

"LA FUNCIÓN REDUCTORA DEL DERECHO PENAL ANTE UN ESTADO DE DERECHO AMENAZADO (O LA LÓGICA DEL CARNICERO RESPONSABLE)"

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I° del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001

Publicado en "**Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?**" N° 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2003.

Muchas gracias al Profesor Juarez Cirino dos Santos, a los colegas, al Profesor Betancourt, Luiz Flavio Gomes, Raúl Cervini, a estudiantes, señoras, señores, amigas, amigos:

Agradezco la oportunidad de poder hablar un poco sobre el tema de la mesa de hoy y especialmente de compartir estas reflexiones con los ilustres colegas y amigos. Agradezco al colega Cirino dos Santos que utilizó su tiempo para hablar sobre la deslegitimación del poder punitivo de la pena y lo hizo con una claridad extraordinaria.

Voy a intentar tomar el argumento y continuar desarrollando el tema pero ¿desde qué perspectiva?, primera pregunta: ¿Desde dónde es que estamos hablando, y estamos intentando valorar la pena en un estado social democrático de derecho? Voy a intentar hacer esto desde "la lógica del carnicero".

El carnicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al carnicero y robase carteles de otros comercios que dijieran: "Banco de Brasil", "Agencia de viajes", "Médico", "Farmacia", y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: "tengo dolor de estómago, ¿qué puede hacer?". Y el carnicero sensatamente respondería: "no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas". Y los feligreses se enojarían: "Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice". Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco, y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo.

Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo.

Tenemos que actuar como lo haría el carnicero responsable. No sabemos de todo. Yo no puedo hablar como si fuera el Secretario de General de Naciones Unidas. Yo no soy el Papa, no. Yo no soy un sabio omnipotente, no. Sólo soy un penalista. Sólo conozco algunas cosas, no muchas, de derecho penal. Y en el derecho penal me manejo bien, pero no tengo condiciones de resolver todas las cosas que los feligreses locos acreditan que el derecho penal tiene condiciones de resolver.

Yo estoy convencido que sólo tengo condiciones de resolver pocas cosas, casi ninguna, y no sé si resolver, tal vez suspender algunos conflictos (resolver es otra cosa). Es esta la lógica del carnicero. Es esta lógica la que haría que tal vez pudiéramos continuar el fin del discurso de nuestro problema de violencia. Esta lógica es la que tiene que seguir la pena en un Estado social y democrático de derecho. Estado social y democrático de derecho ¿cuál? ¿Cuál estado social y democrático de derecho? Un Estado que está hundido. Un Estado que perdió poder. Un Estado que a nivel nacional no tiene condiciones de resolver conflictos, porque el poder es supra nacional. Pero no supra nacional porque tiene una organización supra nacional, no. Es supranacional porque antes, un poder que estaba controlado, mas o menos, a nivel nacional y que precisaba de un establishment; ahora está libreado de ese establishment político, no precisa del establishment político. Si el establishment político responde a sus exigencias, bien. Y si no responde se retira para otro país y el establishment político cae. Esto es la circulación de los capitales con costo cero, la globalización.

Entonces los operadores políticos de nuestros Estados (no estoy hablando sólo de los Estados periféricos sino también de los Estados centrales) pierden poder y no tienen condiciones de resolver conflictos. Aquella capacidad que tenía el Estado de mediar entre las fuerzas de capital y las fuerzas de trabajo, se perdió. Hoy no se conoce al dueño del capital; sólo se tienen administradores. Los grandes conglomerados de capitales no son de nadie. Hay muchos que están invirtiendo pero sólo se ve un administrador, un gerente. Si un gerente obtiene la mayor renta en el menor tiempo, está todo bien. Si no aplica el sistema que ofrezca la mayor renta en el menor tiempo, ese gerente es cambiado por otro. Entonces no tenemos más a los dueños del capital, no tenemos más esos "varones del dinero". Estamos hablando con gerentes, operadores. No se tiene capacidad de resolver nada. Y la mayor renta en el menor tiempo se obtiene ¿donde?: Donde hay mano de obra más barata, donde hay mano de obra esclava, donde hay menor inversión social. El capital va buscando eso. Y el estado se va debilitando, el Estado Nacional es cada vez está más débil.

Y los políticos, los operadores de esos Estados nacionales debilitados se quedan sin poder, sin capacidad de resolver esos conflictos: los conflictos sociales. No tienen condiciones. Entonces, ¿qué hacen?: simulan. Simulan que tienen condiciones. Hacen un espectáculo, un gran palco. Actores y actrices hacen política, y son buenos actores y buenas actrices. Pero nadie puede ser tan buen actor de estar actuando las veinticuatro horas del día, todos los días, todas las semanas, todos los meses, todos los años. Nadie podría hacer eso. Entonces se produce un alejamiento entre la opinión pública y la política. La gente no se siente representada por los operadores políticos. La política pierde aquella gracia natural, se vuelve afectada, artificial. El Estado se convierte en un espectáculo. Y la gente se siente insegura, siente que no tiene ningún tipo de seguridad. Estamos peor que el hombre de las cavernas. Se dice que el hombre de las cavernas, frente a las cosas de la naturaleza estaba asustado, amenazado. Ahora estamos amenazados por los mercados, por las cosas extrañas, no sabemos de dónde viene el mal. Entonces tenemos que brindar seguridad, no podemos esperar ni un segundo.

