluta *dañosidad social* del delito.

Cuando al término de la Primera Guerra Mundial el primado de la sociología general pasó a Estados Unidos, se incentivó la sociología urbana y la preocupación por el delito, pero libre del lastre biologista del positivismo racista. A este paso a una etiología sociológica le fue imposible excluir el papel central del poder punitivo, pues no pudo ignorar la obvia arbitrariedad selectiva de la criminalización.

La primera criminología etiológica (*demonología*) había sido deslegitimada por Friedrich Spee en el siglo XVII, quien dejó de lado la discusión sobre las brujas para analizar el ejercicio del poder punitivo inquisitorial, revelando los crímenes de sus operadores. El proceso se repitió en el siglo XX, cuando la criminología se volvió *sociológica*, pues la exclusión epistemológica del poder punitivo generaba una *falsa etiológica*. Esto culminó en un *cambio de paradigma*: la *criminología de la reacción social* colocó como objeto central de atención al *poder punitivo*, desplazando al *delincuente* (como subhumano diferente).

Esta criminología se dividió entre una corriente llamada *liberal* y otra *radical*. (α) La primera se nutrió del *interaccionismo simbólico* y de la *fenomenología*, demostrando la selectividad del poder punitivo con la *teoría del etiquetamiento* (*labelling approach*) y también la función reproductora de la criminalización. (β) La segunda (*radical*) se orientó de preferencia por el marxismo de *Frankfurt* y objetó a la anterior no extenderse al poder social general, pero al derivar en una *crítica macrosocial* resultó bastante impotente para proponer reformas, dado que poco podría hacerse antes de un profundo cambio de esa naturaleza.

De todas formas, la sociología general más tradicional y más aún la crítica *liberal* y el *labelling*, desmentían por completo los principios de igualdad, de legalidad, de derecho penal de acto y la tutela igualitaria de bienes jurídicos, con lo cual descalificaba las bases de la dogmática penal. Fue así como hace medio siglo tanto la ciencia jurídico penal como la criminología sociológica se hallaban en un callejón sin salida. La primera resultaba incompatible con el más tradicional saber sociológico y, sintiéndose amenazada, se refugiaba en el neokantismo que, al excluir selectivamente los datos sociales, preservaba sus falsas bases ideológicas y se centraba en su completividad lógica. En la acera opuesta, la extrema crítica radical impedía incidir sobre el ejercicio real del poder punitivo. En semejante encrucijada era inconcebible un nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología.

VII. LA DESINTEGRACIÓN SE TORNA INSOSTENIBLE.

En las décadas que siguieron tuvieron lugar cambios muy profundos en el poder mundial y regional: el fin del mundo bipolar; la *financiarización* de la economía; los *macrocrímenes* del totalitarismo financiero; la subordinación de la política a las corporaciones; el colonialismo tardío mediante endeudamiento; el *encarcelamiento*

masivo en ambos hemisferios; concentración de la riqueza mundial en el 1% de la humanidad; el deterioro acelerado del medio ambiente. El actual totalitarismo financiero se legitima con un nuevo *discurso reduccionista (economicista)* con la antropología aberrante de su *homo economicus*, que cunde por las academias como la actual ideología negadora de los Derechos Humanos (VON HAYEK y VON MISES) y trata de arrasar con las ciencias de la conducta. En nuestra región, con los coeficientes de Gini más altos del mundo, el *tardocolonialismo* intensifica la estratificación social, hace desaparecer los brotes de estados de bienestar y pretende *cronicizar* el subdesarrollo, con alto costo de vidas. El poder punitivo se vuelve más violento, letal y selectivo, bajo la consigna *völkisch* de *tolerancia cero*, impulsada por la criminología mediática de los monopolios que funcionan de hecho como *partidos políticos únicos*. El *lawfare* contra opositores populares y disidentes sería la envidia de GÖBBELS y VICHINSKI.

La *crítica sociológica* de hace cuatro décadas perdió buena parte de su vigencia, puesto que provenía de sociedades de producción y consumo del norte. Nuestra ciencia jurídico penal continúa importando versiones renovadas del neokantismo y del neohegelianismo, reforzando la inviabilidad de la incorporación de datos sociales a sus construcciones jurídicas.

Entrados en este inquietante siglo XXI, se hace más acuciante la necesidad de reorientar la crítica sociológica al actual marco de poder, pero también de integrarla con la ciencia jurídico penal, debido a que en nuestra región ya no media una simple y normal *disparidad* entre la *imaginería penalística* y la *realidad*, sino un creciente *disparate* que, pese a la *invención de realidad* de los partidos únicos mediáticos, se vuelve inocultable, promoviendo el desprecio del derecho como herramienta social.

