

¿Por qué el derecho penal?

Daniel Marino Mazzocchi

20.03.2021

El estudio de la totalidad del código penal argentino habilita a realizar ciertas consideraciones -con las licencias de un estudiante en curso-, respecto de algunos lineamientos de la ciencia jurídica penal que, sin mayor análisis, se presentan como una realidad preocupante, tanto en su legitimación fundacional como en su manifestación institucional actual.

Inquisiciones como ¿qué es la pena?, ¿para qué sirve?, ¿cuál es su fundamento?, son algunas de las numerosas cuestiones que inquietan y movilizan al momento de intentar – anticipo que infructuosamente– arribar a un corolario ante un ordenamiento de control social que subrepticamente modela nuestra cotidianeidad¹.

La ciencia jurídica penal se impone. Escamoteando las comprometidas proyecciones mediáticas, y sin caer en absolutismos, el interés está determinado por sus efectos; la inmediatez de las agencias policiales (su poderío inmediato sobre el cuerpo), la prisionización de las personas y el deterioro de las mismas, el fracaso de las ideologías *re-so pretexto* de su funcionalidad, su realización en el respeto por los derechos humanos², y su politización.

La imposición es de vieja data. Por vía de la ejemplificación, se puede tener mayor claridad: Sócrates, Juana de Arco, y Federico García Lorca, personalidades todas históricas en el orden del conocimiento general, comparten una constante: la determinación de su destino por el ejercicio irracional del poder punitivo³. Sócrates por vía de la cicuta, Juana de Arco en la hoguera, y García Lorca fusilado por su orientación sexual.

Se evidencia la disposición de la vida humana en virtud de la variabilidad de criterios, por la relatividad dispositiva de los mismos⁴.

Frente a tal variabilidad, ¿cuál es la tarea de la ciencia jurídica penal? El acotamiento del ejercicio del poder punitivo; represararlo con el objetivo de mantenerlo

¹ Nadie está exento del poder punitivo; la inseguridad jurídica no opera por medio de la discriminación.

² En este punto el bloque de constitucionalidad se yergue como un óbice insoslayable.

³ Entendido como la potestad sancionatoria del Estado.

⁴ Foucault en este sentido nos refiere los conceptos de biopolítica, y psicopolítica (biopoder, psicopoder); conceptos que desarrollaremos en los próximos acápite.

reducido. De lo contrario, quedaríamos sometidos a la voluntad de policías administrativas sin contención de ningún tipo⁵.

Ergo, si no se contiene, si no se reduce, si no se controla el monopolio de la fuerza del Estado, se habilita un genocidio que resulta instrumentado por las agencias del poder⁶.

Desbordes todos sustentados en una suerte de criminología biológica (en sus manifestaciones arquetípicas), aplicándose pena en razón de la peligrosidad personal, conformándose lo que en doctrina se conoce como patologización del delito; horizonte de comprensión construido sobre parámetros racistas amparados en un supuesto discurso clínico, que hoy día se presentan como conceptualizaciones violatorias de los instrumentos internacionales de derechos humanos⁷.

Frente a esta patologización, se presenta –en términos kelsenianos– un dualismo clave en la dialéctica jurídica: derecho penal de peligrosidad, o de culpabilidad; criminalización que opera a través de estereotipos⁸, o respetuoso de la teoría del delito, con su correcta sustanciación y adjetivación. La solución es sencilla: si hay contención por vía del Estado de Derecho, hay culpabilidad. De lo contrario, rige la discreción policial por vía de la concepción patológica estructurada por el deber ser⁹.

Así, podemos establecer un isomorfismo ideológico-estructural respecto de los móviles punitivos; hoy día, se instauran una serie de estereotipos que operan por medio del intercambio cultural habilitado por la globalización, prejuicios de tipo racistas, sexistas, xenófobos, clasistas, que delinean –conceptúan– la figura fisonómica del delincuente medio, tipo; proyección potenciada por las agencias de los medios hegemónicos de comunicación. De manera que, en un plano todo subyacente, incentivamos esa proyección, exigiéndonos comportarnos de acuerdo con ellos, al punto de internalizar nosotros mismos tales roles, asumiendo tales mandatos, y actuando en consecuencia.

⁵ Con el arrojido ideológico de la confiscación del delito por parte del Estado, operando por medio de la victimización y el uso monopólico de la fuerza; en oposición a concepciones reparadoras del injusto penal. Verbigracia: la Mazorca, la Gestapo, la KGB comunista, la OVRA (organizzazione per la vigilanza e la repressione dell'antifascismo), la policía franquista, etc

⁶ Basta analizar lo acaecido en tiempos del Proceso de Reorganización Nacional (1976-1983).

⁷ La internacionalización de los derechos humanos, acaeció cuando la concepción eurocéntrica advirtió que también entre sí podían existir genocidios, y que tales no estaban reservados exclusivamente a personas más pobres de melanina.

