

La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina

Por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

1. Desde mediados del siglo pasado la ciencia penal alemana ha sido la principal nutriente de la construcción sistemática del derecho penal argentino y latinoamericano.

En este momento operan en ella varias tendencias, de las que sobresalen y se difunden por la región: (a) la que procura una normativización en pos de la reafirmación de la vigencia de las normas; (b) la elaboración teórica que se orienta hacia objetivos político criminales preventivos y (c) la sobreviviente del llamado al realismo de hace algunas décadas.

La pregunta que intentamos plantear es si ellas —o cuáles de ellas y en qué medida— son adecuadas o útiles para responder a las exigencias político criminales en las actuales circunstancias de nuestra región.

Aunque sea casi una obviedad señalar que estas circunstancias son diferentes a las de Alemania, para la claridad del planteo es menester precisar previamente y con la brevedad del caso los principales rasgos diferenciales.

2. Las circunstancias regionales que condicionan nuestras exigencias político-criminales son (a) de orden general (referidas a las sociedades) y (b) particulares de los sistemas penales.

(a) Nuestras sociedades son muy estratificadas; su polarización de la riqueza se ha acentuado en los últimos años del siglo pasado con fuerte regresión de los niveles de vida de las poblaciones urbanas, provocando exclusión social y aumento de la violencia criminal.

Las clases medias empobrecidas y las carenciadas victimizadas se pliegan al discurso único vindicativo de los medios de comunicación y llevan a los



políticos en función legislativa a sancionar reformas penales que acaban con la tradicional y sabia coherencia codificadora. La legislación penal conoció otrora momentos muy represivos, pero jamás uno de mayor confusión, oscuridad y contradicción en la ley penal.

(b) Los diferentes segmentos de los sistemas penales presentan características institucionales y operativas muy negativas.

Desde que en la región se volvió a los regímenes constitucionales, no se ha redefinido el modelo de policía adecuado a ellos. Se mantienen policías militarizadas, sin separar institucionalmente las funciones investigadora y de seguridad; se tolera políticamente la recaudación de recursos ilícitos por parte de las policías; la tasa de criminalidad entre su personal es alta; las condiciones laborales del personal policial son penosas; los riesgos a los que se los somete son altos; el entrenamiento precario; la participación en beneficios de tráfico ilícitos es considerable. No faltan graves episodios de ejecuciones sin proceso y en algunos países operan *escuadrones de la muerte*.

El deterioro del servicio público de seguridad orienta la victimización hacia los mismos sectores de los que se recluta a los criminalizados y en buena medida al personal policial, lo que incrementa las contradicciones entre estas capas sociales y les impide toda coalición que posibilite una acción política conjunta coherente.

El proceso penal es extremadamente lento, de modo que en la práctica más del 60% de los presos se hallan en prisión preventiva, o sea, que en la mayoría de los casos no se ejecutan las penas del código penal sino las medidas cautelares del procesal.

Las condiciones carcelarias varían mucho dentro de la región, pero en general son inadecuadas para ofrecer modificación en la conducta de los presos y, con demasiada frecuencia, son condicionantes de carreras criminales. Sólo en los casos de *motines* con pluralidad de víctimas las muertes carcelarias llaman la atención de los medios de comunicación. No obstante, el número de presos tiende a crecer indefinidamente como resultado de las inconsultas reformas penales, de la ampliación de la prisión preventiva y del temor de los jueces a las críticas de los medios y de los políticos.

El resultado es una altísima selectividad *criminalizante* y *victimizante*, pero también *policizante*.

3. Las mencionadas circunstancias separan muy radicalmente el *ser* del *deber ser*. No obstante, no se trata de defectos crónicos, sino que, dentro de los límites estructurales de todo ejercicio punitivo, su marcada intensidad expresa

un momento en el curso de un proceso, que debe superarse mejorando racionalmente la convivencia mediante el derecho. Éste debe ser políticamente conducido hacia el desarrollo social y el perfeccionamiento institucional, que extenderá la ciudadanía real. Los objetivos de esta política general se hallan normativizados (pertenecen al derecho positivo), pues se consagran en las Constituciones y en los tratados internacionales de Derechos Humanos. No se trata de opiniones subjetivas o ideológicas (extra o supralegales), sino de normas que señalan el camino de la política y que son jurisdiccionalmente exigibles.

La política criminal es un capítulo de la política general, que si bien tiene –como toda política sectorial– su aspecto técnico, éste no puede obviar los objetivos generales dentro de los que debe enmarcarse. Por consiguiente, cuando la política criminal se concreta en normas penales, éstas deben interpretarse conforme a la pauta política general o, al menos, no contradecirla.

