

les de brutalidad o absoluta ilegalidad) y no siempre las interacciones rechazadas culturalmente –incluso las muy graves– derivan en un proceso de criminalización, ni siquiera en momentos de alta inflación penal (aumento permanente, progresivo y casi automático de la criminalización).

Por tal razón, es preferible partir del *hecho del poder penal* y no de ciertas formas sociales rechazadas, por más que ellas tengan un alto contenido de violencia. ZAFFARONI (si bien como parte de una obra de derecho penal y no de análisis político criminal) destaca la importancia de un punto de partida de base fáctica, aunque con una perspectiva distinta: “Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (Estados) seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se llama *criminalización* y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de *agencias* que conforma el *sistema penal*”². Es

da en una política, aunque son más raros de lo que se supone) deriva en política criminal puede parecer extraña, porque subyace la idea de que ella es algo “ideal”, es decir, un “deber ser” del derecho penal o, mejor dicho, del ejercicio del poder punitivo. Ya veremos en este trabajo que esa idea será desechada de plano. La política criminal es un *factum* que también puede ser ilegal, tal como lo demuestra la “doctrina de la seguridad nacional”, por ejemplo, que generó intensos programas de política criminal ilegal e, incluso, formalmente delictiva. Pero siempre existe una diferencia con los actos sociales considerados delitos, por más que sean muy graves, y la política estatal de uso ilegal de la violencia o de un uso de la violencia que no sea “ilegal” en términos formales, pero que agreda derechos humanos básicos de las personas, ya reconocidos mundialmente (esta diferenciación aparece, por ejemplo, en la discusión moderna sobre los delitos de “lesa humanidad”, donde los autores deben ser agentes estatales o para estatales; en todo caso, ejecutores de una política estatal o con respaldo estatal, es decir, una determinada política de uso de la violencia, que es lo que aquí llamamos *política criminal*).

La política pública puede, en general, ser enjuiciada de ese modo. Por ejemplo, un Estado puede fundar su economía en la venta de venenos o drogas o en la producción y venta de armas de destrucción masiva; una política educativa puede formar a los niños para que sean racistas o una política de salud puede apelar a la eugenesia o a la eliminación de ancianos; en fin, una política exterior agresiva o colonial son también formas de ilegalidad de la política. No debe extrañarnos, entonces, que la política criminal –tal como la hemos definido–, también pueda ser ilegal o “delictiva”.

² ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, p. 7. “Si uno le asigna al derecho penal la exclusiva tarea de construir los límites al poder penal, es correcto comenzar con la visión más amplia posible del campo político delimitado por ese poder y organizado por la *política criminal*”. Recordemos en todo caso que,

posible que ese punto de partida sea suficiente para una obra de derecho penal –que presupone la existencia de la política criminal y no debe analizarla–, pero es excesivo para fundar el *análisis político criminal* –en adelante, APC– mismo, porque utiliza en el nivel de la precomprensión demasiados fenómenos que ya son el resultado de la orientación de la *política criminal* –en adelante, PC–, tales como la selectividad, la organización de las agencias, su interrelación en el sistema penal, etcétera. De ese modo queda oculto el fenómeno más elemental de todos ellos –la violencia del Estado–, *que constituye el núcleo fáctico del poder punitivo*.

Tal como veremos más adelante, existe un paso imprescindible en el análisis de la PC, que consiste en determinar el tipo específico de violencia estatal que constituye el poder punitivo o el deslinde de otras formas de violencia estatal no punitivas, *si es que ese deslinde puede hacerse*. Por ahora nos alcanza con afirmar que, sobre la base de una idea general de la violencia social o estatal, el poder punitivo debe ser enmarcado analíticamente en sus rasgos específicos. En un sentido aún más preciso, deberíamos decir que lo que existe como un *factum* es la violencia desplegada por el Estado. Esa violencia es la que constituye nuestra “experiencia primaria” –en el sentido de BACHELARD–, con todas las dificultades que ello trae aparejado³. Como también ella puede ser objeto de un proceso de descomposición analítica, llegaríamos al fenómeno de la dominación en general y del poder como relación desigual (donde la desigualdad puede ser asimilada a una forma de “violencia”).

Un análisis que llegara hasta esos niveles no sólo sería posible, sino que nos daría un marco de comprensión del problema político criminal sin duda más amplio. Sin embargo, hay razo-

siempre que en este trabajo hablemos de “derecho penal”, nos estamos refiriendo al sistema de garantías, no al ejercicio del poder penal. *Poder penal y derecho penal* deben ser separados analíticamente con toda radicalidad.

³ “En la formación de un espíritu científico, el primer obstáculo es la experiencia primera, la experiencia situada antes y por encima de la crítica que es necesariamente un elemento integrante del espíritu científico. Ya que la crítica no opera explícitamente, la experiencia primera no puede, en ningún caso, ser un apoyo seguro”. En este sentido, esta primera precomprensión se constituye en un obstáculo epistemológico, también para el análisis que parte de esa realidad primaria y el mismo análisis deberá desorganizar, descomponer y someter a crítica esa realidad primaria (BACHELARD, *Epistemología*, p. 193)

nes de utilidad que nos obligan a detener el análisis en estadios previos, para dotar a este ensayo de un objeto de trabajo más delimitado. De todas formas, los problemas de la violencia y el poder en general estarán presentes como un telón de fondo. Le corresponderá al lector descubrir cuándo una debilidad del texto o una divergencia de opiniones se halle en ese plano más profundo, que no será explícito sino fragmentariamente. En el grado y nivel de profundidad que requiere este momento de la exposición, alcanza con señalar la existencia factual del poder punitivo como *violencia estatal organizada*.

Esta afirmación, por otra parte, se encuentra en un plano de precomprensión analítica con fuertes componentes de sentido común, pero también de ambigüedades y prejuicios. Sin embargo, es imposible precisar la determinación del objeto sin esta primera aproximación. La posibilidad de contar con una fuerte guía de ese mismo sentido común nos facilita este primer paso, pero nos dificultará los siguientes y nos obligará a mantener una fuerte *vigilancia para superar la precomprensión propia del sentido común*. "La investigación científica arranca con la percepción de que el acervo de conocimiento disponible es insuficiente para manejar determinados problemas. No empieza con un borrón y cuenta nueva, porque la investigación se ocupa de problemas, y no es posible formular una pregunta —por no hablar ya de darle respuesta— fuera de algún cuerpo de conocimiento: *sólo quienes ven pueden darse cuenta de que falta algo*"⁴.

Una reflexión similar realiza SCHUMPETER: "el esfuerzo analítico empieza una vez que hemos concebido nuestra visión del conjunto de fenómenos que atrae nuestro interés, con independencia de que ese conjunto se encuentre en tierras vírgenes o en suelo ya previamente cultivado. La primera tarea consiste en verbalizar la visión o conceptualizarla de tal modo que sus elementos se sitúen en sus lugares respectivos, con sus correspondientes nombres para facilitar su identificación y su manejo, y

⁴ BUNGE, *La investigación científica*, p. 19; el destacado es nuestro. Le pedimos al lector que no olvide lo que ya sabe, sino —todo lo contrario— que lo mantenga presente para someterlo a crítica. La conciencia de la tradición y del "prejuicio" es una condición necesaria para la innovación. Los "ajustes conceptuales", como el que pretendemos hacer en esta obra, presuponen la presencia de los conceptos anteriores.

en un esquema o una imagen más o menos perfecta". Esto no sólo es importante —señala este autor— porque nos obliga, a partir de allí, a perfeccionar la tarea analítica y resguardarnos de la visión original aparentemente ingenua, pero siempre cercana a la ideología, sino porque "en la práctica todos empezamos a investigar partiendo de la obra de los que nos han precedido; difícilmente partimos nunca de cero"⁵.

En definitiva, no debemos olvidar que el punto de vista también define el objeto, tal como en su momento señaló SAUSSURE y lo aceptan sectores importantes de la reflexión epistemológica sobre las ciencias sociales⁶.

Esto es más claro aun en el análisis —que puede utilizar herramientas científicas, pero que no es en sí mismo una ciencia—, cuya primera labor es construir analíticamente el objeto que define a la política criminal como tal. Pero el análisis comienza a descifrar y examinar un sector de la vida social al que primero ha identificado de un modo general e impreciso —de allí la vigilancia y los peligros—, pero que desde el inicio nos señala una orientación y un campo de trabajo.

Si, por ejemplo, iniciamos el análisis con la afirmación del carácter fáctico de la criminalidad o del fenómeno criminal, podríamos cometer errores que ya pagó caro la criminología en su primer "paradigma etiológico", al confundir los procesos político criminales (criminalización) con procesos naturales o simplemente culturales⁷. Quizá confunda el uso de la frase "poder penal" y no la mera afirmación de la existencia de la violencia estatal, pero esa posible confusión será objeto de un capítulo específico, en el que esperamos despejar toda duda, y desde ya quedamos advertidos sobre la necesidad de someter a análisis y crítica cualquier idea de "poder punitivo", por más elemental que ella sea.

"El hecho de que, por lo general, en cualquier momento dado demos por supuesta una gran parte de nuestro conocimiento tradicional (pues casi todo nuestro conocimiento es tradicional) no plantea ninguna dificultad para el refutacionista o falibilista. Pues él *no acepta* este conocimiento básico; no lo

⁵ SCHUMPETER, *Historia del análisis económico*, p. 78 y 79.

⁶ BOURDIEU - CHAMBOREDON - PASSERÓN, *El oficio del sociólogo*, p. 51.

⁷ GABALDÓN, *Control social y criminología*, p. 19.

acepta como establecido ni como bastante seguro, ni siquiera como probable. Sabe que hasta su aceptación tentativa es riesgosa y destaca que cada porción de él está abierta a la crítica, aunque sólo sea de una manera fragmentaria"⁸. Esta reflexión de POPPER sobre el desarrollo del conocimiento científico es también aplicable al desarrollo del análisis.

Finalmente, esta primera visión llena de impurezas también se halla llena de posibilidades. La historicidad no se descubre sino en el curso del proceso social; nunca en las abstracciones, por más que con ellas ganemos la precisión que estamos buscando. La *constatación de la facticidad* del poder penal es, en este sentido, la *primera comprensión de su historicidad*; historicidad de la cual no podemos sustraernos desde ninguna de las perspectivas o posiciones desde las cuales analicemos el objeto o nos comprendamos como sujetos que analizan ese objeto.

Efectivamente, esa posibilidad nos la brinda con mayor riqueza este primer acercamiento pre-analítico al poder penal; en esa primera aproximación él está simplemente allí, con la fuerza que le es propia, la diversidad de formas o la uniformidad de personas sobre las que recae, su tendencia a escapar a los límites legales. En esa dimensión no deja de tener el nombre propio del encarcelado, del fiscal que pidió ese encierro y del juez que lo autorizó. Tiene la configuración precisa de lo que realmente padecen o hacen las personas, más allá de lo que debieran hacer. En esa dimensión factual aparece la historicidad, porque se trata de *simples hechos* que podrán o no ser "históricos" —en un sentido más técnico— más adelante o que nos servirán para analizar la configuración histórica de ese poder penal cuando nos situemos en un punto en el futuro. "En principio —nos dice SCHAFF— toda manifestación de la vida social del hombre *puede* ser un hecho histórico; *puede* serlo aunque necesariamente no lo sea". Lo será cuando lo analicemos desde un sistema de referencias en el que cada acontecimiento, sus relaciones y consecuencias se inserten y que también tendrá su propia historicidad⁹.

En este sentido sólo podemos trazar trayectorias, rutas, caminos que develan en parte la complejidad por ahora inasible de

⁸ POPPER, *El desarrollo del conocimiento científico*, p. 276.

⁹ SCHAFF, *Historia y verdad*, p. 251 y 252.

la vida social. Sin embargo, la circunstancia de que muchos hechos no formen finalmente parte de algún relato "histórico" no le quita un ápice de historicidad a la vida tal como fluye. Debe quedar claro el uso dual de la idea de historicidad.

Si lo tomamos como un simple ejemplo, que nos libera de la carga de la actualización, veremos que es relativamente fácil cuantificar el *factum* del poder punitivo. Ello es importante porque nos muestra la magnitud de los recursos estatales afectados al ejercicio de la violencia del Estado y nos señala también que la PC no es una política periférica, sino más bien una que constituye las actuaciones políticas centrales del propio Estado. Por ello, en este momento del desarrollo de esta exposición nos interesa señalar la posibilidad de cuantificación del poder penal, al solo efecto de mostrar la magnitud del fenómeno y la centralidad de su estructura en la muchas veces difusa realidad estatal. En otro momento, y en un nivel de análisis más preciso, podremos ver que efectivamente existen algunas dificultades para señalar o medir tanto de la cantidad como la intensidad de la violencia estatal que consideramos comprendida dentro del poder punitivo, así como también veremos la necesidad de modificar de manera profunda el modo como analizamos cuantitativamente los fenómenos sociales en los que debe intervenir la PC.

El primer modo de realizar esa cuantificación es, a la vez, el más firme y riguroso. Se trata de contar las personas encarceladas. La tasa de presos por cada cien mil habitantes es la que nos da la indicación más clara de la existencia de la violencia del Estado y su magnitud¹⁰. Si tomamos esos datos podremos ver las diferencias entre distintos países y la ubicación del nuestro dentro de esa escala. Así como la tasa de homicidios por habitantes suele ser tomada como el indicador más directo del nivel de violencia de una sociedad¹¹, la tasa de presos por habi-

¹⁰ Las tasas de presos cada cien mil habitantes varían desde alrededor de seiscientos hasta cifras inferiores a los cien presos. Tal variación muestra la complejidad de los fenómenos que se encuentran atrás de la práctica del encarcelamiento, que exceden en mucho a las puras necesidades político criminales.