VIII. NO ES IMPOSIBLE LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO SISTEMA INTEGRADO.

Hace treinta años pensamos que esa encrucijada debía ser superada, en lo que ahora insistimos, solo que con la mayor urgencia que imponen los cambios de estas décadas. En esa ocasión revaloramos como superación de la anomalía jurídica de la ciencia penal el camino señalado en el siglo XIX por el visionario jurista brasileño Tobías BARRETO y que había quedado en el olvido.

En 1886, reflexionando a partir de la lectura de FRÖBEL, BARRETO dio en la clave de los principios que permitirían a la ciencia jurídico penal dar el giro al que hasta ahora

se resiste: *Quem procura o fundamento jurídico da pena deve tambem procurar, si é que ja não encontrou, o fundamento jurídico da guerra.* Antes había afirmado -con toda precisión- que *la pena no es un concepto jurídico, sino político.* Sus geniales intuiciones a este respecto se completan con la afirmación de que *no existe un derecho natural, pero sí una ley natural del derecho.*

A partir de estas claves, es posible comprender y cancelar la *excepcional anormalidad de la ciencia jurídico penal* en relación al resto de la ciencia jurídica. Desde los tiempos de Barreto, el derecho internacional rectificó su rumbo, pero la ciencia penal no lo imitó. Los internacionalistas abandonaron el *viejo derecho a la guerra*, pues cayeron en la cuenta de que las guerras no se desataban conforme a lo que ellos programaban y, por ende, decidieron resignar su omnipotencia y pasar a proyectar la limitación de los extremos de la crueldad bélica. De este modo se desarrolló el *derecho internacional humanitario* que, en lugar de teorizar la guerra para legitimarla parcialmente (con el concepto de *guerra justa*), procura eliminar sus extremos de crueldad.

El paralelo con el derecho penal es innegable: mediante sus *teorías de la pena* éste pretende limitar al poder punitivo legitimando su ejercicio en forma parcial (el *poder punitivo justo*, equivalente a la *guerra justa*). Los internacionalistas minimizaron las discusiones sobre la *guerra justa* (el poder punitivo *justo* del derecho penal), para centrarse en la neutralización de sus desmanes (equivalente en el derecho penal a la limitación del *poder punitivo*). Por cierto, se trata de una clara señal de realismo y humildad humana del internacionalismo jurídico, que no pretende ya dictarle reglas al poder bélico, sino que se centra en reducir sus letales consecuencias. Pero el penalismo todavía pretende indicarle al poder político hasta dónde puede usar el poder punitivo a partir de modelos de estados inexistentes (alucinados).

Tobías BARRETO, mucho antes del desarrollo del derecho internacional humanitario, percibió claramente el vínculo entre la guerra y el poder punitivo. Hoy consideraríamos absurdo que el derecho internacional presentase un cuadro de *teorías legitimantes de la guerra*, pero nos sigue pareciendo *normal* que la ciencia jurídico penal quiera legitimar un *factum político* mediante la selección del muestrario de BAUER y sin tomar consciencia de que discute alucinados modelos de estado producidos por la *imagería penal*. El derecho internacional logró erradicar el *hábito normalizador* de legitimar la *guerra justa*, que aún hoy pesa sobre el derecho penal, al pretender legitimar el *poder punitivo justo*.

IX. NO ES POSIBLE CONOCER TODAS LAS FUNCIONES DEL PODER PUNITIVO.

Dado que el poder punitivo es un *hecho político* –y como tal en extremo *plurifuncional*– no es posible que tenga una única función, como no la tienen las guerras. Más aún: dada la extrema variedad de conflictos en que interviene, tampoco es posible conocer todas sus funciones, disfunciones y consecuencias en la realidad social, algunas de las cuales ni siquiera sospechamos.

Sin embargo, penalistas, jueces y políticos parecen internalizar una autocensura impuesta por la tradición académica y reforzada por las *fake news* alienantes de nuestros partidos únicos mediáticos, que importa una *idolatría* del poder punitivo, pues lo convierte en un *falso dios*, dotado de un blasfemo carácter *omnipotente*. Para los fanáticos de este ídolo se trata de una *cuestión de fe*: nada hay que no pueda resolverse con su ejercicio.

Por esa razón, frente a la idolatría punitivista se impone una posición *agnóstica*, que no niegue su poder, pero sabiendo que no es omnipotente y que no conocemos –y quizá nunca podremos conocer– todas sus funciones y consecuencias. Tampoco es posible ignorar que puede tener efectos positivos, para lo cual no es necesario adherir al funcionalismo, bastando con saber que si el bien absoluto no es de este mundo, tampoco lo es el mal absoluto.