La ciencia jurídico-penal interpreta estas normas para proyectar su aplicación racional mediante decisiones judiciales, o sea que aspira a orientar actos de un poder del estado (sentencias) que también son actos de gobierno.

Por consiguiente, todo concepto jurídico-penal es políticamente funcional, como inevitable dato de realidad e independientemente de que quien lo formula tome conciencia de ello.

4. La tarea de la ciencia penal de nuestra región resulta, por ende, más compleja que la alemana, pues: (a) por imperio constitucional debe orientarse al restablecimiento de la paz social; (b) no puede pasar por alto que los defectos y perversiones de sus sistemas penales no lo hacen el instrumento mecánicamente idóneo para ello; (c) ni que el propio sistema penal suele contribuir a aumentar y agravar la conflictividad. (d) Pese a ello debe paliar la selectividad extrema del poder punitivo, que retarda la incorporación a la ciudadanía real (e) y debe observar con especial atención la contención del poder punitivo del estado, para preservar los espacios críticos necesarios al desarrollo social democrático.

Este último aspecto debe ser particularmente subrayado, dada la larga experiencia autoritaria de abuso del poder punitivo, que llevó incluso a la comisión de crímenes de lesa humanidad. De allí que todo sistema que se construya en nuestra región requiera una particular insistencia en las garantías penales tradicionales.

En la Argentina estos objetivos le son señalados desde el propio preámbulo de la Constitución: *afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a*

la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad. Se trata de normas válidas para todo el derecho y no de expresiones de buena voluntad, y que, como tales, deben tener progresiva realización en el mundo real y no en una pura lógica normativa que presuponga su realización automática.

Por otra parte, si todo sistema o construcción jurídico-penal aspira a convertirse en fuente de jurisprudencia, no puede obviar la estructura de la jurisdicción. En el caso argentino, la construcción o el sistema está destinada a una jurisdicción con control de constitucionalidad difuso (o sea, en que todo juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley después de agotar los esfuerzos interpretativos para compatibilizarla con la Constitución) y que, además, pese a que la ley penal es única para toda la República, no existe una instancia casatoria que unifique la interpretación del derecho común llevada a cabo por las jurisdicciones provinciales, que, por su parte, se enfrentan con sistemas penales propios, en los cuales sus distorsiones institucionales se manifiestan en grados bastante diferentes.

Esta característica de la jurisdicción en el país y las variables de las circunstancias en cada competencia están indicando la necesidad de que, conservando el espíritu de sistema propio de la ciencia jurídica, éste sea suficientemente abierto o flexible, de modo que permita incorporar los datos de realidad necesarios para cumplir los mandatos constitucionales en todos los casos.

5. Considerando lo hasta aquí manifestado, cabe entrar a la pregunta formulada al inicio.

La primera advertencia es que cualquier construcción jurídica contiene elementos susceptibles de ser utilizados en un sistema como el que requieren nuestras circunstancias. El perfeccionamiento de conceptos, la problematización de éstos, siempre mueve a nuevas reflexiones e impulsa el avance del conocimiento jurídico. En tal sentido los portes que pueden hacer todas las vertientes de la ciencia jurídica alemana son eventualmente útiles.

Pero la pregunta no se refiere a estos aportes particulares, sino a la orientación general para la construcción del sistema de comprensión, o sea, a sus bases, a la teoría del conocimiento de que parte, a las particularidades metodológicas, a la función que asigna al derecho penal, etc. Por decirlo de otra manera, nos preguntamos si las corrientes actualmente más frecuentadas en la ciencia penal alemana son adecuadas para responder a las exigencias político criminales en las actuales circunstancias de nuestra región *en cuanto a sus propias*

bases o presupuestos filosóficos, dando por descontado que siempre lo son en cuanto al perfeccionamiento y problematización de conceptos particulares.

En este sentido nos parece que, en principio, no resulta de utilidad para nuestros propósitos la posición que extrema la normativización basada en presupuestos filosóficos cercanos al hegelianismo en cuanto a la función del derecho penal y con metodología constructiva próxima al neokantismo de Marburg.

Si bien por cierto existe la tentación de pretender superar la incómoda impresión de desorden —y hasta de caos— que provoca el real funcionamiento de nuestros sistemas penales y el mundo (sociedad real) en que se inserta, apelando a una pura ratificación de la vigencia de las normas y al consiguiente fortalecimiento de la autoridad configuradora del estado (algo así como “*aquí todos debemos someternos a las normas para ordenarnos*”), no es menos cierto que nuestros estados distan mucho de ser racionales y que en gran medida sólo los más débiles resultan sometidos a las normas y con arbitrio selectivo, sin contar con que esas mismas normas así entendidas pueden ser sólo el pretexto para abusar del poder y reducir los espacios democráticos necesarios para la crítica y el consiguiente mejoramiento institucional y progreso social.