¹¹ Rumo, *La economía de una sociedad violenta*, "Revista de Estudios Sociales", n° 1, en Internet. Nos dice el autor citado: "La tasa de homicidios es el indicador más usual de violencia. Se define como el número anual de homicidios por cada cien mil habitantes". Sin duda en los países de nuestra región, o

tantes es el indicador más básico y directo de la cantidad de poder punitivo y, por ello, es también el indicador más básico de la PC. A su vez, este par de indicadores son los más elementales para medir el nivel de violencia social en su conjunto¹². Por otra parte, si utilizamos esas tasas para calcular la población directamente sometida a prisión, nos muestra cifras que señalan con mayor claridad la magnitud de los recursos movilizados por la PC.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, esa cifra significa más de dos millones de personas encarceladas. Esa sería la población que recibe de un modo directísimo la acción de la violencia del Estado, pero de ninguna manera muestra todos los que la reciben de un modo directo y esporádico y menos aún todos los que reciben los efectos indirectamente. En nuestro país, el volumen general es menor, pero igualmente estamos

en los distintos Estados provinciales del nuestro, la deficiencia en la producción de información vuelve inestable este indicador, pero ello nada nos dice sobre su valor como indicación de la violencia social. No existe forma de superar el carácter aproximativo de todos los indicadores sociales, mas es una forma de medición que no será perfecta, pero que siempre es superior a carecer de toda medición.

¹² Con la relación entre la tasa de homicidios y la tasa de encarcelados se puede elaborar un *índice básico de violencia social*, que comprendería tanto la que producen los individuos y grupos sociales como la que produce el Estado por medio de la PC. Es evidente que no se puede situar a ambos tipos de violencia en un mismo nivel ni merecen igual consideración —y esa diferencia de planos puede generar confusiones o incomprensiones—, pero ambas son, en un plano puramente fenoménico, formas de violencia. Es necesario realizar una ponderación de esa relación para establecer el valor de ese índice. Por ejemplo, una tasa alta de homicidios acompañada por una alta tasa de encarcelados, ambas sostenidas en el tiempo, significa que las violencias se agregan y que una sirve para disminuir a la otra. En este sentido se debe trabajar con una serie relativamente larga. El fenómeno de pura agregación también se podría dar con tasas bajas y también se sumarían, duplicando el nivel de violencia social. El grado de influencia entre ambas variables es determinante para ponderar el índice general y básico de violencia social; por supuesto, con la aclaración de que se trata de la medición más elemental, que es sólo el primer y más firme paso para la medición global de la violencia de las sociedades. Lo importante es que nunca se pueden utilizar sólo las tasas de delitos para medir el nivel de violencia social, por más que se trate de homicidios, dado que faltaría medir la violencia estatal, que se desarrolla mediante la PC. Debe quedar claro que el problema de legitimidad de una u otra no influye en el volumen de violencia. Este tipo de mediciones, que reclama correlaciones complejas, está muy poco desarrollado en nuestro país, no sólo por razones técnicas o presupuestarias sino por razones políticas o conceptuales, que tienden a considerar que la violencia estatal no es violencia.

hablando de varias decenas de miles de personas encarceladas, a las que deberíamos sumarle todos los que reciben de un modo directo e indirecto los efectos de esa violencia. Como podemos ver, la población afectada en los núcleos de acción directísima y directa por parte de la PC son lo suficientemente amplios como para dotar a esa política pública de mayor rigor y abandonar las formas emocionales o conceptualistas tan en boga.

Pero también podemos contar con otras mediciones simples que nos marcan la magnitud de la PC. Existen instituciones que sólo existen porque lo hace la PC (p.ej., las cárceles, el sistema penitenciario, la justicia penal). Otras instituciones, como la Policía, cumplen muchas funciones vinculadas a la PC, aunque su cometido principal sea desarrollar políticas de seguridad que son distintas a ella, aunque tengan cercanía dentro del concepto global de *gestión de la conflictividad*. Si nos atenemos a los datos de nuestro país, hay casi un centenar de centros penitenciarios, varios miles de jueces penales y fiscales, y las fuerzas policiales en su conjunto alcanzan casi doscientos mil efectivos. Si a todo ello le sumamos las oficinas administrativas, los funcionarios políticos y el conjunto de otras actividades estatales que giran alrededor de ellas tendremos una idea más clara de la magnitud de recursos que rodean la política criminal de un país. Por otra parte, también hay recursos privados, vinculados al mercado de la seguridad privada, a la enseñanza y formación de los operadores del sistema penal y a la existencia de organizaciones sociales que en uno u otro sentido se ocupan del poder penal.

Todo este conjunto de recursos humanos, materiales, predominantemente estatales, son movilizados por la política criminal. La sola evidencia de su magnitud alcanzaría para mostrar la necesidad de contar con un tipo de análisis específico sobre esta política, mucho más aún cuando es también evidente la intensidad y la función social —positiva o negativa— de esa violencia del Estado, canalizada mediante tantos instrumentos, en la conformación de la vida social, o su influencia en la vida cotidiana de un número tan grande de personas.

En definitiva, no deja de llamar la atención que una política pública con tal nivel de movilización de recursos, y con tanta presencia en la vida cotidiana de los ciudadanos, carezca de un marco analítico específico que permita democratizar su contenido y evaluar sus resultados. La fuerte impronta moral, el arras-

tre histórico de contenidos, la apropiación por parte de sectores profesionales con prestigio (los penalistas), pero no necesariamente idóneos para la formulación de esta política, la pervivencia de un aparato conceptual confuso y esotérico y los fuertes intereses a quienes les conviene mantener a la PC dentro de una matriz autoritaria son una muestra del conjunto de factores que producen el atraso señalado.

§ 2. **CARÁCTER ORGANIZADO DEL PODER PUNITIVO.** — Como hemos visto, la *magnitud* de la violencia estatal y su *intensidad* (aun por el solo hecho del encierro prolongado —sin adicionar las verdaderas condiciones de detención que agravan la intensidad de la violencia—) son características que surgen claras de la mera constatación de la existencia del poder penal en un nivel primario; la segunda característica que surge de ese mismo nivel de constatación es el carácter *organizado* del ejercicio del poder punitivo. El uso de la expresión “poder penal” suele crear la ilusión de que se trata de un fenómeno particular dirigido a una persona. Nada más alejado de la realidad histórica del ejercicio del poder punitivo. Aun sin abandonar este nivel primario de constataciones, es posible señalar con claridad el *carácter organizado del poder punitivo*.

Es indudable que las formas de organización han variado a lo largo de las épocas, pero no dudáramos tampoco en afirmar que nunca el ejercicio del poder punitivo ha sido un ejercicio aislado, un simple hecho espasmódico en la historia del poder. Todo lo contrario; no sólo se ha caracterizado por algún nivel de organización, sino que también ha contribuido a la organización general del ejercicio del poder en su conjunto. Una gran parte del Estado se ha organizado alrededor del ejercicio de la violencia, de los nuevos instrumentos que ella permitió utilizar para organizar la vida social. Incluso se ha sostenido —y se sostiene aún— que el Estado se funda precisamente en el ejercicio de la violencia, es decir, en su capacidad de ejercer una violencia superior a la de los individuos o grupos sociales, dado que nunca ha existido algo así como un monopolio de la violencia por parte del Estado (en el plano fáctico, se entiende, pues la idea de “monopolio” se utiliza como un deber ser de la violencia social).

De lo dicho en el párrafo anterior surge una nueva idea que debemos destacar con fuerza: lo primario no es el ejercicio del poder penal como tal sino la *existencia de la política crimi-*

nal. Ello surge de la constatación del carácter organizado del poder penal como hemos señalado. Podrán haber variado los tipos y los modos de PC, pero en todo caso el poder penal siempre se ha ejercido en el marco de una determinada, simple o compleja, explícita u oculta, eficaz o ineficaz —para sus propios fines—. Es que no distinguiríamos como parte del fenómeno que nos interesa analizar a un simple hecho aislado de violencia estatal. Nos ocupa el ejercicio de la violencia estatal en tanto organizada, es decir, en tanto forma parte de la política criminal de ese Estado. Este punto es importante para escapar de una visión sesgada por los instrumentos de la dogmática penal que, si bien son correctos para los fines de ella, tienden a ocultar la visión del poder penal como fenómeno organizado. Tampoco es cierto —como veremos seguidamente— que esa organización sea el producto de una época determinada. Sin duda la sociedad mercantilista, luego la industrial y ahora la sociedad organizada de masas ha dado improntas específicas a los modelos de PC, pero ella siempre ha existido como una forma de organización del poder penal. Es más, lo que se debe afirmar es que el poder penal sin política criminal no ha tenido existencia histórica, es una pura abstracción o una forma de análisis útil para enfrentarse a los dilemas de un caso, pero totalmente artificial e inútil para el APC. A lo largo de este trabajo veremos en profundidad las diferencias esenciales entre las necesidades del *análisis de un caso* y las que son propias del *análisis de una política*.

Requiere más adelante reflexionando sobre este tema. Por ahora importa señalar que la constatación primaria del carácter organizado implica que: *a)* el ejercicio de la violencia estatal nunca es ni ha sido un hecho aislado o circunstancial; *b)* siempre ha respondido a una intencionalidad más o menos explícita, es decir, se ha fundado en alguna “necesidad”; *c)* se ha ejecutado con distintos niveles de participación (reyes, príncipes, jefes, alcaldes, jueces, verdugos, soldados, policías, etc.); *d)* ha procurado algún “efecto” que va más allá del ejercicio de la violencia misma; *e)* siempre ha tenido algún nivel de “ritualización”¹³, y *g)* por lo tanto, siempre ha tenido algún nivel —aun-

¹³ Nos dice GOLDSCHMIDT: “La imposición de la pena corresponde al juez, no sólo desde los tiempos del Estado de derecho, sino desde que hay juez y pena. Juez y pena se encuentran siempre juntos. Hasta en los casos en que se ha abu-

que tosco— de “justificación”. Por lo tanto, el primer *factum* del cual nos ocuparemos en todo este ensayo para desarrollar su análisis es la política criminal, simplemente entendida en este punto como *violencia estatal organizada*.

§ 3. **LA EXISTENCIA DE LA POLÍTICA CRIMINAL COMO FENÓMENO HISTÓRICO.** — Cuando le asignamos a un fenómeno dado el atributo de histórico —como ya señalamos precedentemente— queremos destacar diferentes aspectos que deben ser aclarados. En primer lugar, damos cuenta de la persistencia del fenómeno a lo largo de distintas épocas, es decir, que más allá de las particularidades propias de cada una de esas etapas podemos hallar una *línea de continuidad* que nos sirve para comprender ese fenómeno en el presente. En los párrafos anteriores hemos destacado los elementos que constituyen esa continuidad (violencia, intensidad, organización). En segundo lugar, al señalar el carácter histórico hacemos referencia a un proceso acumulativo, es decir, que las características actuales de la PC han sido también *configuradas históricamente* y esa configuración tiene una influencia importante en su actual forma de ser. En tercer lugar, significa que han existido *rupturas*, formas de ser históricas que ya no perviven, pero que todavía nos interesan para estudiar lo que existe. En cuarto lugar, significa que tenemos alguna posibilidad (aunque sea imperfecta) de *construir el relato* de esa historia, de tal manera que sea de interés para el presente.

El uso con cierta intensidad y organización de la violencia estatal, para obtener determinados fines trascendentes al hecho mismo de la violencia, es un fenómeno del cual hallamos fácilmente huellas en el pasado. Ya hemos señalado que la aplicación del poder punitivo, es decir, de cualquier forma de violencia más o menos formalizada, por parte de quien ejercía un poder superior a los involucrados en el conflicto, nunca fue un he-

sado de la pena capital para fines políticos, al imponerla, si se prescinde de pocas excepciones, siempre se han observado las formas procesales. Para alegar ejemplos, basta recordar los tribunales revolucionarios de la Revolución Francesa. Por eso hay que adherirse a CARNELUTTI, que en su interesante obra *Teoría generale del reato*, define al delito como un hecho, a causa del cual se inflige una pena mediante un proceso” (*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, p. 126). Prescindiendo del lenguaje propio de los estudios procesales o penales, la idea es la misma que la expuesta en el texto.

cho aislado o circunstancial. Ni siquiera en sociedades antiguas de las que nos separan ya miles de años. Es que, desde los orígenes mismos de cualquier forma de ejercicio de poder, él siempre tuvo algún vínculo con la violencia. Es cierto que en el desarrollo de la civilización occidental también podemos hallar fácilmente saltos cualitativos que nos muestran una forma de PC que ya prefigura la actual. Ello es muy notorio a partir del nacimiento del Estado moderno y podemos finalmente señalar que la continuidad histórica más clara surge, precisamente, desde ese momento crucial en la historia del ejercicio del poder occidental. Sin embargo, la ruptura que se produce con el nacimiento de las primeras formas del Estado moderno no destruye totalmente los vínculos existentes entre las formas más antiguas del poder y el ejercicio de la violencia. Ese vínculo es esencial para determinar la historicidad de la política criminal porque es desde esa perspectiva donde podemos construirla.

Nos dice SCHAFF, al referirse a lo que constituye un hecho histórico o, en nuestra línea argumental, al carácter histórico de la PC, que “lo que importa es el contexto en que se inserta el acontecimiento, sus nexos con una totalidad y con el *sistema de referencia* con que se relaciona; este último elemento es particularmente importante para comprender el carácter ‘relativo’ de lo que denominamos el ‘hecho histórico’. Solamente la completa conciencia de este estado de cosas nos permite ver claramente por qué un acontecimiento único y sus productos materiales y espirituales son considerados como hechos históricamente insignificantes por unos o históricamente relevantes por otros.