Lo único que tenemos con toda certeza verificado es que cuando el poder punitivo se expande y el poder jurídico limitador se reduce, el estado de derecho se aleja de su modelo ideal para aproximarse al de policía o para debilitarse disuelto en ejercicios paralelos y subterráneos. En el primer caso se tiende a un totalitarismo; en el segundo a una degradación del estado.

Cabe observar que todos los penalistas cuyo saber jurídico se enmarca en un estado que se aproxima al modelo de derecho, se reivindican como continuadores del Iluminismo, pues no se elevan monumentos ni se bautizan academias con el nombre de Torquemada o de los demonólogos, sino que hasta se los oculta como precursores. Llama poderosamente la atención que los sistemas construidos por los penalistas que reivindican históricamente el valor de la función de contención y teorizan jurídicamente en estados cercanos al modelo de derecho, no se percaten de la necesidad (α) de desterrar el hábito de pretender acotar el poder punitivo alucinando modelos de estados, en lugar de legitimar

de modo casi exclusivo o totalmente predominante la función limitadora y operar con racionalidad a partir del estado de derecho realmente existente, (β) ni de abandonar la ilusión de que sus destinatarios (operadores jurídicos) ejercen poder punitivo, cuando éste es propio de las agencias ejecutivas (policías) y lo único que pueden hacer éstos, en ejercicio de su poder jurídico, es contenerlo dentro de límites racionales, para evitar sus desbordes letales para las personas y los estados de derecho reales.

X. LA RELEGITIMACIÓN MEDIANTE UNA NUEVA INTEGRACIÓN.

Nuestra ciencia jurídico penal se reivindicaría sin más que reconocerse como programadora de decisiones jurisprudenciales limitadoras del poder punitivo, cuya imperiosa necesidad se pone de manifiesto apenas se observa el resultado genocida que en el siglo pasado tuvo el debilitamiento del *poder jurídico* de contención, que es su indispensable y más legítima incumbencia.

La ciencia jurídico penal se legitima al incorporar y empalmar con las críticas sociológicas al poder punitivo, como constructora de sistemas dirigidos a los operadores jurídicos, para que su jurisprudencia opere los filtros que interfieran el paso de sus manifestaciones más irracionales, selectivas, discriminadoras, racistas, violentas, etc. Los caracteres del delito son diferentes niveles de contención, como compuertas del dique que el poder jurídico opone al poder más groseramente violador de la igualdad, la libertad y la fraternidad.

La *selectividad del poder punitivo* es inevitable, dada (α) la disparidad de lo legalmente programado (criminalización primaria o *in the books*) y la limitada capacidad de las agencias ejecutivas (criminalización secundaria), (β) como también en razón del entrenamiento diferencial en sociedades muy estratificadas, que redundan en la selección policial de estereotipados autores de delitos groseros y de subsistencia. Con criterio realista, debe saberse que la contención jurídica no puede pretender suprimir lo inevitable, sino que debe esforzarse en programar *menores estándares selectivos*, disminuyendo el *poder punitivo de autor*, para lo que, ante todo, debe evitar su obcecado *negacionismo*, que es la peor de las injusticias sociales.

La *dogmática jurídica* debe construir sus conceptos y organizarlo en *sistemas* como programas políticos destinados a la optimización del poder jurídico de contención del poder punitivo, en procura de la reducción de sus caracteres negativos. Por ende, como todo programa político (cada sentencia es un *acto de gobierno de la polis*), debe nutrirse

de los datos sociales que le informan acerca del ejercicio real del poder que debe acotar, so pena de resultar *delirante*. Esta tarea importa la elevación real de los estándares de realización de los principios constitucionales de igualdad y respeto a la dignidad humana.

La ciencia jurídico penal debe receptor los datos de la realidad indispensables para esta misión, de la sociología, la economía, la política, etc., o sea, de todo lo necesario para proponer decisiones políticas (de gobierno) conforme al principio republicano (que impone la racionalidad). A ese conjunto de información real se lo puede llamar *criminología* o de cualquier otra manera, pero lo cierto es que imitando de este modo el recorrido del derecho internacional respecto de la guerra, surge aquí un *nuevo sistema integrado de derecho penal y criminología*.