El estado racional entre nosotros se halla en plena construcción, siendo necesario paliar sus defectos actuales para permitir —y fomentar— justamente su más rápido desarrollo. Reforzar sin más la autoridad configuradora del estado en esta etapa tendría por resultado el reforzamiento de su defecto de racionalidad. Pasar esa falencia por alto significaría ilusionar un estado que no existe y dificultar el desarrollo institucional del estado y el progreso de la sociedad que realmente existen.

Por mucho que cautive una construcción que por obturar la entrada de datos de la realidad y procurar una coherencia sistemática aparece como aplicable universalmente, no puede dejar de observarse que un calefactor puede salvar a una persona de la muerte por congelamiento, pero también puede matar a otra por deshidratación, según dónde y cuándo se lo utilice, lo que nada tiene que ver con el funcionamiento perfecto del artefacto, que bien puede ser una maravillosa obra de ingeniería. Cabe agregar que la pretensión de universalidad, además, no es sostenida por la doctrina alemana, sino asumida por su recepción latinoamericana.

La utilidad de esta corriente en nuestra región no se deriva de sus bases constructivas, sino de las discusiones que genera en cuanto a conceptos particulares. Diría, gráficamente, que no nos es muy útil la locomotora, pues care-

ce mos de rieles, pero sí sus piezas, que nos permiten utilizarlas en la construcción de otro ingenio impulsor.

6. Descartada en nuestra opinión la utilidad de la base sistemática antes señalada, todo parece indicar que se adecua más a nuestras circunstancias un fundamento que apele a la funcionalidad político-criminal. No obstante –y sin perjuicio de tomar en cuenta algunos elementos particulares aportados por esta corriente- no es menos cierto que parece arrastrar demasiados componentes de base neokantiana que la llevan a sostener principios político-criminales como afirmaciones con base legal pero no empírica. Así, es inobjetable que la prevención especial o la tutela de un bien jurídico se asuma como un objetivo legalmente señalado (del *deber ser*), pero debe evitarse el salto al *ser* del mundo empírico, lo que no aparece siempre claro.

Un elemento indispensable a tomar en cuenta en la construcción del sistema en la ciencia jurídico-penal es la valoración positiva de un bien jurídico y la consiguiente desvaloración de la conducta que lo lesiona, pero de allí no puede deducirse que la norma que expresa esa desvaloración mediante la sanción de su violación con una pena tenga un efectivo resultado tutelar en el mundo, o sea, que tenga verdadera *eficacia* social. Lo primero es verificable legalmente; lo segundo sólo es verificable empíricamente.

Cuando –como en nuestra región- la distorsión de un sistema penal defectuoso lleva al extremo la disparidad entre el *ser* y el *deber ser*, no es posible minimizar o ignorar la cuestión empírica al tomar en cuenta los objetivos político-criminales en la construcción del sistema, pues las normas constitucionales obligan a resultados reales, tal como lo impone la naturaleza de esas normas.

No se trata de un reduccionismo sociológico ni de su riesgo, sino sólo de la eficacia de las normas constitucionales como marco general de la política criminal.

Esta corriente ensaya la construcción de un derecho penal que, a diferencia de von Liszt, no se enfrenta como límite a la política criminal. Dadas nuestras circunstancias –y planteada la cuestión en términos más modernos- lo que el derecho penal debe enfrentar es el impulso desenfrenado de nuestros estados defectuosos –y sus sistemas penales perversos- hacia un ejercicio desmedido del poder punitivo, que conoce terribles y no lejanos antecedentes. En este sentido, de la Constitución se deriva la norma política a la que debe someterse toda política criminal plasmada en normas y dentro de ese marco

debe construirse cualquier sistema científico de comprensión en la ciencia jurídica.

Una particular consecuencia de la construcción alemana asentada en objetivos político-criminales es el debilitamiento del concepto de culpabilidad, privado de la base antropológica de autodeterminación de la persona, sustituida parcialmente por demandas de prevención. Esto nos parece sumamente peligroso en nuestra región.

En nuestras circunstancias la culpabilidad tradicional es un concepto fundamental para acotar el poder punitivo y evitar penas crueles e inhumanas, que, lejos de ser reducido, consideramos necesitado de perfeccionamiento, con adecuada apertura a datos sociales e individuales que señalen las fallas estatales y del propio sistema penal que redundan en reducción de la autodeterminación por privación de ciudadanía, en forma que permita orientar las decisiones judiciales hacia cierta compensación de la alta selectividad del poder punitivo y de la marcada estratificación social.