El historiador que busca, por ejemplo, las fuentes de la historia política de un país, permanecerá indiferente a los testimonios de la cultura y del arte si éstos no están directamente relacionados con la vida política; esos testimonios carecen para él de significado histórico, pero se convertirán en hechos históricos relevantes (por lo menos en ciertas condiciones) para aquel que los sitúe en el contexto de la historia cultural de un país o época determinada, para aquel que los relacione con cierto *sistema de referencia*”¹⁴.

En nuestro tema, ese “sistema de referencia” lo constituye la relación profunda entre el poder y la violencia, es decir, la

¹⁴ Benav, *Historia y verdad*, p. 252.

existencia hasta el momento de vínculos permanentes entre ambos, por más que hayan mutado a lo largo de los siglos y por más que no estemos habilitados para hacer predicciones sobre su existencia en el futuro y menos aún para sostener algún tipo de necesidad lógica o política entre ambos.

Escapa a las pretensiones de este ensayo dilucidar si las relaciones entre el fenómeno del poder y la violencia son tan estrechas que terminan por ser las dos caras de una misma moneda. Nos alcanza, a los efectos de determinar esta primera dimensión de la historicidad de la PC, señalar que hay amplios consensos a la hora de considerar esas relaciones como muy estrechas. Nos dice ARENDT: "Si nos remontamos a las discusiones acerca del poder, encontramos que existe un consenso entre los teóricos tanto de la izquierda como de la derecha en el sentido de que la violencia no es sino la manifestación más flagrante del poder. Toda política es una lucha por el poder: el tipo extremo de la política es la violencia". La misma autora nos recuerda a WEBER, para quien se define al Estado como "el imperio del hombre sobre el hombre basado en los medios de una violencia legítima o supuestamente ilegítima"¹⁵.

Efectivamente, éste nos dice: "Entendemos por comunidad política aquella cuya acción consiste en que los partícipes se reservan la dominación ordenada de un 'ámbito' (no necesariamente constante en absoluto y delimitado con fijeza, pero sí delimitable de algún modo) y de la acción de los hombres situados en él de un modo permanente o sólo provisional, *teniendo preparada para el caso la fuerza física, normalmente armada*". WEBER también señala que el "mínimo conceptual" estaría dado por ser una "afirmación violenta de una dominación organizada sobre un ámbito y sobre los hombres que lo ocupan"¹⁶.

Finalmente, luego de constatar la similitud de opiniones de autores de distintas ideologías, ARENDT se pregunta: "¿Será posible que todo el mundo, de derecha a izquierda, desde Bertrand de Jouvenal hasta Mao Tse-Tung, esté de acuerdo respecto a un punto tan básico de la filosofía política como la naturaleza del poder?"¹⁷. La respuesta no es sencilla y la propia autora realiza

¹⁵ ARENDT, *Sobre la violencia*, p. 34.

¹⁶ WEBER, *Economía y sociedad*, t. II, p. 661 y ss.; el destacado es nuestro.

¹⁷ ARENDT, *Sobre la violencia*, p. 36.

todo el esfuerzo por darle al poder —por lo menos, en su esencia— una posibilidad de no ser violento, aunque sea difícil de imaginar un poder que no use instrumentos violentos.

De todos modos, en lo que nos interesa para nuestra reflexión, buscamos mostrar el grado de radicalidad de los vínculos entre un fenómeno y otro, y no es necesario para el desarrollo del APC dilucidar la cuestión acerca de si esos vínculos son esenciales o meramente históricos. El futuro resolverá esta cuestión con mayor certeza que cualquier elucubración y, mientras existan esas relaciones, existirá la necesidad del APC. Tampoco obstaculiza esa falta de definición la consideración, valorativa y no analítica, de que el ejercicio de poder violento es una forma no deseable de poder y, por lo tanto, sometida a una permanente reducción hasta su desaparición, quizás, en el futuro o bajo nuevas formas de civilización. Lo importante para nuestro trabajo es tener claro y presente que, así como nos parece obvio que en toda sociedad ha existido poder, también nos debería costar muy poco considerar que, junto con ese poder, ha habido un uso instrumental de la violencia, es decir, ha existido *política criminal* y eso lo observamos con facilidad cuando utilizamos los vínculos entre poder y violencia como sistema de referencia, sea cual fueren los valores que incluyamos dentro de ese marco de referencia.

También muchos textos antiguos acuden en nuestra ayuda. No sólo el famoso Código de Hamurabi, sino también textos legales y códigos todavía mucho más antiguos de la zona mesopotámica contienen normas que sólo se pueden entender como la organización de la violencia que ejerce el Estado según el modelo religioso de esa época. Sin duda, la organización de las penas poco tenía que ver con los modelos modernos de la PC, pero también es cierto que "llama la atención la naturaleza esencialmente penal que contienen sus normas de justicia"¹⁸.

Según el Código de Shulgi, de más de cuatro mil años, si un hombre cometía un asesinato se lo mataba; si cometía actos de bandidaje, también se lo mataba; si actuaba como un malvado permanecía bajo vigilancia y pagaba una suma de plata (notemos que el hecho de que exista una vieja historia para la PC, no

¹⁸ LARA PEINADO - LARA GONZÁLEZ, *Estudio preliminar y notas*, en LARA PEINADO, "Primeros códigos de la humanidad", p. XVII.

quiere decir que los modelos más antiguos sean los más crueles; antes bien se podría sostener fácilmente lo contrario)¹⁹. Incluso en las llamadas "reformas de Judea", más antiguas que el Código de Hamurabi o el de Shulgi, se habla de la dulcificación de los castigos: "A nadie se azotaba con el látigo, a nadie con el palo. La madre no castigaba al hijo; en las manos de los prefectos, inspectores, capataces y hombre de los bandos, que en los trabajos de construcción dan servicios, la lana peinada fue usada como instrumento de castigo"²⁰. El rey que dulcifica los castigos, cambia los "palos y azotes" por lana suave y peinada.

Estos meros ejemplos nos sirven para acordar que nos preocupa un fenómeno básico de la sociedad. Claro que no debemos descartar que sea posible un ejercicio del poder no violento y luego discutiremos en profundidad estas cuestiones. Tampoco es necesario sostener, como hemos dicho, que exista un vínculo "esencial" u ontológico entre poder y violencia. Sí debemos tomar nota con claridad de que nos ocuparemos de un fenómeno que no es meramente circunstancial, ni el producto arbitrario de una época. En el mejor de los casos, la humanidad necesitará mucho tiempo para quitarse de encima el ejercicio violento del poder y ello justifica, aún más, la necesidad de construir una disciplina que se ocupe de él con precisión, rigurosidad y transparencia.

La historicidad de la PC se advierte, en segundo lugar, en la existencia de un proceso acumulativo que confluye finalmente en la actual "configuración histórica de la política criminal". Todo fenómeno social, es decir, los distintos momentos y diferenciaciones del proceso social se producen en un continuo. El proceso social mismo tiene esa característica. Pero no se trata sólo de ese permanente fluir del mundo social. Según GADAMER, "Cuando alguien recoge una palabra de la tradición, cuando hace hablar a esa palabra, también a ese alguien le sucede algo. No se trata entonces de una comprensión de la historia como un transcurso, sino de una comprensión de aquéllo que nos sale al paso en la historia interpelándonos y concerniéndonos". Es en este sentido en el que la hermenéutica insiste en la idea de una

¹⁹ LARA PEINADO, *Primeros códigos de la humanidad*, p. 60.

²⁰ LARA PEINADO - LARA GONZÁLEZ, en LARA PEINADO, *Primeros códigos de la humanidad*, p. 48.

historia que nos contiene y que, nunca de un modo absoluto sino bajo miles de formas cambiantes, también nos configura. Las tradiciones son significativas para las sujetos; tanto para los que se dejan guiar por el rumbo seguro de lo ya transitado, como para aquellos que asocian su humanidad con la libertad de transitar nuevos rumbos y su vida con lo creativo y la innovación. "La transmisión y la tradición no conservan su verdadero sentido cuando se aferran a lo heredado, sino cuando se presentan como interlocutor experimentado y permanente en el diálogo que somos nosotros mismos. Al respondernos y al suscitar así nuevas preguntas demuestra su propia realidad y su vigencia"²¹.

Pero aun cuando aceptáramos -lo que no hacemos ni es necesario dilucidar aquí- que todo el peso de la historia se resuelve en los agentes, ellos mismos con su acción generan estructuras que luego se imponen, determinan o influyen en grados diversos, en esos propios procesos sociales en los que están inmersos, según distintas concepciones que destacan la fuerza de la tradición o el peso inexorable del determinismo²². *Tradicición y estructuras heredadas* son dos realidades importantes de la PC vinculadas a su carácter histórico. Ello es importante para el desarrollo de un análisis de esa política -y en especial para las funciones proyectivas de ese análisis-, dado que nunca se diseñará una determinada política criminal en un espacio social vacío o inocuo, sino que siempre lo será en un espacio social configurado históricamente, es decir, atravesado por *estructuras de arrastre* y por tradiciones más o menos conscientes. Tal como veremos posteriormente, esas estructuras de arrastre son un importante lastre para la nueva configuración de una política criminal de base democrática y minimalista como la que proponemos.

Por otra parte, aunque suene paradójico, la historicidad de un fenómeno se reconoce también por las *rupturas*. Entendemos por ellas ciclos de fuertes rechazos a la tradición o de cambios abruptos en las formas o contenidos, pero que inexorablemente se disciernen desde el trasfondo de la continuidad. En el caso de la política criminal, ellas han existido. Por ejemplo,

²¹ GADAMER, *La continuidad de la historia y el instante de la existencia*, en "Verdad y método II", p. 141 a 143.

²² NIPPERDEY, *El historicismo y su crítica hoy*, en "Sociedad, cultura, teoría", p. 82 y 83.

el paso de la compensación al ensañamiento sobre el cuerpo en el ejercicio de la violencia o la llamada "revolución inquisitorial" y la emergencia de la fuerte impronta de prevención general mediante el espectáculo de la violencia; la aparición del encierro carcelario como eje de toda la PC o las nuevas sociedades disciplinarias basadas en la vigilancia electrónica y los medios de comunicación masiva. Los "saltos" entre uno y otro ciclo suelen ser enormes, tanto en la forma, como en los instrumentos o en los contenidos y ello ha llevado a pensar que la PC sólo existe a partir de alguno de esos momentos.

Esas "rupturas" de la continuidad histórica son esenciales para ratificar su historicidad y para llamar la atención sobre la profundidad, persistencia y ductilidad del fenómeno que nos ocupa, pero ninguno de ellos le otorga "carta de nacimiento" a la política criminal como tal y ninguna de esas rupturas ha sido de tal magnitud que no podamos reconocer, tras las formas específicas de la época, el *factum* de la violencia estatal organizada como un *continuo* que trasciende a esa época y sus rupturas.

Finalmente, lo histórico es un relato que se construye desde el presente. No hay historicidad de un fenómeno sin una cadena de relatos que se enlazan finalmente desde un punto de observación que nos es común. No sólo existen variaciones en las perspectivas del relato histórico según los intereses del presente, sino que la forma de *construir* esos relatos también cambia. En ese sentido, la ausencia de un método consolidado de APC ha influido en las distintas formas de construir el relato histórico sobre la política criminal misma y ello ha sido también una de las razones que tienden a ocultar las distintas dimensiones de su historicidad. Así como estamos lejos de haber construido una verdadera historia de la PC, lo mismo sucede con el análisis.

Tres son las principales "ganancias" que se obtendrían de un trabajo de esa naturaleza, según SCHUMPETER. En primer lugar —sostiene—, quienes pretendan guiarse sólo por los escritos más recientes, sin perspectiva histórica, pronto tendrán la *sensación de falta de orientación y de sentido*. "Eso se debe a que en cualquier campo científico los problemas tratados y los métodos en uso en un momento dado contienen los logros y cargan también con los escombros del trabajo realizado en otro tiempo y en condiciones del todo diferentes. No es posible captar la importancia y la validez de problemas y métodos sin cono-

cer los anteriores [...] El análisis científico no es sólo un proceso lógicamente consistente que parte de algunas nociones primitivas y va aumentando el acervo previo de un modo rectilíneo [...] El análisis científico es más bien una pugna constante con producciones nuestras y de nuestros predecesores y sólo 'progresa', si es que lo hace, en zigzag, no según los dictados de la lógica, sino bajo el imperio de nuevas ideas, o nuevas necesidades, o nuevas observaciones, e incluso a tenor de las inclinaciones y los temperamentos de nuevos hombres".

En segundo lugar, podemos recibir nuevas inspiraciones y el esfuerzo por renovar la perspectiva histórica que cada época realiza, promueve innovaciones o el nacimiento de nuevas ideas, a veces ocultas tras los velos de los relatos históricos anteriores.

En tercer lugar —prosigue SCHUMPETER—, "lo mejor que se puede decir a favor de la historia de una ciencia, o de la ciencia en general, es que nos enseña mucho acerca de los modos de proceder del espíritu humano"²³. Allí podremos descubrir los motivos, las formas de razonar, las inquietudes, los intereses de muchas personalidades que se enfrentaron al problema político criminal desde posiciones distintas y con sensibilidades a veces diametralmente opuestas.

El relato histórico es también un relato del esfuerzo de distintos hombres por comprender, desmenuzar, modificar, limitar, expandir o exaltar la violencia del Estado, desde los intereses más diversos expresos u ocultos. Esos relatos históricos, dispersos, dispares y sin sistematización aún, nos ayudan a observar cuánto ha desaparecido en realidad o cuánto todavía existe, aunque se exprese con distintos ropajes o formas expresivas muy lejanas entre sí.