¿Cómo? Vamos a centrar la atención en aquellas amenazas más inmediatas. Aquel que está esperando en la esquina para robarme el dinero, aquel me va a golpear en la cabeza para robarme el reloj. Entonces estoy centrando la atención en la seguridad urbana. Aquella inseguridad inmediata es la inseguridad urbana. Se llega así al delirio de la inseguridad urbana. Con esto, los políticos van a hacer propaganda, demagogia retributiva, demagogia vindicativa. No van a resolver nada. Pero nos van a vender la imagen de que están resolviendo todo, especialmente de que están brindando seguridad. Y ¿cómo hacen eso? a través de leyes penales.

Volvimos al tiempo de las cavernas, el tiempo en el que el hombre primitivo dibujaba en las paredes la imagen del animal que quería cazar, y de esa manera pensaba que si tenía la imagen se acababa la amenaza, tenía al animal. Pero no tenía nada, sólo tenía la imagen. Un pensamiento mágico.

Ahora no dibujamos las paredes de las cavernas, ahora dibujamos los Boletines Oficiales. Ahora dibujamos tipos penales donde ponemos todo aquello que es negativo, todo aquello que es peligroso. Como eso está en el tipo penal, y el tipo penal está en el Boletín Oficial, entonces con eso nos basta. Creemos que eso modifica la realidad. La neutralización de todos los males.

Y así, también, los políticos tienen los cinco minutos de televisión que necesitan. Quien no tiene cinco minutos de televisión en este momento salió del campo de la política. Hay un cuento que circula entre los políticos que dice que los cónyuges de los políticos, mujeres u hombres, tienen problemas cuando su esposa o esposo se levanta a la madrugada para tomar algo, y cuando abren la heladera comienzan a hablar delante de ella, y entonces le tienen que decir "está bien querido, vuelve a dormir" porque confunden la luz de la heladera con la luz de una cámara de televisión y empiezan a hacer declaraciones. Cinco minutos de televisión para un político le puede representar muchos minutos de poder ¿cómo no va a hacer leyes penales? Cuando más absurda es la ley penal, más minutos de televisión tiene. La política hoy se convierte en un bien de mercado. La habilidad del mercado es convencer. Para vender una cosa tengo que conocer de antemano las ideas de los potenciales compradores, de la mayoría, de sus preconcepciones. Está bien. En la política la cosa es diferente, la política sí es la decisión de la mayoría pero luego de una discusión, luego de un debate esclarecedor. No siempre es la simple decisión de la mayoría. Si no diríamos que el proyecto de muerte de todas las brujas surgido en el medioevo era democrático, el holocausto sería democrático. Eso es absurdo, no es así.

Pero los tiempos cambiaron y el ahora el ámbito mercantil es el mismo ámbito de la política. Los políticos se venden, también, como un producto, por los asesores de imagen, los asesores de marketing, que circulan de un país a otro. Los políticos de nuestros estados periféricos contratan asesores americanos para sus campañas. Y se siguen los consejos de un asesor de campaña que es especialista en marketing político. Y para el marketing político no hay nada mejor que las leyes penales. Esto no es una invención de nuestros países periféricos, esto viene principalmente de los Estados Unidos.

Entonces, ¿de qué Estado estamos hablando? Estamos hablando de un estado de derecho, en esencia muy democrático, pero cada día menos social. Un Estado de Derecho amenazado. Amenazado por el Estado de policía, porque en el interior de todo Estado de Derecho existe un Estado de Policía. Y todo Estado de Derecho real histórico es un Estado de Derecho más o menos imperfecto. El Estado de Derecho no es más que un Estado de Policía contenido, encerrado, encapsulado en el interior

de esa coraza del Estado de Derecho. Si el Estado de Derecho se debilita, el Estado de Policía sale. Cuanto mejor contiene el Estado de Derecho al Estado de Policía más cerca va estar de ser un Estado de Derecho ideal. Cuanto menos contiene, más lejos va estar del Estado de Derecho ideal.

Pero el Estado de Derecho ideal no existe, ni existió. Es una imagen ideal. Los Estados de Derecho históricos fueron Estados de Policía contenidos, mejor o peor. Entonces, en esta dialéctica de Estado de Derecho y Estado de policía ¿cuál es la amenaza que sufre Estado de Derecho hoy? la amenaza del poder punitivo. El Estado de Policía no es otra cosa que un Estado con su poder punitivo descontrolado. La GESTAPO, la KGB ¿qué eran? Policías, políticas, descontroladas, sin límites.

¿Cuál tendría que ser entonces nuestra función jurídica? La contención de las pulsiones del Estado de Policía. No tenemos poder, en el área jurídica, las agencias jurídicas para asumir el poder punitivo. Yo no sé si el día de mañana el poder punitivo va a desaparecer. Tal vez. Yo no sé si mañana el poder punitivo va a cambiar a un poder punitivo mínimo. Tal vez. Pero esto puede ocurrir sólo en otros modelos de sociedad, no en este. En esta sociedad de hoy, nuestra función sólo puede ser una función de reducción.