Con estas advertencias, hay elementos de esta corriente de la doctrina alemana que pueden ser útilmente empleados en nuestras construcciones jurídico-penales.

7. De lo expuesto respecto de la corriente anterior, resulta que en nuestras circunstancias es menester elaborar un sistema que habilite los datos de realidad que neutralicen hasta donde sea posible la disparidad entre el *deber ser* y el *ser*, provocada por los efectos distorsionantes de sistemas penales altamente defectuosos, a efectos de dar cumplimiento a las normas constitucionales¹.

En este sentido, el realismo alemán de hace décadas y que sigue siendo sostenido por una corriente de la ciencia penal actual, ofrece interesantes aportes, a condición de alejarnos de toda ortodoxia.

Bien entendido en su sentido, en nuestra ciencia jurídica cabe –igual que en la alemana– prescindir en cuanto a sus aspectos prácticos de toda pretensión de jusnaturalismo suprallegal, dado que los principios básicos de la política criminal están en la misma ley positiva (Constituciones)².

¹ No caemos en un reduccionismo, porque seguimos sosteniendo la diferencia entre el “ser” y el “deber ser”, sólo que no admitimos una separación total y radical, dado que todo “deber ser” es un “ser que no es” o que, al menos “aún no es”, pero que para ser jurídicamente válido, “debe poder ser”, posibilidad que sólo se puede valorar adecuadamente en el mundo real, en “die Welt”. Un “deber ser” que no puede “llegar a ser” no es derecho, sino un disparate.

² No negamos la importancia del debate entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, sino que nos limitamos a señalar que sus efectos prácticos se hallan hoy muy reducidos, dado que los principios que otrora debían buscarse suprallegalmente, hoy forman parte de la ley positiva.

Los datos de la realidad que limitan al legislador penal no se imponen en función de una ideología (por válida o prestigiosa que pueda ser), sino en razón de las propias normas constitucionales, que exigen el máximo de *eficacia* posible a las normas infreconstitucionales en cuanto a la realización de sus principios. Tampoco es tarea de la ciencia jurídica fulminar por *ineficaces* las normas de *discutible eficacia*, pues se trata de un ámbito de discusión que corresponde al ámbito político del legislador. Lo que nuestra ciencia jurídico-penal, en nuestras circunstancias, no puede omitir es la reducción interpretativa y el eventual descarte por inconstitucionalidad (*ineficacia*) de las leyes o de las interpretaciones de éstas que resulten absolutamente ineficaces o que produzcan efectos perversos y paradójales respecto de sus fines manifiestos.

No se trata de invadir ámbitos de discusión política propios de los poderes democráticamente elegidos, sino de poner coto a una política criminal inconstitucional no sólo por su marcada e incuestionable ineficacia, sino incluso por su funcionalidad contraria a las normas constitucionales.

En los últimos años la legislación de nuestra región, ante cualquier conflicto que trasciende y provoca reclamos, en lugar de proveer a los bienes jurídicos de adecuada tutela en el mundo real, opta por crear un tipo penal, y ante una mayor frecuencia delictiva, aumenta la escala penal hasta límites irracionales, pretendiendo que *juris et de jure* se presuma cumplido y agotado su deber tutelar.

Es muy grosera la maniobra que tiende a producir un puro efecto político, que no puede ser de ninguna manera legitimado por la ciencia jurídico penal apelando al pretendido derecho penal simbólico ni a la justificación por vía de renormalización, que son ética y jurídicamente inadmisibles. Estas racionalizaciones son claramente inconstitucionales porque (a) usan a personas como medio para la obtención de fines y (b) porque valoran positivamente el embuste público (pretenden que la población crea falsamente que se tutelan sus bienes con eficacia).

Cuando los bienes jurídicos quedan desprotegidos, el público engañado y el poder punitivo incrementado, se viola frontalmente la Constitución porque (a) no se provee seguridad, (b) se *cosifica o mediatiza* a los seres humanos, (c) se pervierte mediante el engaño el principio democrático, (d) se ponen en peligro los ámbitos democráticos habilitando el abuso del poder punitivo; (e) se profundiza la selectividad punitiva; (f) en definitiva, se obstaculiza el desarrollo social y el perfeccionamiento institucional.