§ 4. **EXISTENCIA Y CONTINUIDAD DE UNA REFLEXIÓN SOBRE EL PODER PENAL.** — Así como muchas ideas de la Antigüedad sobre el mundo físico o natural han perdido toda vigencia —en particular dentro del horizonte cultural de la civilización occidental— y sirven solamente para comprender el desarrollo de la cultura en general, no sucede lo mismo con las reflexiones más antiguas sobre los problemas humanos o morales. En este campo

²³ SCHUMPETER, *Historia del análisis económico*, p. 38 y 40.

todavía podemos discutir plenamente con toda la filosofía griega, sintiendo que esas reflexiones nos interpelan con sentido y actualidad. Uno de esos temas ha sido la necesidad de justificar el castigo violento, el puro ejercicio del poder punitivo. Estas reflexiones están muy alejadas de una visión general sobre la política criminal, tal como hoy necesitamos comprenderla, aunque tengan de trasfondo alguna forma general de ejercicio del poder, no un caso aislado. Pero, sin duda, a las distintas civilizaciones les ha costado aceptar como un simple hecho la aplicación de violencia como castigo y ello ha movido a filósofos, moralistas, políticos y literatos a poner en evidencia la potencial carga de arbitrariedad que se esconde en estas formas de castigo y a delinear con claridad cuándo y por qué el Estado podía hacer uso de esos instrumentos.

No se trata aquí de hacer un resumen de las distintas justificaciones morales, políticas o jurídicas de la pena. No sólo porque ello sería tarea inabarcable en este ensayo, sino porque buscaremos más adelante una perspectiva distinta sobre el mismo problema; reflexión, ahora sí, insoslayablemente unida a la PC como un todo. No obstante, nos interesa señalar algunos hitos en el desarrollo de las distintas doctrinas sobre la pena, desde una perspectiva que pueda anticipar el modo como creemos que debe enfrentarse a este tema el APC. En particular porque estimamos que el modo como se difunden en la actualidad las doctrinas que solemos conocer como "teorías de la pena" es notoriamente inapropiado para el tipo de análisis que proponemos en este trabajo.

En el campo de la reflexión sobre el poder penal podemos hallar de modo más nítido ciertas continuidades que nos muestran la importancia que siempre se le ha dado a este tema y ver cómo las viejas discusiones aparecen y reaparecen o se mezclan en razonamientos más complejos sin perder actualidad²⁴. De este modo se fue constituyendo un cúmulo de razones, doc-

²⁴ La bibliografía sobre las llamadas "teorías de la pena" ya es inabarcable, aunque tiende a volverse repetitiva. Es usual que todos los "tratados" de derecho penal contengan algunos capítulos dedicados a ellas, donde además hacen repaso de todas las doctrinas. Para conocer las principales teorías y la bibliografía más importante, ver ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, p. 56 y ss.; ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, p. 78 y ss.; JESCHECK, *Tratado*, p. 87 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. I, p. 11 y ss., entre muchos otros.

trinas que, si bien tienen algún decurso temporal, es preferible agrupar alrededor de seis ejes que constituyen paradigmas de acceso a este tema.

a) El primero gira alrededor de la diferenciación del poder penal de la violencia privada; es decir, el eje es la *justificación de la institucionalización*, o sea, un esfuerzo teórico para mostrar que la violencia cambia de "naturaleza" cuando es ejercida por el poder legítimo.

b) El segundo eje se vincula al sesgo cultural que se gesta a partir de la oficialización del cristianismo y que tiñe de a poco toda la cultura occidental. Se visualiza un nuevo hito; ahora la reflexión del castigo girará alrededor de su *valor expiatorio* como parte de algo más profundo, tal como lo es la salvación personal afectada por el mal cometido con el delito, concepto que aparece estrechamente vinculado a la idea de pecado.

c) Dicho desarrollo tendrá un giro fundamental con el nacimiento de los nuevos Estados modernos, fundados sobre el ideal de la cristiandad como comunidad política, y su consolidación "nacional". Allí el eje lo constituirá la necesidad de controlar la población mediante el ejemplo del castigo, es decir, la *prevención general*.

d) La reacción liberal contra el uso del castigo para provocar efectos públicos generará un nuevo hito que buscará justificar el castigo en sí mismo como mera *retribución* a la responsabilidad personal de quien libremente optó por cometer un delito y que, por lo tanto, debe ser reconocido como responsable, asumir las consecuencias y no ser utilizado para otros fines. Este nuevo eje reafirma el carácter libre de la persona; libertad que reclama responsabilidad y que debe ser castigada, si es preciso con la muerte. El ser que ama la libertad debe estar dispuesto a morir por la responsabilidad de sus actos.

e) La crítica a la idea de libertad "formal" que podía convivir con diversas formas de "responsabilidad objetiva", la notoria aplicación desigual del castigo con preferencia a las clases o grupos desfavorecidos o pobres y una renovada fe en la ciencia y sus métodos para provocar cambios sociales y personales provocaron un nuevo corrimiento de eje hacia la *posibilidad de modificar la conducta mediante la intervención violenta sobre bases científicas*.

f) Finalmente el descrédito de cada una de esas doctrinas para fundar un uso razonable de la violencia, el desborde de la violencia organizada en el siglo xx (bajo formas e intensidades que superaron las peores previsiones), la intensificación del uso selectivo de esa violencia y el nacimiento del "mercado del delito" condujeron a un nuevo eje, en el cual ya se descrea de la posibilidad de asignarle un fundamento positivo al uso de la violencia estatal y, por lo tanto, de lo que se trata es de procurar, por distintas vías y estrategias, la *abolición del poder penal o su drástica reducción*.

No se trata aquí de hacer una presentación más o menos clásica de las mal llamadas "teorías de la pena", sino de mostrar la persistencia de una preocupación intelectual por el fundamento del uso de la violencia, señalar con claridad los vínculos históricos entre muchas de esas doctrinas y el creciente uso del poder penal y, en especial, mostrar desde esta perspectiva la necesidad de "ordenar" las consideraciones sobre el poder penal por medio de un nuevo tipo de APC. De todos modos, estos hitos no son "puros", sino que en cada uno de ellos encontramos anticipaciones o argumentos que luego se utilizarán; quizás es mucho más determinante el énfasis o el tipo de problema al que se está enfrentando esa reflexión en cada momento histórico (el control, la libertad, la educación, la redención, etc.), que muestra la radicalidad del fenómeno de la violencia, que el valor en sí mismo de cada una de estas doctrinas.

Para nuestro propósito lo que interesa destacar es que, desde antiguo, existe una forma de reflexionar sobre los problemas político criminales, aunque esa forma de pensar sea imperfecta, sesgada, cargada de preocupaciones morales y políticas, antes que preocupada por una orientación precisa de la política criminal en sí misma. De todos modos, en el repaso histórico que haremos más adelante podremos ver estos temas con mayor profundidad.

El ejercicio de la violencia con pretensiones de exclusividad por parte del Estado o del jefe o del monarca ha sido un paso importante en la organización de toda sociedad política. Aquí, "importante" significa "trascendente", sin abrir juicio sobre si ello fue "bueno" para esa sociedad en términos morales o políticos. Incluso, en un modelo de organización política que no puede ser naturalizado, porque tiene que ver con muchos de los

elementos propios de la civilización indoeuropea, hay una identificación mucho más estrecha aún entre la idea de poder y la idea de violencia. De allí que desde los orígenes del pensamiento que reconocemos como sistemático, existen reflexiones sobre el ejercicio de ese poder penal y las razones que hacen conveniente que él sea ejercido por quien tiene el poder con legitimidad y no por cualquier otro²⁵.

De todos modos, la institucionalización de la violencia no fue un paso que haya pasado inadvertido para la reflexión política o moral y, en gran medida, el modo como esa violencia era ejercida por los poderosos era uno de los signos distintivos de su "virtud". Vemos, pues, que la existencia del poder penal ha sido recurrentemente un motivo de inquietud, una preocupación que ha provocado indagaciones; por supuesto, siempre teñidas por el espíritu de la época. Sin embargo, también llama la atención cierto "agotamiento" de esa reflexión, por lo menos bajo las formas tradicionales que todavía pretenden difundir los libros de derecho penal.

§ 5. **CARÁCTER FRAGMENTARIO Y DISPERSO DE LA REFLEXIÓN SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL.** – Sin embargo, no deja de ser llamativo el hecho de que dicha reflexión no ha adquirido la unidad necesaria como para generar un cuerpo de doctrinas o teorías fácilmente identificable. Al contrario, siempre ha estado inserta en un cuerpo mayor o distinto. Por ejemplo, ha estado vinculado al problema de la legitimidad de todo poder civil, o al del castigo dentro de las doctrinas morales, o ha sido parte de la reflexión sobre la ley en general. Desde otras perspectivas se la encuentra asociada a la reflexión sobre la violencia social, estatal o en general. Esta asociación directa del tema con otros de gran envergadura (poder, ley, violencia, Estado, etc.) es una muestra más de la importancia del fenómeno de la violencia ejercida por el Estado, pero a la vez nos señala una debilidad en el análisis de este tema; debilidad que ha provocado finalmente la falta de un conjunto de herramientas conceptuales

²⁵ Una interesante recopilación de textos antiguos puede verse en HERSCH (comp.), *El derecho de ser hombre*. Se trata de una antología de la Unesco que reúne textos precursores de la filosofía implícita en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, provenientes de las distintas civilizaciones y culturas. En especial, ver el capítulo "El derecho contra la fuerza" (p. 455 y siguientes).

más útiles para la descripción de su ejercicio o para diseñar o controlar su uso.

El análisis "subsidiario" del poder penal es un signo de su falta de control y de la tendencia a naturalizar su ejercicio y es también una señal clara de la necesidad de constituir una disciplina específica sobre este tópico. Hay, sin duda, cierta grandilocuencia en el modo como hemos reflexionado sobre el poder penal, pero dicha forma no ha servido para construir instrumentos concretos a la hora de controlar, dirigir o debatir sobre la política criminal. El abandono de ese tono "grandilocuente", pero poco útil para el desarrollo democrático de la PC, es deliberadamente abandonado en esta obra.

Ese carácter subsidiario es otra de las razones por las cuales el fenómeno de la política criminal ha quedado oculto tras el problema del poder penal. Las dimensiones de *organización*, *permanencia*, *estabilidad* o *planeación*, por ejemplo, quedan ocultas tras la dimensión exclusiva de la *finalidad* o de la *intensidad*. El estilo de las "teorías" de la pena es un claro ejemplo de ello. Ni siquiera se advirtió con claridad el salto de justificación que existe entre la pena aplicada a un sujeto en particular (y todas las variables que deben ser consideradas en la justificación del uso de la violencia frente a ese sujeto con nombre y apellido) y la justificación de la pena en general, problema ficticio, dado que allí se trata de justificar la PC o un segmento de ella y no la pena, pues se trata de justificar su aplicación a una clase de casos y no a uno en particular. Al ubicarse la reflexión en un punto intermedio "evita" los dos problemas principales, que son el caso particular y la política general.

Ambas dimensiones son problemáticas y el carácter "asociado" que ha tenido la reflexión sobre la pena también ha provocado un fenómeno de ocultamiento de estas dos dimensiones. Es decir, se ha consolidado no porque ha resuelto el problema sino porque ha tenido relativo éxito en evitarlo o disolverlo en categorías falsamente genéricas. Es un ejemplo típico de reflexión elusiva.

A finales del siglo XIX se producen los primeros intentos de reunificar los enfoques dispersos y de darle uniformidad al problema político criminal. Esto ocurre en el marco del espíritu positivista reinante en esos momentos. Según él, todos los problemas sociales podían ser solucionados desde una perspectiva

científica que evitara las oscilaciones provenientes del juego de intereses o la brecha entre una visión "metafísica" del poder penal y la "realidad" cotidiana del fenómeno criminal²⁶.

Desde otra perspectiva también se pretendió construir una visión abarcadora, tratando de integrar los distintos enfoques vinculados a la idea del delito. El modelo de "ciencia penal conjunta" fundado en la perspectiva de VON LISZT es una prueba de ello²⁷. Estos intentos de reagrupamiento quedaron finalmente instalados en el proyecto de la Escuela de la Nueva Defensa Social de MARC ANCEL y FILIPO GRAMÁTICA. Según sus postulados, se trata de construir una "política criminal que mira a la organización racional de la lucha contra el crimen y que situada exactamente entre la criminología y la ciencia del derecho penal tienda al mejoramiento y la mayor eficacia de las instituciones penales"²⁸.

Las referencias realizadas en el párrafo anterior son sólo ejemplos —en el capítulo siguiente profundizaremos, en el desarrollo histórico de la PC, cómo al ingresar al siglo XX ya se había hecho explícito el problema de la fragmentación de enfo-

²⁶ "Debía pues naturalmente producirse un movimiento científico que, siguiendo el método experimental, se propusiese por el estudio de la patología social en las manifestaciones de la criminalidad, hacer desaparecer ese contraste entre la teoría de los delitos y de las penas y la realidad de los hechos cotidianos. De aquí nació la escuela criminal positiva, cuyo objetivo esencial consiste en estudiar la génesis natural del delito, ora respecto del delincuente, ora en el medio en que vive, con el fin de apropiarse a las diversas causas, diferentes remedios. Esta escuela criminal positiva, constituye de hoy en adelante, una rama distinta y vigorosa de la sociología criminal, bajo el mismo nombre que yo le di en 1882, con el objeto de dar entrada en ella a los datos experimentales de la antropología, de la fisiopsicología, de la psicopatología y de la estadística criminal, igualmente que a los medios indicados por la ciencia para combatir (por la prevención y por la represión) el fenómeno del delito" (FERRI, *Sociología criminal*, p. 2).