⁸ En mayor evidencia en la criminalización secundaria regida por el concepto de peligrosidad; estigma de inferioridad moral, biológica, y social.

⁹ Un derecho totalizado por el neocolonialismo.

En tal sentido Foucault, en ocasión del Panóptico de Bentham, nos habló de *sujetos sujetados*¹⁰, ligándolo correlativamente al concepto de *biopolítica*, que, en términos simplistas, se presenta como el poder de disciplinar, la inscripción del entramado institucional –ergo, el poder– en el cuerpo de la persona, en la administración del mismo¹¹.

Con posterioridad, y previendo el impacto que tendría la globalización homogeneizando los espacios culturales, tomó un giro orientado a la explotación de la psiquis, concepto conocido como *psicopolítica*¹²; expresándose el poder por vía de la vigilancia y la auto-explotación, por vía de la técnica; se establece una manifestación estética del poder totalmente distinta, que orienta el estudio de la selectividad de las agencias punitivas, y que evidencia el desembarazo que posee la ley penal respecto del escenario social.

¿Qué estructura lógica posee la concepción penal? Epistemológicamente, y sin ahondar respecto del carácter ontológico de la norma, hay una predisposición a la hora de abordar un hecho conflictivo, que está limitado, determinado por la premisa del *deber ser*. Esa limitación de la perspectiva del derecho penal, en términos lógico-estructurales, se presenta como un óbice para la consideración de cualesquier dato que provenga del *ser*, o sea, de lo que es, de lo que en la realidad se manifiesta concretamente. Esta cosmovisión que podríamos llamar de alguna manera ideal, -siguiendo los lineamientos filosóficos del idealismo, en tanto posicionamiento de la persona como centro del conocimiento- se agota en tal grado de abstracción; poseemos un sistema de normas, desprovisto *prima facie* de ideología, más o menos coherente (sin mayores colisiones normativas), abordado por una preconización de pautas conductuales: o sea, el deber ser antepuesto al ser.

Esta visión que se concluye desligada de la realidad, legitimó, y legitima, la inexistencia de estudios criminológicos estatales serios, puesto que el eje está en el deber ser, pero sin consideración del ser; ergo, se construye un precepto lógico, sin consideración de lo que sucede en el plano fáctico. Verbigracia: la manipulación mediática –política- del instituto de la prisión preventiva (presos por las dudas, sin una ponderación seria de las circunstancias particulares de cada caso en aras de la efectivización de los supuestos procesales).

¹⁰ Gente que no interpreta, es interpretada; no piensa, es pensada; no dispone, es dispuesta.

¹¹ Desde el S. XVIII, con los cambios en las formas productivas (pasaje del modelo agrario al industrial), el poder se presenta como una cuestión normativa que somete, suprime anomalías, y se constituye negativamente en un medio de adiestramiento por medio de administración.

¹² Teoría retomada por el filósofo contemporáneo Byung Chul Han (“Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder”).

Ahora bien, ¿Por qué resulta necesaria la integración ideológica entre el ser y el deber ser por vía de la criminología? Resulta difícil, si se quiere lograr algo más o menos serio, construir un conjunto de norma –un sistema coherente– sin estadísticas ni datos certeros. Sin estudios criminológicos, los legisladores pretenden resolver todo mediante el poder punitivo, bajo la conceptualización que más fácil que resolver los conflictos es tipificarlos,¹³ prescindiendo, en consecuencia, de todo abordaje epistemológico. Legislan a ciegas e irresponsablemente; en este punto nos vemos encerrados, porque es distópico considerar una sociedad sin un orden normativo (ignoraríamos el rumbo), y es preocupante la creación de tal orden sin consideración por lo social (porque se soslaya el punto de partida: nuestra génesis, los hechos problemáticos).

O sea, el doctrinario (el jurista), no puede, so pretexto de coherencia lógica, limitar la comprensión del derecho por vía de un reduccionismo normativo, máxime cuando la política legislativa en materia criminal es totalmente imprudente; de tomar tal camino, hay una clara escisión entre el derecho penal y la realidad, ergo, entre el ser (antepuesto) y el deber ser. De aquí la irracionalidad de las escalas penales, la concepción unilateral del tiempo como algo lineal, sin consideración concreta de lo que significa un año, un mes, siquiera un día privado de la libertad en las condiciones estructurales –funestas por cierto– de nuestras cárceles.

Frente al culto punitivo que nos enfrentamos, en el orden de la pena y abordándola desde un escepticismo penal, la tarea de la persona comprometida con el derecho, con el Estado de Derecho, es limitarla, y abordarla en enclave de derechos humanos, por vía de una interpretación restrictiva.

¹³ Es cierto que los presos no dan votos, pero esto es ciencia jurídica.