Seguramente llamará la atención de los colegas alemanes que postule una sistemática que abra la puerta a la entrada de datos de la realidad y que,

por ende, postule la utilización de elementos realistas cuando no es ésta la corriente dominante en Alemania en los últimos años, y que deje de lado las bases constructivas asentadas en pensamientos cercanos al hegelianismo o en objetivos político-criminales normativizados.

No ignoro que algunas de las circunstancias señaladas para nuestra región se insinúan en la Unión Europea, pero considero que esas circunstancias alcanzan magnitud enorme en nuestro medio y eso requiere, precisamente, una respuesta político-criminal de la que debe hacerse cargo la ciencia penal como proyección de decisiones de un poder del estado que debe cumplir con el imperativo constitucional de facilitar el progreso social y el perfeccionamiento institucional, consciente de las fallas y deudas actuales.

Nuestras circunstancias le señalan una urgencia política a la ciencia penal que no puede compararse con la que imponen las circunstancias alemanas. La primordial tarea política de la ciencia penal en nuestro medio no es la de reafirmar la vigencia de las normas infraconstitucionales, sino la de descartar las groseramente ineficaces o paradójales, como modo de reafirmar la progresiva vigencia de las normas constitucionales.

Por ello intentamos señalar como base de construcción de un sistema adecuado para esta función, su asentamiento sobre una teoría del conocimiento realista que permita suficiente apertura para la incorporación de datos sociales e individuales, como instrumento para decisiones judiciales racionales o, por lo menos, con los más bajos contenidos de irracionalidad. Para esto, revaloramos –con las debidas reservas- la utilidad de la metodología realista alemana de décadas pasadas.

Insistimos en que esta base constructiva no es obstáculo para la incorporación de particulares precisiones conceptuales provistas por investigaciones alemanas posteriores y, cabe advertir, que la base realista no importa la pretensión de imponer una *dictadura de la realidad* o un *autoritarismo naturalista* en ámbito valorativo, sino sólo la posibilidad de dar cumplimiento a la verificación de los casos de grosera ineficacia y, en especial, de eficacia social paradójal.

8. La última cuestión es: ¿Esta disparidad de circunstancias deberían separar la ciencia penal alemana y argentina y latinoamericana en general? ¿Dejaría de ser productivo el diálogo? ¿Dejaría de ser la doctrina alemana la principal nutriente de nuestra ciencia penal regional?

Estimo absolutamente inconsistente tanto la pretensión de ciencias penales nacionales completamente autosuficientes como la de un sistema válido

universalmente. No sólo cada país tiene su propia legislación y sus propias estructuras jurisdiccionales, sino que también su doctrina proyecta decisiones jurisdiccionales conforme a las exigencias políticas de sus circunstancias nacionales, pero no puede dejar de hacerlo con técnica que es universal.



Las demandas políticas, las urgencias, son nacionales o regionales, pero la técnica de elaboración de los sistemas es universal, y en esta técnica la nutriente alemana sigue siendo fundamental.

Nuestra tradición jurídica es europea continental. No descartamos nunca los aportes de diferentes naciones de Europa. Es incuestionable la importancia que para nosotros ha tenido la doctrina italiana y española. Sin embargo, en cuanto al *espíritu de sistema*, que hace a la esencia de la ciencia jurídica desde sus comienzos medievales, la principal inspiración actual es decididamente alemana. Como si se tratase de una obra pública, su construcción y condiciones se deciden conforme a necesidades o urgencias locales, pero las técnicas de construcción son universales y en estas técnicas, el porte alemán es fundamental.

Pero el aporte alemán no se agota sólo en lo técnico, pues también hay una experiencia política alemana que no se puede ignorar porque es muy significativa para nosotros. Alemania remarcó su inclinación al realismo constructivo en su ciencia jurídico penal y en su jurisprudencia constitucional en la posguerra, o sea, en circunstancias de incertidumbre política y enfrentando una difícil empresa de reconstrucción de su estado de derecho. No son éstas sus circunstancias actuales, por cierto. Pero si nosotros prescindimos de toda soberbia, y confiamos en el futuro de nuestras democracias y en el progreso social, político, institucional y económico, no podemos menos que reconocer que estamos en pleno proceso de construcción de nuestros estados de derecho. Es razonable que -con la debida prudencia- pongamos nuestra atención

en los elementos de base que la doctrina alemana empleó en aquel momento para promover en las decisiones de su jurisdicción el impulso reconstructivo. Independientemente de los aportes técnicos, esta es la gran lección política.

E. Raúl Zaffaroni

Departamento de Derecho Penal y Criminología
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires
Diciembre de 2007.

Matias.Bailone@uclm.es
www.iuspenalismo.com.ar