²⁷ "Difícil sería tratar de abarcar completamente toda la obra llevada a cabo por VON LISZT, quien realmente revolucionó todo el campo jurídico penal de su tiempo e incursionó en todos los campos que, según su punto de vista, podían tener una repercusión en el derecho penal: el psicológico, el antropológico y el sociológico. Ello sobre la base del planteamiento omnicompreensivo de VON LISZT respecto de las disciplinas que se ocupaban del delito y que culminó en el concepto de *gesamte Strafrechtswissenschaft* en el que está el derecho penal propiamente tal, abarcando el derecho penal material y el procesal, la criminología, la política criminal, la penología y la criminalística" (BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, p. 141).

²⁸ ANCEL, *La nuova difesa sociale*, p. 211.

ques y saberes alrededor del problema del poder penal—. Los intentos de superación, fundados en el modelo positivismo o en un "panjuridicismo" no llegaron a consolidar una matriz analítica de la política criminal, sino que terminaron confundiendo más los distintos planos políticos, jurídicos, morales, técnicos, etc., bajo la idea de que el solo hecho de tener una "visión integradora" era virtuoso. Pero todos estos intentos ni cuajaron como visiones unitarias, ni lograron constituir un espacio propio para la política (que quedó en una indefinición entre su carácter programático o científico), de tal modo que no sólo no se pudo superar el problema de la falta de especificidad, sino que, en cierta medida, se acentuó, pues cada una de las restantes disciplinas asumió "un enfoque político criminal", como si con ello alcanzara para dar cuenta de la inocultable realidad del poder penal.

Esta nueva forma de dispersión generó mayores problemas, dado que, como luego veremos, se ha pretendido "hacer" política criminal desde la criminología, desde el derecho penal y procesal penal o desde la sociología del derecho, confundiendo las finalidades y los aparatos conceptuales. Es cierto que cada una de esas disciplinas algo tendrá para aportar, pero ha sido el "enfoque político criminal", inserto en esas disciplinas, una de las causas que ha impedido o demorado la construcción de un verdadero análisis político criminal con capacidad específica para racionalizar (con todos los problemas que tiene el uso de ese verbo) el uso organizado de la violencia por parte del Estado, creando para ello un método y un aparato conceptual apropiado, es decir, una nueva disciplina que esté al servicio del diseño, la formulación, la gestión, la evaluación y el debate sobre la PC como política pública y que se focalice sólo sobre ella y no de una manera oblicua o tangencial, como hoy ocurre con los "enfoques" político criminales.

Una disciplina, en fin, que construya poco a poco un saber específico sobre la PC, no como deber ser del derecho penal sino como política pública de administración de la violencia estatal. Construir un saber específico de esas características no será sencillo, pero en las condiciones complejas de funcionamiento del Estado se constituye en una condición necesaria para una verdadera democratización de esa política, alejándola de la improvisación, las jergas, la moralización o el oscurantismo.

§ 6. **SABERES Y POLÍTICAS PÚBLICAS. CONEXIONES Y DESARROLLO.** — La relación entre los conocimientos organizados y el desarrollo de políticas públicas no ha sido evidente ni simple. Esa tensión ha estado presente desde los inicios de la reflexión política y ha fundado uno de los arquetipos del buen gobierno, por medio de la figura del rey sabio o el filósofo rey de PLATÓN. A este tipo de enfoque se le ha opuesto la exaltación de los liderazgos, del actuar instintivo, del sentimiento de representación, del amor hacia la patria o el amor del pueblo hacia su gobernante; es decir, la principal virtud del gobernante no estaría dada por su capacidad técnica sino por su dotes naturales de liderazgo y comprensión de los problemas de sus gobernados, por su carisma.

Este problema clásico de la política adquiere perfiles nuevos cuando el accionar del Estado comienza a desarrollarse por un conjunto de servidores públicos que dan origen a un nuevo tipo de Administración pública que hoy conocemos (sin usar este término en su sentido peyorativo) como "burocracia"²⁹.

El desarrollo de esa burocracia a partir de la segunda mitad del siglo XIX generó una nueva preocupación por su influencia en el desarrollo de las políticas, tanto en su sentido positivo como en su capacidad de distorsión. Finalmente el siglo XX mostró el carácter indispensable de la burocracia en la configuración de todo Estado, dada la nueva extensión y complejidad de las tareas asignadas al aparato estatal, como también mostró la clara posibilidad de que naciera una nueva "clase" que utilizara los enormes y crecientes instrumentos del Estado en su beneficio corporativo.

²⁹ El concepto de burocracia nació con una fuerte carga negativa, tanto para referirse a los nuevos cuerpos profesionales que rodeaban a los monarcas absolutos. Esa visión negativa continuó en la tradición marxista incluso para alimentar los debates internos (Trotsky, Luxemburgo, etcétera). Sólo a partir del siglo XIX aparecerá un concepto técnico de burocracia como el cuerpo estable de administradores y las reglas de eficiencia que los deben guiar. Sin embargo, la superación de los conceptos vagos o críticos sobre la burocracia recién se logra con la nueva visión weberiana de este asunto. "Todo poder se manifiesta como administración", dice WEBER, y con ello eleva el concepto de burocracia a uno de los tipos de dominación. De este modo, la burocracia será la estructura administrativa de la que se vale el tipo más puro de dominio legal. Desde WEBER en adelante, las relaciones entre la burocracia, la Administración pública y su influencia en el desarrollo de las políticas públicas ha sido objeto de innumerables estudios y debates (GIOGLIOLI, voz *Burocracia*, en "Diccionario de política Bobbio-Matteucci", p. 189 y siguientes).

Por otra parte, si bien no debemos confundir política pública con política estatal, es cierto que toda política pública contiene hoy fuertes componentes de "estatalidad", aun en aquellas para las cuales se reclama el menor nivel de injerencia (p.ej., la asignación de precios por medio del mercado). En el caso de la PC se trata de un tipo de política pública con un fortísimo nivel de injerencia de la política estatal, aun cuando se sostenga la necesidad de abrir espacios para la gestión social o individual de esa política pública (p.ej., con la participación de la víctima o de ciertas organizaciones sociales en la persecución penal de ciertos delitos). De este modo, en el campo de la PC la vinculación entre saberes y políticas públicas se manifiesta, antes que nada, en la relación entre el conocimiento técnico y la Administración pública, dado que la PC es centralmente –aunque no del todo, repetimos– *administración estatal* (o *pública*, en el sentido de "estatal") *de la violencia*.

En los Estados Unidos de América se considera *El estudio de la Administración*, de WOODROW WILSON (1887), como el inicio de una reflexión científica o técnica sobre los problemas de la Administración pública. "El estudio de Wilson fue una respuesta a la irrupción de los partidos políticos en la Administración pública. Desde la independencia hasta la asunción del presidente Jackson al poder, los cargos gubernamentales habían sido ocupados por la alta burguesía. Pero el surgimiento de los partidos y el fortalecimiento de valores igualitarios originaron la demanda de abrir el servicio público al hombre común, práctica que degeneró en la selección política y la constante rotación del personal público, así como en el uso partidista de licencias, franquicias, recursos, contratos y servicios públicos en la etapa conocida como 'sistema de botín'"³⁰.

Este sistema es todavía común en la región latinoamericana y en nuestro país. Los cargos en la Administración pública se reparten en función de pactos entre los partidos políticos ("cuoteo" o sistemas de cuotas) o sirven para premiar a quienes han militado en los partidos o contribuido a las campañas políticas. La situación se agrava en nuestro país por la compleja trama de la institucionalidad federal, que permite el desarrollo de una extensa Administración pública que llega hasta las localidades

³⁰ MARTÍNEZ SILVA, *Estudio introductorio*, en SCHAFRITZ - HYDE, "Clásicos de la Administración pública", p. 9.

más pequeñas y en las cuales se repiten, en un fenómeno de cascada, los mismos vicios de las administraciones más grandes o complejas. "En la Argentina nadie está discutiendo una ley de servicio público, nadie está discutiendo cómo organizar el Estado sobre bases neutras, meritocráticas, que extraigan al Estado del combate político y sobre todo de lo que significa el Estado como botín de guerra entre los partidos para distribuir cargos, distribuir clientelismo o darles a los punteros, o a quien sea, los beneficios que ellos están reclamando"³¹.

La superación del modelo "elitista" u "oligárquico" de Administración pública, así como también del *spoiled system*, es una de las tareas centrales de toda Administración pública en nuestros países³², que deben buscar tecnificar el desarrollo de sus políticas públicas sin afectar las dimensiones burocráticas y de igualitario acceso a la función pública que debe caracterizar a un Estado democrático. Ello implica la necesaria utilización de criterios técnicos por una parte, pero también el establecimiento de sistemas de control para que no se encubran, tras la supuesta superioridad técnica, opciones políticas que han sido

³¹ BOTANA, *No tenemos una democracia institucional*, "La Unión Digital", reportaje por P. MENDELEVICH, en Internet.

³² Una de las claves del desarrollo en las sociedades europeas, norteamericanas y, posteriormente, de otras regiones del mundo, fue la ruptura con las características del Estado preburocrático, cuyo patrón organizativo es el llamado *spoiled system* del siglo XIX. El Estado preburocrático era susceptible de ser secuestrado por intereses políticos, económicos o sociales parciales y ajenos al interés general de toda la sociedad. Sirvió de instrumento de dominación política sobre la población y de enriquecimiento económico a favor de las élites dominantes. Por ello está definido por la lógica del clientelismo, esto es, del otorgamiento de prebendas y privilegios de distinto tipo a cambio de lealtad política, y por el patrimonialismo, es decir, por la apropiación de los cargos del Estado para fines privados y el ejercicio del poder como si fuera un patrimonio personal o grupal. Situación que evidenciaba la existencia de un alto grado de autoritarismo en el sistema político y en el Estado. En el *spoiled system* que operaba en el Estado liberal burgués, quien vencía en las elecciones lo ganaba todo, ocupando todos los espacios de poder o autoridad en el ámbito público y ejercía el poder sin grandes limitaciones, debido a que los mecanismos institucionales existentes no eran suficientemente efectivos para que se ejerciera un adecuado control institucional y social sobre los gestores públicos. Lo que implicaba en la gestión pública un dominio de la política (de orientación autoritaria) con exclusión de cualquier racionalidad de orden técnico y un ejercicio del poder sin claras fronteras entre los intereses públicos y los privados (inexistencia de controles democráticos efectivos sobre el ejercicio del poder público) (FERNÁNDEZ TORO, *Democratización del liderazgo y de la función pública en tiempos de cambio*, p. 3).

sustraídas del debate democrático. En el caso de la PC esta tensión se vuelve mucho más dramática, porque ni siquiera existen planteles verdaderamente profesionales dedicados a su formulación o gestión y tampoco se han construido caminos para un debate electoral o ciudadano razonable y esclarecido. Se abre paso a un tipo de populismo que reúne lo peor de la demagogia, sin el menor atisbo de sabiduría, y volcado sobre el poder más fuerte y peligroso de que dispone el Estado. Se trata, pues, de una combinación explosiva para un sistema de valores democráticos.

El propio desarrollo de la llamada "ciencia de la Administración" marca las tensiones producidas por estos dos principios. Por ejemplo, en el citado trabajo de WILSON es clara la opción y la preocupación por el abandono del sistema de botín y la falta de racionalidad de la Administración pública. En efecto, Wilson sostenía la necesidad de que el administrador político partidista debía convertirse en un administrador público profesional. "Sin embargo, no bastaba con separar a la administración pública de la política, aquélla tenía que llegar a ser científica para aplicar principios técnicos a los asuntos de gobierno y legitimar la centralización de la autoridad en la rama ejecutiva"³³.

Los problemas que traen las décadas siguientes aumentan la tensión entre saber y Administración, dada la complejidad de los asuntos que se debían administrar y el crecimiento exponencial de los recursos disponibles para ello, en particular a partir de los grandes esfuerzos bélico-administrativos de la Segunda Guerra Mundial. El aumento de tensión de este conflicto no se resuelve en alguna forma de síntesis, sino en la intensificación de sus extremos. El desarrollo de los nuevos conceptos sobre las organizaciones, la toma de conciencia del manejo de la complejidad, el predominio de las visiones sistémicas, la irrupción creciente de la tecnología "aumentan" el saber disponible para la buena Administración.

Por otra parte, el número creciente de personas y situaciones que son afectadas por la acción u omisión del Estado, el aumento de las expectativas sociales que genera la creciente sociedad de consumo y el Estado de bienestar, así como la concentración urbana y sus problemas generan nuevas y más inten-

³³ MARTÍNEZ SILVA, *Estudio introductorio*, en SCHAFRITZ - HYDE, "Clásicos de la Administración pública", p. 10.

tas formas de "politización". De este modo, la tensión no se resuelve sino que provoca dos carriles de reflexión más ricos y complejos: por una parte, los intentos de comprensión de las nuevas formas de política que interpelan al gobierno, entendido ya antes que nada, como "Administración"; por otra parte, la adaptación del conjunto de conocimientos que producen los complejos industriales, financieros y organizaciones al mundo específico de la Administración pública, así como el estudio de posibilidades e impactos que produce la nueva tecnología de manejo de la información y de las comunicaciones. Finalmente, se integra la reflexión con el descubrimiento de un nuevo sujeto clave en la Administración pública, que ya no encaja en los viejos moldes de la burocracia prusiana, que no mereció ya la fe del antiguo modelo de "servidor público", pero que, por su contrapartida paradójica, tiene márgenes de incidencia y control sobre la Administración, impensables en el antiguo modelo burocrático.