Una función del penalista, siguiendo la lógica del carnicero es o debería ser decir: "yo no sé cómo se hace para llegar a Nueva Zelanda, yo no sé como curar el dolor de estómago, yo no sé cómo se hace para abrir una cuenta, porque yo soy un carnicero. Yo no sé cómo se hace para resolver los problemas de unas finanzas descontroladas, unas finanzas que cada día se transforman en algo más parecido a una mafia, y de procedimientos mafiosos, a nivel mundial. No sé. No sé porque soy penalista. No tienen que preguntarme eso a mí, yo sólo soy un carnicero. Yo sólo sé que la pena no sirve para resolver eso. Yo sé que el poder punitivo no sirve para eso. Y de eso sí estoy seguro. Yo sé que con medio kilo de chorizos no voy a curar el dolor de estómago, ni Ud. va a llegar a nueva Zelanda. De eso tengo certeza absoluta."

¿Cómo voy a Salvar la Amazonia? ¿Con el Código Penal? No! Eso es absurdo. Con el Código Penal no puedo resolver nada. ¿Qué resolvió el hombre en la historia con el Código Penal? Emergencias. Las brujas, los herejes, la tuberculosis, la sífilis, la droga ¿Resolvió alguna cosa? No resolvió nada, absolutamente nada. Algunas se resolvieron por sí mismas, el tiempo las disolvió. Otras fueron resueltas por otros medios, la tuberculosis por la citomicina, la sífilis por la penicilina, los herejes ya no son problema, la droga no la resolvió nadie. Pero el Código Penal, la ley penal, la Inquisición, no resolvió nada. Sí ejerció poder, pero para otros fines. Y esto continúa así. ¿Creemos ahora que vamos a resolver el terrorismo internacional con la ley penal? Se va a usar el pretexto del terrorismo internacional para controlar más a las personas. No tienen problemas en hacer eso. Eso es lo que los asesores de imagen aconsejan. Lo que sea mejor para atraer votos, no lo que sea mejor para la seguridad o para evitar el terrorismo.

Entonces, ¿Que hacemos para acabar con el terrorismo? "No sé, yo sólo soy un carnicero, no me pregunten eso a mí. Yo sé que esto es falso. Vamos a pensar que hacer. Pero yo no soy el Papa, no soy el Secretario General de la Naciones Unidas. Yo tengo un negocio y sólo sé sobre mi negocio. Yo vendo chorizos." Con la pena no se puede resolver eso.

¿Cómo voy a resolver con la pena este caos horrible, estos crímenes horribles estas cosas horribles?. ¿Con la pena voy a resolver lo que está sucediendo en este mundo globalizado? En este mundo globalizado estamos necesitando de un nuevo poeta. Estamos necesitando un nuevo Castro Alves, porque están regresando los navíos negreros, llenos de personas que están huyendo de países que concentran mano de obra esclava. Y no sólo eso. Necesitamos de un nuevo Castro Alves porque el planeta todo se está convirtiendo en un nuevo navío negrero, un inmenso navío negrero, donde cada día tenemos menos personas en la piscina de primera clase y cada día tenemos más personas hacinadas en el fondo del navío, sin luz, sin comida, sin agua, sin nada, sólo esperando la muerte. Y es elemental que algunos de los que están esperando la muerte sin luz, sin comida, sin agua, sin nada, se quieran suicidar. Y pueden pensar: "si me voy a morir prefiero suicidarme y lo voy a hacer haciendo un agujero en el casco del barco así me llevo a todos los pasajeros conmigo". Es inevitable.

Yo no puede re-equilibrar este navío con el Código Penal. Es absurdo. ¿Cómo se hace? No sé, esa es una pregunta de política general, para un sabio, no para un penalista. El penalista tiene que tener la razonabilidad del carnicero y hablar claro, no volverse loco: "yo no sé como resolverlo, pero con 'esto' no se puede. Yo puedo hacer alguna poca cosa con el poder punitivo pero re-equilibrar el navío no. No se cómo se hace eso. Pero sé que de esta manera el navío no va a ir demasiado lejos, cada día se van a hacer más agujeros en el casco".

Este el gran problema. La cuestión de la mejora de seguridad pasa por re-equilibrar el navío. Lo primero que hay que hacer es no volverse loco, y no pensar que con chorizos puedo re-equilibrar el navío. En todo caso creo que lo principal es intentar volver a un estado de derecho, reforzar el Estado de Derecho, contener el Estado de Policía y no caer en el delirio, especialmente no caer en el delirio del penalista omnipotente de que todo puede ser resuelto por el derecho penal. El poder punitivo puede resolver muy pocas cosas, no sé si puede alguna cosa. Tal vez pueda brindar alguna tranquilidad a través de suspender algún conflicto. Pero nada más. Yo sólo soy un carnicero. Precisamos un nuevo Castro Alves. Yo no soy Castro Alves.

Muchas gracias.