XI. LA ONTICIDAD DEL EJERCICIO DEL PODER PUNITIVO.

Tobías BARRETO no incursionaba en el derecho natural o supralegal, pero afirmaba que *existe una ley natural del derecho*. Por cierto, la ciencia jurídico penal interpreta leyes y, ante todo, las del *bloque de constitucionalidad* (normas constitucionales e internacionales). Estas leyes *válidas* (porque proceden de fuentes competentes) se supone que es deseable que también sean *eficaces* por producir efectos sociales acordes con su *ratio legis* o *fin manifiesto*. Para eso, la ciencia jurídica no puede aislarse del mundo ni seleccionar arbitrariamente los datos que quiera incluir o excluir, porque si bien el orden jurídico es un *orden*, *hay otros muchos órdenes* y, cuando el derecho se refiere a un ente del mundo, debe respetar *lo que ese ente es* (su *onticidad*) en su respectivo orden (físico, biológico, económico, social, político, etc.). De no hacerlo, *no dejará de ser válido ni de ser derecho, pero carecerá de eficacia*, porque *se dirigirá a un ente diferente*, o sea, que construirá un *discurso falso*: proclamará un deber ser que producirá un resultado diferente en el mundo del ser.

Esta es la *ley natural del derecho* de BARRETO, que se aproxima muchísimo a la tesis de las *estructuras lógico reales* (*sachlogischen Strukturen*) de WELZEL. Por cierto, Barreto fue más lejos que Welzel, porque su *ley natural del derecho* le permitió caer en la cuenta de que el poder punitivo es un *factum político*. WELZEL se quedó a medio camino, pues llevo su tesis hasta la teoría del delito, pero no a la teoría de la pena. Tampoco hubiese podido hacerlo, dado que también legitimada al poder punitivo como tutela de un supuesto mínimo ético, conforme al momento de la reconstrucción alemana de posguerra, dando lugar a una peligrosa *etización* del derecho penal. BARRETO pensaba

a la *intemperie*, solitario en el nordeste brasileño, lo que demuestra que a veces el subdesarrollo tiene ventajas.

En paralelo con el derecho internacional, los datos de la realidad verificarán que los principios de libertad, igualdad, fraternidad (o solidaridad), legalidad, humanidad, dignidad de la persona humana, tutela de bienes jurídicos, culpabilidad, etc., emergentes del bloque de constitucionalidad, son violados en alguna medida por el poder punitivo. Lo tremendamente erróneo es deducir de esto que esos principios son inválidos, pues lo inválido es la alucinación *negacionista* que pretende que el poder punitivo los respeta escrupulosamente.

La ciencia jurídico penal debe reafirmar esos principios y *verificar en qué medida en la realidad los lesiona el poder punitivo*, impidiendo el paso de éste que lo hace en la mayor medida, lo que importa llevar a cabo un *permanente esfuerzo para elevar su nivel o estándar de realización*, habida cuenta de que nunca se realizan socialmente por completo. Este esfuerzo científico siempre será un *juego de pulsiones y contrapulsiones*, pues *ningún estado de derecho es conforme al ideal*: el estado de derecho ideal nunca existió y no sabemos si los habrá alguna vez. Los estados de derecho reales (existentes) cuanto más se acerquen al ideal, mejor encapsularán las pulsiones del *estado de policía o del estado debilitado que encierra en su seno*, puesto que en toda sociedad hay factores de poder resistentes. Este juego de pulsiones *no es una dialéctica*, porque no tiene síntesis. Se trata de un *unfinished* que *debe hacer camino a medida que se avanza*, lo que requiere prestar constante atención a la mutable *onticidad* del poder.

De este modo, la ciencia jurídico penal no haría más que asumir con plena consciencia la función que siempre cumplió cuando fue útil a la humanidad: contener las pulsiones de estado de policía o de degradación del estado y evitar el genocidio -frontal o por goteo- con el consiguiente naufragio de todos los derechos.

En síntesis: no es verdad que no se pueda concebir un modelo integrado de ciencia jurídico penal y ciencia social, sino todo lo contrario, pues en nuestra región esa integración es de suma urgencia. En otras regiones del planeta, donde entre el *ser* y el *deber ser* del poder punitivo se manifieste una normal *disparidad*, pero no un *disparate*, es posible que sus jueces puedan ejercer un discreto poder jurídico de contención conforme a elaboraciones más impermeables a los datos de realidad. Pero nosotros no tenemos más alternativa que hacernos cargo del *disparate*, partiendo del reconocimiento

del ejercicio real del poder punitivo en nuestras sociedades que, en las últimas décadas, acentuó su carácter violento, letal, discriminatorio, misógino y racista. De lo contrario, no sólo eludiremos el deber ético de hacer el máximo de esfuerzo por evitar males mayores en momentos de regresión del respeto a los Derechos Humanos en nuestra región y en el mundo, sino que también corremos el riesgo de que en un futuro no lejano nos estigmaticen como Francesco CARRARA lo hizo con los viejos *prácticos* preiluministas, cuyo saber calificó de *schifosa scienza* (*Varietà della idea fondamentale del giure punitivo, Prolusione al corso accademico dell'anno 1862-63, en Opuscoli di Diritto Criminale, Prato, 1885, vol. I, pp. 154 y ss., p. 180*).