Es claro este problema en MERTON, quien contrapone los valores expresados en el modelo burocrático de WEBER con la nueva realidad de la burocracia y los efectos sobre el tipo humano que suele representarla, con disgusto incluso de quien debe haber servido por ella³⁴. A los ideales de competencia, previsibilidad, estabilidad, falta de discrecionalidad, obediencia, regularidad, etc., debemos contraponerles nuevas realidades que son representadas por conceptos tales como el de incapacidad preparada o *tyranny* (que genera ceguera para ciertos problemas), deformación profesional, conservadurismo, ambición corporativa, mendacidad, ambivalencia, desplazamiento de metas (los medios se convierten en fines) y tantos otros que han mostrados los efectos negativos sobre la burocracia. Si bien el funcionariado es una función imprescindible y el funcionario un personaje indispensable en las democracias pluralistas³⁵, no es menos cierto que los principios de la democracia representativa, que también incluyen el respeto a las prioridades seleccionadas por los votantes como centrales de cada plan de gobierno, suelen chocar con la autonomía de metas, el "espíritu de cuerpo", las rutinas asumidas como valores de un grupo específico que puede

³⁴ MERTON, *La estructura burocrática y la personalidad*, en SCHAFRITZ - HYDE, "Clásicos de la Administración pública", p. 224 a 238.

³⁵ MERTON, *El funcionario*, p. 124.

adquirir las características de una clase determinada o de un grupo social definido por su pertenencia o contratación por el Estado.

Estas tensiones han ido en aumento, como hemos dicho, y hoy generan una disputa de saberes entre el saber tradicional propio de las burocracias estables y los conocimientos que necesita quien debe impulsar el plan de gobierno por el cual ha sido elegido y que cuenta con muy poco tiempo y recursos para llevarlo a cabo. Esta relación entre funcionamiento de rutinas estables, propias de funciones permanentes del Estado, y los planes de transformación propios de cada nueva acción de gobierno se vuelven más dramáticos en Estados como los nuestros, generalmente mal organizados, con funcionarios mal pagados, con procedimientos de trabajo antiguos y culturas corporativas muy fuertes. El desarrollo de cualquier política pública se encuentra todavía con este gran escollo, que vuelve más dificultosa todavía la relación entre saberes y política.

En el caso de la PC ello ha llevado a un dispendio de violencia por parte del Estado, afincada en rutinas que nadie controla o que ya han perdido su razón de ser. Una política que debe fundarse en una estricta economía de su recurso principal (la violencia) se ve afectada de un modo más profundo por estas dicotomías propias de todos los Estados, pero más intensas en aquellos mal organizados.

A lo largo de las últimas décadas el pensamiento administrativo ha buscado, por distintos modos, superar estas tensiones básicas, sin haber logrado una solución definitiva. Sin embargo, también esas décadas han significado un conjunto de experiencias que ahora nos permiten trabajar con una trama más abierta, que reconoce tanto la existencia de "cuestiones políticas" en cada una de las fases de elaboración de cualquier política pública, como también pone a nuestra disposición un conjunto de herramientas técnicas provenientes tanto del mundo público como privado, que nos permiten establecer estándares mucho más elevados de eficiencia en la consecución de los resultados propuestos.

En efecto, como señala SHARKANSKY, la política en sus diferentes manifestaciones es omnipresente en el entorno administrativo y, "pese al gran número de libros y artículos serios sobre el tema, no hay una explicación sencilla acerca del éxito o el fracaso de las actividades gubernamentales. Ni hay teoría ge-

establecimiento aceptada que prescriba los rectos caminos de la política y el diseño de proyectos o la administración"³⁶. Sin embargo, en el ámbito político más pragmático se animaría a prescindir de asesoramiento o asesoramiento en manejo presupuestario, usos de la información o sobre la tecnología que tiene a su disposición. Tampoco dejaría de pensar en los efectos completos de sus acciones o en el modo de conocer mejor el problema que debe enfrentar.

Aun cuando no se ha consolidado un sólo marco teórico o enfoque (por fortuna, dada las siempre presentes tentaciones burocráticas), las distintas disciplinas técnicas que se ocupan de los problemas de las organizaciones, de la comunicación, del manejo de recursos financieros o humanos o de los procesos de trabajo ya ocupan un lugar insoslayable en la Administración pública. Las tendencias pragmáticas y reacias a sostener una sola mirada sobre el desarrollo de políticas públicas favorecen el uso de diversos instrumentos. Ése es el verdadero pragmatismo que se debe fomentar y no el manejo mediante vagas intuiciones que generalmente son el nombre de la arbitrariedad, la improvisación, herramientas preferidas de la demagogia y el populismo.

§ 7. **VALOR DEL ANÁLISIS. SENTIDO Y TAREAS.** — Desde esa visión de trama abierta debemos comprender el valor del análisis de políticas públicas, en particular de aquellas como la política criminal, que manejan recursos complejos y cuyos resultados son difíciles de lograr. El primer punto que debemos señalar es precisamente éste: por "análisis" no entendemos ninguna adscripción a un enfoque teórico determinado, sino la capacidad de articular, del modo más ordenado posible, todo el instrumental teórico y metodológico disponible para quienes tengan que diseñar, ejecutar, evaluar y controlar la PC. La idea de *análisis* no se refiere sólo al problema del diagnóstico ni sugiere que existe un "momento conceptual" en el desarrollo de una política determinada distinto de un momento político. Nuevamente nos señala SHARKANSKY: "Se nos dice que los pasos de la toma de decisiones objetiva y racional incluyen lo siguiente: 1) definir el

³⁶ SHARKANSKY, *Lo que un politólogo puede decir a un político acerca de la probabilidad de un éxito o fracaso*, en SHARPEZ - HYNE, "Clásicos de la Administración pública", p. 990.

problema que será objeto de la medida política; 2) reconocer todas las peticiones pertinentes a las decisiones que deberán tomarse; 3) enumerar todas las opciones políticas; 4) definir todos los recursos necesarios para alcanzar cada alternativa; 5) calcular los beneficios y los costos de cada alternativa, y 6) tomar la decisión sobre la base de toda la información pertinente, de tal manera que se obtengan los mayores beneficios al menor costo. Desde hace algún tiempo, los politólogos han afirmado que es imposible lograr este conjunto ideal de aspiraciones³⁷. Vemos, pues, que la tarea del análisis en políticas públicas o del APC no es asegurar la racionalidad absoluta de esa política —lo que es imposible—, sino generar un conjunto más ordenado y claro de usos posibles de la enorme variedad de instrumentos disponibles.

En esta clarificación y ordenamiento, la idea de “análisis” nos es útil, siempre que no le asignemos a esta palabra una precisión que no tiene ni en el lenguaje científico, ni, menos aún, en el de las ciencias sociales. El concepto más simple, que proviene de la química, nos sirve: “identificación y valoración de los cuerpos simples de un cuerpo compuesto”³⁸. Este sentido de *descomposición* es el que se generaliza, señalando con ello todo proceso del pensar en el cual se identifican partes de un todo y luego se las reunifica, basados en el mayor conocimiento logrado por el proceso de “descomposición”. En el análisis, el proceso mental se mueve de lo complejo a lo más simple, pero ello al servicio de la nueva recomposición de lo complejo, con un mayor conocimiento de esa complejidad.

El análisis no es mera separación de un fenómeno en otros más simples o pequeños (eso sería *reduccionismo*, que es un efecto distorsivo del análisis), sino que constituye un método que nos permite potenciar el uso de nuestra razón, sea aplicando mayor cantidad de conocimientos para conocer cada uno de los elementos o por el aumento progresivo de la capacidad de conocer los elementos por medio del propio proceso analítico.

La tarea de separar los elementos de un todo complejo no está exenta de peligros cuando se aplica a procesos que sólo ad-

³⁷ SHARKANSKY, *Lo que un politólogo puede decir a un político acerca de la probabilidad de un éxito o fracaso*, en SCHAFRITZ - HYDE, “Clásicos de la Administración pública”, p. 990.

³⁸ RUNES, voz *Análisis*, en “Diccionario de filosofía”, p. 23.

quieran su sentido como un todo. En el caso del desarrollo de la PC es notoria la complejidad de dimensiones que concurren a cada problema, como a las soluciones que se quieran elaborar. Pero por más que reconozcamos y advirtamos el valor de aprehender la complejidad, no contamos con demasiados mecanismos y procesos de conocimientos que nos permitan “captar” la complejidad sin algún tipo de análisis, es decir, de descomposición de los elementos más simples.

Aun los instrumentos visuales que tienen una mayor “capacidad holística” no dejan de tener algún componente analítico, que se manifiesta en el enfoque o la perspectiva. La intuición es una forma de captar complejidades, pero de un modo azaroso. El análisis que propugnamos procura mantenerse siempre en un nivel de “alerta” con respecto a la complejidad; esto implica estar orientado a la reconstrucción del objeto bajo análisis, ya sea de un modo estático o dinámico. El objetivo no es el análisis sino el conocimiento más seguro y estable de la complejidad; en nuestro caso, de la política criminal como un todo.

§ 8. **PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS, EPISTEMOLÓGICOS Y TÉCNICOS DEL ANÁLISIS.** — Por más que utilicemos una idea simple e instrumental de análisis, debemos estar advertidos de un sinnúmero de presupuestos filosóficos, epistemológicos y técnicos que luego actúan como prejuicios. En primer lugar, se encuentra la idea de que, al ser analíticos, somos “científicos”. De este modo, el APC sería una vía para convertir a la política criminal en algo “científico”. Nada más alejado de nuestra perspectiva e intenciones. La PC nunca será científica sino que siempre será pura política. Este prejuicio combina dos factores distintos en una fórmula que ha sido históricamente nefasta.

En primer lugar, la idea de que todo análisis, en tanto aplicación rigurosa de un método, es ya de por sí científico, mucho más aun cuando se acerca a los lenguajes formales de la lógica o matemática o utiliza dichos instrumentos. Una versión vulgar, incluso, superficializa el uso de esos instrumentos con la simple inclusión de gráficos en un texto, lo que se ha potenciado y generalizado de un modo más peligroso aún, por la facilidad que nos brindan las herramientas informáticas para generar un “efecto de análisis” allí donde, en el mejor de los casos, sólo existe una sucesión de “diapositivas”. En segundo término, el prejuicio de que una política es correcta si es científica, es de-

cir, si utiliza mecanismos ordenados o puramente racionales (si es metódica).

Con respecto a lo primero, la estrictez de un método sólo nos asegura rigurosidad, más no también científicidad. En segundo lugar, los insoslayables componentes valorativos de toda política impiden que ella pueda ser científica, por más que utilice cálculos sofisticados como algunos de los instrumentos que necesita para el desarrollo de sus acciones. En efecto, la utilización del "análisis" no es más que la aplicación de un método y ello no nos dice demasiado sobre su "valor externo" y menos aún sobre su valor de verdad. "Hay métodos de prueba, de composición, de progreso social, de terapia, de enseñanza, como los hay para el fraude, la evasión, la guerra, la simulación y el delito. Hay métodos recomendables y métodos diabólicos; métodos provechosos y estériles; todos ellos, por desgracia, igualmente metódicos"³⁹.

Existe la ilusión "racionalista" que pretende convertir a ciertos usos de la razón y a ciertos métodos en el criterio absoluto, no sólo para asignar verdad a las afirmaciones sino también para asignar bondad a las acciones, metas y objetivos. No es que debamos caer, por el contrario, en una exaltación del valor arbitrario, la pura intuición o el sentimiento. Se trata de usar los instrumentos racionales con humildad y prudencia, siguiendo la huella de KANT; discernir todo lo que nos pueden mostrar, pero nada más que ello. En el plano de la política ello es más importante aún, pues quienes deben ejecutar las grandes políticas públicas no tienen que perder de vista que la relación de representación política se desarrolla a lo largo de toda la vida de una política y no sólo en los momentos electorarios.

Ello implica que todo ejecutor de políticas públicas debe estar muy atento al tipo de elección de prioridades que han hecho sus mandantes, por más que ellos no tengan por qué conocer el modo preciso de solucionar los problemas o de alcanzar sus aspiraciones. Debemos estar claramente advertidos frente a este tipo de racionalismo, porque lleva consigo claros elementos aristocratizantes, impropios de un sistema democrático. Si, como hemos visto, la existencia de una burocracia tecnificada es una herramienta -y una realidad- ya ineludible en el Estado moder-

³⁹ BUCHLER, *El concepto de método*, p. 16.

no, también es cierto que esa burocracia genera mayores complejidades para el mantenimiento de las ideas básicas de un sistema democrático que rechaza todo aquello que lo convierta en el mero gobierno de alguna élite, preparada o inculta.

La tecnificación del trabajo de esas burocracias puede tanto significar una mayor eficiencia en el desarrollo de las políticas como el establecimiento de políticas que se sustraen al control democrático. Esta tensión es ineludible. Una desmedida fe en la racionalidad de las políticas y el prejuicio que identifica racionalidad con bondad, nos privan del trabajoso pero útil esfuerzo de tener presente y resolver la tensión señalada en cada momento histórico.

Más grave aún se vuelve este prejuicio si le asignamos también a los actores que serán alcanzados por las políticas en cuestión un comportamiento racional de tipo simplista, basado en modelos lineales de cálculo de beneficios. Sin ninguna duda, todos los seres humanos realizan este tipo de cálculos, pero también consideramos cierto que ese cálculo no agota las motivaciones de las acciones, salvo que se utilicen modelos muy complejos de análisis, lo que no suele suceder⁴⁰. Aun en el caso de la economía, cuando se utilizan marcos teóricos de este tipo,

⁴⁰ Existe una tendencia a analizar el fenómeno criminal bajo los parámetros de la acción racional y utilizando cálculos muy elementales, tales como la relación intensidad de la amenaza (penas) y motivación al delito. Este tipo de enfoques, cuando es frivolidado, suele servir de base a políticas de simple endurecimiento de penas, sin mayor profundidad ni comprobación empírica, por más que suela utilizarse un lenguaje aparentemente científico. No se debe concluir que no se puedan realizar análisis de este tipo (p.ej., los vínculos existentes entre los mercados ilegales, las respuestas institucionales y la motivación individual), pero reclaman una recopilación de datos y metodologías mucho más complejas, además de una matriz de análisis más abierta, que no presuponga la bondad de la respuesta punitiva. Ello no significa que no existan importantes trabajos sobre las posibilidades de utilizar con provecho las herramientas del análisis económico (del modo como propuso hace décadas GARY BECKER) o que se deba desechar un diálogo profundo con las herramientas de la economía. Nada más alejado del propósito de esta obra. Sólo se advierte contra un uso superficial de esos métodos o contra una absolutización del cálculo económico para comprender la toma de decisiones de las personas, generalmente sometidas a otro tipo de entornos y presiones culturales, donde la idea de cálculo y beneficio debe ser matizada o dotada de otros significados a los corrientes [VAZQUEZ, *Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho*, en ROEMER (comp.), "Derecho y economía", p. 201 y siguientes]. Para una crítica a la teoría de la acción racional, BOURDIEU-WACQUANT, *Respuestas*, p. 82 y 83.

se los suele acompañar de un tratamiento de datos mucho más complejo, incluso cuando se refiere a temas de menor entidad, como ciertas preferencias de consumo. Lo mismo ocurre cuando se analizan motivaciones y preferencias en las encuestas electorales. Es decir, los usos prácticos de este tipo de análisis —que no deben ser descartados— suelen ser más acotados y mejor preparados que el uso reduccionista que pretende hacerse en la fundamentación de ciertas políticas represivas.

En la medida en que superemos y tengamos en cuenta las grandes posibilidades y limitaciones de la utilización de un método analítico para el desarrollo de la PC, liguemos su desarrollo a una enorme cantidad de nuevos instrumentos que ya utilizan otras políticas, como la económica, las políticas de salud o de educación, y evitemos caer en reduccionismos y simplismos que ya han sido identificados a lo largo de la historia, tanto del propio sistema penal como de otras áreas del Estado, entonces podremos transitar un nuevo camino de desarrollo de la PC que pueda adquirir mayor eficiencia (ya analizaremos cómo pueden convivir una idea de eficiencia de ésta con su progresiva reducción), lo que no implica —todo lo contrario— que se vuelva más violenta.

El nuevo APC que propugnamos busca dar este salto cualitativo y fundar esta apertura hacia otras herramientas ya probadas, para sacar a la PC del estado de barbarie y primitivismo en que se encuentra, aun en muchos países desarrollados. No es exagerado decir que posiblemente sea la dimensión más atrasada, arbitraria, llena de prejuicios, irracional y oscura de toda la Administración pública. Esta sola afirmación constituye una justificación suficiente para el desarrollo de la nueva disciplina de trabajo. Sin embargo, para que el APC pueda abrirse camino, todavía es necesario despejar equívocos provenientes de las otras disciplinas que se ocupan del poder penal, los que en la actualidad no tienen ya capacidad de orientación, pero constituyen fuertes obstáculos para la creación de nuevas formas de comprensión y desarrollo de la PC en un contexto democrático.

§ 9. **EL CASO DE LA DOGMÁTICA PENAL. PROBLEMAS.** — Como hemos dicho, uno de los principales obstáculos para el desarrollo de un nuevo tipo de APC proviene del desarrollo de la dog-

penal⁴¹. En efecto, prácticamente desde su inicio el contenido de doctrinas sobre la interpretación de la ley penal asumió la tarea de racionalizar un determinado ejercicio del poder punitivo. En consecuencia, los reduccionismos o simplismos de los mayores o menores niveles de claridad o ambición, la política penal ha tenido desde hace dos siglos una impronta dogmática criminal y se ha pensado a sí misma como el momento de racionalidad del ejercicio del poder penal⁴². Nos dice con claridad el narrador: "Partiendo de la asignación arbitraria de ciertos niveles positivos de la pena (siempre preventiva o difusamente preventiva) es corriente afirmar que el legislador distribuye la pena según opciones político criminales, tutelando intereses jurídicos o reforzando algo (la ética social, el sistema). Ante todo, esto se hace sin verificar la función preventiva de la pena (sin constatar si en realidad el poder punitivo produce los efectos que se pretende que el legislador buscó) y como el resultado histórico es inencontrable (otras veces sus argumentos insostenibles por el paso del tiempo, por su oportunismo o por sus contradicciones) se apela al legislador imaginario. De este modo con un método deductivo puro, a partir de una

⁴¹ En referencia a la relación entre la PC y la dogmática penal entre la ya mencionada bibliografía, ver a modo de ejemplo, BINDER, *Introducción al derecho penal*; FERNANDO NIÑO, *Sobre el dogma de la dogmática jurídico-penal*, "Cuadernos de Política Criminal", n° 55, p. 10; JESÚS GONZÁLEZ, *El derecho penal y la política criminal en Cuba*, "Cuadernos de Política Criminal", n° 81, p. 631; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y función social y democrática de derecho*; JESCHECK, *Tratado*; JIMÉNEZ DE ASÓA, *Curso*; LEÓN PERA, *Curso*; MAHIQUES, *Cuestiones de política criminal y derecho penal*; MORAGORIO, *Sanción penal y política criminal*; ROXIN, *Política criminal y dogmática penal y política criminal*, y *Problemas fundamentales*; SILVA, *Política criminal y persona*, y *Perspectivas sobre la política criminal*; SORIANO y SARRAQUÍN, *Política y dogmática jurídico penal*.

⁴² El nacimiento de la dogmática penal está asociado a dos fenómenos históricos de gran influencia. Uno, el nacimiento del programa liberal sobre el derecho penal que hunde sus raíces en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, se expresa concretamente en la Revolución Francesa y cristaliza una primera síntesis en la obra de VON FEUERBACH, en especial su Código para Baviera y su obra doctrinal *Introducción al derecho penal*; el otro tiene que ver con el nacimiento de la dogmática jurídica a mediados del siglo XIX, como producto eminente del "derecho profesional" —continuación del papel medieval de los juristas, ahora apropiado por la política burguesa que se instala en las universidades y que pretende desde allí racionalizar y consagrar bajo formas racionales su influencia política (*Introducción al derecho penal*, p. 80).

ley (un texto escrito) se imagina una voluntad, unos efectos y un sujeto que configuran una política penal (o criminal) que es producto de deducciones e imaginación técnica y que opera en un mundo real que no se pregunta cómo funciona"⁴³.

Si bien parece evidente el nexo y la función política que desarrolla la dogmática penal, sin saberlo, sin quererlo o "cerrando los ojos" intencional o negligentemente, no suele ser usual que los teóricos del derecho penal estén advertidos de esta función y asuman responsablemente esa dimensión, evitando la transferencia de la legitimidad científica o teórica a lo que es pura y simple política, es decir, asignación de recursos estatales (en sentido amplio) basada en opciones valorativas. Además de las razones ya apuntadas, hay otros motivos que producen este tipo de ceguera.

En primer lugar, la tradición académica. Como carrera establecida ella premiará el conocimiento de tecnicismos y el descubrimiento de "alguna idea original" dentro del cuadro presentado por la tradición misma. Los vínculos existentes entre la tradición académica y la dimensión burocrática que la acompaña favorecerá una innovación acotada, es decir, aquella que renueve, dentro de ciertos límites, el pensamiento tradicional y que no afecte ni su tradición ni su dimensión burocrática asociada a los sistemas de nombramiento, prestigio y remuneración.

En segundo término, los problemas sociales vinculados a la violencia desencadenan fuertes tensiones sociales, ya sea en la defensa de la libertad humana frente al abuso de poder o en la necesidad de resolver casos dramáticos o el miedo colectivo. El dogmático penal, creando equilibrios entre ambas necesidades sociales, equilibra también su posición social o evita quedar atrapado en el "contrafuego" de esas tensiones sociales.

En tercer lugar, el intelecto siente cierto placer en la fineza clasificatoria (de allí la fuerza de las escolásticas decadentes), dado que lo acerca a una erudición que fácilmente puede ser confundida con la sabiduría. Los innegables vínculos de prestigio social de los que ha gozado esa erudición la convierten en una tentación siempre presente, mucho más aún para las jóvenes generaciones que buscan su lugar en el círculo académico.

⁴³ ZAFFARONI, *Política y dogmática jurídico penal*, p. 7.

De este modo, la producción teórica sobre el derecho penal, como el asno de Buridán, no se decide por ninguno de sus fines y de ese modo sirve, inconscientemente, a uno de ellos; generalmente, al que expande el poder punitivo dentro de la sociedad. Pero también ocupa un lugar central que inmoviliza el desarrollo de nuevos conocimientos sobre el conjunto de problemas políticos criminales, necesarios para fundar una política de precisión y de reducción de la violencia del Estado.

Estos defectos se acentuaron con la llamada "orientación político criminal" de la dogmática penal que —bajo la apariencia de un rechazo a la servidumbre a la racionalidad— terminó por introducir criterios políticos ocultos bajo una nueva "racionalidad", ni siquiera con pretensiones de sistematicidad. De este modo, se produjo la paradoja de que, al pretender hacer explícita la orientación político criminal, en realidad produjo un ocultamiento mayor de las opciones políticas, es decir, aumentó el valor ideológico de la dogmática penal.

Sin embargo, es curioso que estas funciones contradictorias ya fueran destacadas por una de las personalidades más importantes en el desarrollo de la propia teoría del derecho penal. Es un clásico ya citar —como lo hace BUSTOS RAMÍREZ— a VON LISZT, quien definió esta contradicción de un modo claro y contundente por la oposición entre derecho penal y política criminal, entre finalidades de protección y límites a la acción del Estado⁴⁴. No obstante, el mismo VON LISZT nunca fue coherente con sus propios enunciados y le asignó al derecho penal la doble tarea de cumplir sus finalidades limitadoras, así como la de ser expresión del orden social que debía ser protegido de los ataques de los delincuentes.

Esta contradicción —que se expresa con claridad en VON LISZT, pero que es constitutiva de todo el desarrollo de la teoría sobre el derecho penal, incluso en los pensadores de la Ilustración— ha constituido, desgraciadamente, la columna vertebral del desarrollo de la dogmática penal y ha impedido o dificultado la emergencia de un APC, limitado por la dogmática pero no tributario de sus conceptos. Ya modernamente, ha sido ROXIN quien puso en evidencia esta contradicción fundamental, proponiendo una forma de resolverla que ha acentuado los problemas, en lugar de resolverlos.

⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, p. 141.

“En ese doble carácter de la ciencia universal del derecho penal, fundada ciertamente por él, se materializan para [VON] LISZT tendencias contradictorias. En la política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del derecho penal: mientras que al derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del ‘Leviathan’, del Estado. Para decirlo una vez más con otras dos frases de [VON] LISZT, que pertenecen hoy a las citas clásicas del penalista: ‘la idea del fin en el derecho penal, bajo la que [VON] LISZT había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la política criminal, mientras que el derecho penal, como ‘magna carta del delincuente’, según expresa confesión de [VON] LISZT, protege, ‘no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella’, garantizándole el derecho de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente de los límites legales. [VON] LISZT no quería, como hubiera sido consecuencia de su idea de fin, que ‘sin toda la triquiñuela formalista de los *criminalistas clásicos* se pudiera dar en el caso concreto una decisión que sirviera a la comunidad’ sino que opinaba: ‘En tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto nos vinculemos a la frase *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se mantendrá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos’. Desde esta base –continúa ROXIN, aunque sin aceptar las consecuencias– la misión del trabajo sistemático en Derecho penal debe ser *ajena e incluso contraria a toda finalidad política criminal*”⁴⁵.

Ni ROXIN ni –como lo destaca– el propio VON LISZT ni la gran mayoría de la teoría del derecho penal subsiguiente han aceptado esta división de tareas de un modo riguroso, con grave perjuicio para la dogmática penal y para la política criminal. En el caso de ROXIN, el abandono de esa tarea no sólo es una decisión sino que funda, prácticamente, su peculiaridad como teórico y abre puertas que todavía no se han cerrado y por las que ha transitado buena parte de la dogmática penal de habla hispana.

En efecto, según el autor citado, “una segunda objeción se dirige contra la clase de dogmática que se deriva de la separación

⁴⁵ ROXIN, *Política criminal*, p. 16 y 17.

de VON LISZT: si las cuestiones político criminales no pueden penetrar en ella, la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y justos, pero no materialmente justos. ¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa forma y uniformidad, es desde el punto de vista político criminalmente? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema? La respuesta que debe responderse negativamente a esta cuestión es que hay que admitir las quiebras motivadas político criminalmente de la regla estricta”.

En este primer párrafo, la indudable opción de ROXIN está ya resultando en un equívoco en la presentación del tema; lo que está planteado VON LISZT no es la tensión entre “sistemática y política”, es decir, entre las reglas generales a ultranza y la solución del caso concreto. Ello es otra tensión y otro problema que confunde “interpretación orientada a fines” con “fines políticos criminales”, generando una confusión que arrastra demasiados teóricos. Sin duda, la dogmática penal debe tener una orientación a fines (la máxima protección de la libertad), pero esos fines no son fines de protección de bienes jurídicos.

El punto central del planteo lizsteano es la contradicción entre misión social de protección de bienes y defensa de libertades del presunto infractor, lo que ROXIN pareciera no haber entendido.

En embargo, poco más adelante su opción (y de allí la función de todo su programa teórico) queda clara: “El principio *nullum crimen* tiene que dar ya directrices de conducta, además de cumplir su función liberal de protección; convirtiéndose así mismo en un instrumento de configuración social de la significación”⁴⁶.

Así, no hay duda, han quedado fundidas las finalidades político criminales con los principios de libertad individual. Esto vale para todas las categorías de la teoría del delito, es decir, para el resto de los principios liberales de protección. De allí que, si bien sería exagerado decir que *oculta* esta opción–, se hace cierto pase de magia y la contradicción pasa a ser *instrumento sistemático “versus” opción político criminal*. En consecuencia, propugnará la primacía de la opción político cri-

⁴⁶ ROXIN, *Política criminal*, p. 19 y 27.

minal cuando defender al sistema nos lleva a extravíos político criminales. Olvida que ése no era el problema ni la contradicción. El uso de ciertos ejemplos que generalmente se resuelven de un modo tendencialmente benigno –lo que no sucede luego en la práctica– termina por diluir la gravedad de la opción central del programa teórico propugnado por ROXIN y luego acentuado por JAKOBS y, tras ellos, por buena parte –si no la gran mayoría– de la dogmática penal moderna. Cierra su opción de este modo:

“La unidad sistemática entre política criminal y derecho penal que, en mi opinión, también debe incluirse en la estructura de la teoría del delito es, por lo tanto, sólo una realización de la misión que tiene planteada hoy nuestro ordenamiento jurídico en todos sus sectores. Pero un intento totalizador de esta clase no se ha emprendido hasta ahora en la dogmática de la Parte General. Más bien el edificio del delito, que hoy vemos ante nosotros con variadas divergencias en los concretos autores, pero su totalidad como el modelo estándar de la praxis y la teoría es un extraño conglomerado de diferentes épocas estilísticas (...) los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructífero –claridad, ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político criminales– han sido siempre realizados sólo parcialmente”⁴⁷.

En ROXIN, como hemos visto, se fusionan las finalidades político criminales y la defensa de las libertades en un programa teórico común que resolverá las contradicciones en cada caso, según las opciones valorativas del intérprete. El penalista ha vuelto a adquirir su lugar de oficioso constructor de la armonía social. Así lo expresa LUZÓN PEÑA: “Pese a su respectiva autonomía, como hemos visto, la separación de dogmática jurídico-penal y política criminal no es tajante, pues, como hoy se admite generalmente, las valoraciones y fines político criminales penetran ya en las diversas fases de la elaboración dogmática, a través de la interpretación teleológica y valorativa y de la orientación de las categorías generales y de la construcción del sistema; del mismo modo que no es posible elaborar una correcta política criminal sin un correcto conocimiento dogmático del derecho vigente”⁴⁸.

⁴⁷ ROXIN, *Política criminal*, p. 34 y 39.

⁴⁸ LUZÓN PEÑA, *Curso*, t. I, p. 101.

La confusión entre interpretación teleológica y utilización de fines político criminales es evidente, como si no pudiera existir una interpretación finalista sin esas finalidades o como si la protección de la libertad fuera un problema político criminal y no una situación provocada, precisamente, por la existencia de esa política que ha determinado utilizar castigos violentos.

Desde una perspectiva política diferente, tampoco queda superado el desvío de la atención teórica de la dogmática penal profundizado por ROXIN. ZAFFARONI señala –con razón, pero sin suficiente claridad– lo siguiente: “Un discurso jurídico penal es una elaboración intelectual que se le ofrece al Poder Judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuado a las leyes vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar). Es en sí mismo una propuesta o programa político”⁴⁹.

No existiría ningún problema en suscribir esta afirmación, si quedara clara cuál es la opción política general y no se transfiera al intérprete (el penalista dogmático) el poder de establecer una síntesis en cada situación. Se confunde así el papel del teórico con el del juez. En realidad, toda la dogmática está construida desde el papel del juez, cuando debería ser un cuerpo teórico al servicio de la máxima defensa posible de la libertad. Una vez más se desvanece la opción fundamental. Si el discurso jurídico es una forma del discurso político de las libertades, la afirmación de ZAFFARONI tiene un significado. Si no es así, tendrá otro. Esa opción queda oculta en binomios tales como realista “versus” idealista (o enajenado), nacional o importado, arbitrario o sistemático o, finalmente, técnico “versus” político.

Es claro que ZAFFARONI sostiene la función protectora de las libertades propia de la dogmática penal; sin embargo, no quedan suficientemente claras las consecuencias metodológicas –y no sólo políticas– de dicha afirmación. Esto es de capital importancia para el desarrollo posterior de los distintos saberes vinculados al poder penal. En gran medida, la ambigüedad es tributaria, por una parte, de la idea de que la “racionalidad” es ya una definición política y, en consecuencia, que “racionalizar” el poder punitivo es lo mismo que “limitarlo” y, por otra parte, esa ambigüedad se nutre de un pensamiento ontologicista, en el sen-

⁴⁹ ZAFFARONI, *Política y dogmática jurídico penal*, p. 11.

tido de "no relacional", es decir, propenso a quedar atrapado en la descripción de cosas o estados y reacio a dar cuenta de relaciones antinómicas.

La idea de un poder penal "racionalizado" por la dogmática penal, pese a que el mismo ZAFFARONI rechazaría esa fórmula, reaparece luego en los temas particulares, en la insistencia en dar importancia a ciertos temas que la dogmática penal ha instalado como temas relevantes o bajo formas discursivas específicas y que, bajo una aparente neutralidad, esconden la presunción racionalizadora de la dogmática o del método en sí mismo. De hecho, la persistencia en sostener el método estratificado de la teoría del delito —uno de los tantos métodos posibles— esconde el presupuesto racionalizador como sinónimo de bondad.

De ese modo, la política criminal es el momento de "mayor racionalidad posible" del poder penal, es decir, volvemos nuevamente a la idea de la política criminal como deber ser del derecho penal y no como simple política pública que se manifiesta en el plano de la realidad y que tiene un propio deber ser que la orienta, distinto del deber ser del derecho penal. Una lectura sistemática de la obra de ZAFFARONI llevaría a que su pensamiento se orienta en el sentido de una oposición radical entre política criminal y derecho penal, pero sus formulaciones son todavía ambiguas en este tema.

En efecto, en su principal obra ZAFFARONI señala con acierto que "el método (de interpretación de textos, ya que el derecho penal es un saber jurídico) siempre se halla condicionado por el modelo de Estado al que sirve el saber jurídico, o sea, que su elección va precedida por una decisión política fundamental"⁵⁰. Es importante señalar la importancia de esta base política en la elaboración de un método o en la división de tareas entre distintos saberes sobre el sistema penal, pues las pretensiones de neutralidad atraviesan la historia del derecho penal y han sido fuente irragotable de arbitrariedades. La mejor tradición del derecho penal siempre ha hecho explícita sus intenciones políticas, como sucede con la defensa de las libertades individuales en el derecho penal liberal.

Sin embargo, no es suficiente con esta declaración para resolver el problema. Efectivamente, a la hora de hacer explíci-

⁵⁰ ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, p. 79.

tas sus opciones políticas, ZAFFARONI utiliza la imagen de un dique. El poder penal es el agua que debe ser contenida y que siempre se desborda (el concepto de "antinomia fundamental" que usamos como concepto base expresa la misma idea⁵¹). Así, "el derecho penal debe programar el ejercicio del poder jurídico como un dique que contenga al Estado de policía, impidiendo que anegue el Estado de derecho". La opción por un derecho penal contenedor es clara y merece toda la adhesión. Empeño —continúa ZAFFARONI—, "para evitarlo (el avance del Estado de policía) debe ceder paso a una cantidad de poder punitivo, haciéndolo de modo selectivo, filtrando sólo el caudal menos irracional y reduciendo su turbulencia"⁵².

La imagen del dique es potente como analogía, pero contiene el mismo problema que ya señalamos respecto de ROXIN. En la figura del dique conviven dos funciones: la primera es la de contener el agua que empuja por desbordar; la segunda es cierto tipo de desagote, mediante mecanismos técnicos que permiten programar uso del poder punitivo determinado, por más que sea benévolo y reducido al "menos irracional", al decir de ZAFFARONI. Una vez más reaparece la *función dual* de la dogmática penal que criticamos en este punto. Según ella, a la dogmática penal le compete construir el dique, es decir —los límites—, lo que es correcto, pero también le compete construir las compuertas, o sea, *programar la política criminal*, lo que es incorrecto. Recordemos a VON LISZT, para quien el derecho penal debía ser ajeno a toda finalidad político criminal, incluso ajena a la benévola que propone ZAFFARONI.

Es inconveniente asignarle funciones duales a la dogmática penal por varias razones.

La primera, porque esas funciones son contradictorias (antinómicas, como también nos muestra la imagen del dique) y en consecuencia no se puede construir un sistema racional sobre la base de finalidades contradictorias. Subyace, en la propuesta de ZAFFARONI, la idea de que es posible armonizar esa contradicción, aunque esa armonía sea inestable. Aquí reaparece el tipo de pensamiento ontológico que construye un objeto como una cosa, donde sólo hay fuerzas en pugna en permanente inestabili-

⁵¹ BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 56.

⁵² ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, p. 83.

dad. De este modo, la creación de esta armonía no se traslada al legislador (que tiene legitimación popular) ni al juez, que también tiene legitimación política, sino al jurista, que como sabio oficial determinará –en cada momento histórico– cuáles son las formas “menos irracionales” del poder punitivo.

En segundo lugar, la programación de la PC (el sistema de compuertas) se realiza con el arsenal teórico de la dogmática penal; básicamente, con conceptos jurídicos, lo que ha llevado a pervertir muchos de ellos, los cuales –habiéndose sido pensados para limitar el poder punitivo– luego son utilizados para “dejar pasar” cuotas de poder punitivo, aunque sean menos irracionales. Pensemos en categorías tan aceptadas como el dolo eventual, o los delitos de omisión impropia o el mismo concepto de riesgo⁵³. La programación de la política criminal sólo necesita de un modo muy circunscripto un tipo de saber jurídico, en particular para conocer sus límites.

En tercer término, como consecuencia de lo anterior, el diseño de la PC (aun la más democrática y limitada) se queda sin un saber específico que la racionalice y limite desde sus propias finalidades (y no los límites externos de protección de libertades). Es decir, impide la consolidación del APC como aparato conceptual y metódico, propio de la programación político criminal.

Vemos, pues, que la asignación de una función dual a la dogmática penal, tal como hace ROXIN y desde otra perspectiva política mantiene ZAFFARONI, hace que la dogmática penal sufra distorsiones en sí misma (distorsiones que el específico método de la teoría del delito ha acrecentado tanto como ocultado bajo sus actuales formas escolásticas, aparentemente rigurosas), provoca una programación tosca y burda de la PC, al pretender hacerla con conceptos jurídicos, e impide la consolidación de una disciplina específica, rigurosa, metódica y de bases conceptuales más ricas, al servicio de la programación de la política criminal.

Pese a sus claras opciones políticas, ZAFFARONI no logra escapar del universo cultural de la dogmática penal orientada a las consecuencias político criminales que es, precisamente, lo que se debe abandonar de un modo radical y completo, en aras de una dogmática penal pura y exclusivamente limitadora, que no le preste ningún servicio a la política criminal.

⁵³ BINDER, *Introducción al derecho penal*, p. 60.

Será el APC quien construirá el sistema de compuertas, mientras que la dogmática penal se preocupa de cerrar las compuertas mismas en una tensión permanente y dinámica. La función antinómica se traslada, como es correcto, a los saberes que la sirven. El análisis político criminal y la dogmática penal serán siempre antinómicos, por más que ambos se funden en los mismos valores democráticos, respetuosos de las libertades y estén al servicio del Estado de derecho.

El fin último de la dogmática penal –como bien lo señala ZAFFARONI, rescatando una vieja idea liberal– es la desaparición del poder punitivo y su reemplazo por mejores formas de intervención en los conflictos. No es su tarea construir compuertas, por más que deba reconocer que existen, y “trabajar” para que se cierren. La función del APC es dotar de las herramientas conceptuales y analíticas para reducir y acotar el ejercicio del poder punitivo, fundado en el principio de *ultima ratio* propio del Estado de derecho, hasta que –gracias al trabajo de la dogmática penal– quizás algún día se declare inadmisibles la última manifestación de la política criminal y nos habremos liberado del poder punitivo. Más allá de este “triumfo final de la dogmática penal”, que todavía se ve lejano (pero no utópico), lo importante es la *dinámica antinómica de ambos saberes*.

No debe confundirnos la doble dimensión de las normas y de los saberes. Una norma penal (y a ella nos referimos cuando hablamos del derecho penal como conjunto normativo) tanto expresa límites como decisiones político criminales. Las normas penales, en ese sentido, son siempre complejas y tienen funciones duales. Pero no hay ninguna razón para trasladar esa función dual de las normas penales al plano de los saberes (y allí estamos cuando hablamos del derecho penal como sinónimo de dogmática penal).

Las normas penales son objeto de múltiples saberes y no son el objeto único del derecho penal (como disciplina). Esto es importante porque de esta confusión de planos proviene también la confusión de tareas de la dogmática penal, como reflejo de un cierto positivismo que confunde el objeto normativo con un saber exclusivo sobre él. Toda norma penal (procesal, penitenciaria, etc.) también será tomada en cuenta por el análisis político criminal. Otra diferencia importante, sin embargo, es que, mientras la dogmática penal es sólo un saber jurídico, porque los