

PRÓLOGO

La transmisión de conocimientos relacionados con las ciencias penales, siempre constituye un gran desafío, ya que se trata de un saber en el que conviven aspectos relacionados al *ser* (el funcionamiento del sistema penal, la política criminal del Estado, el ejercicio real y efectivo del poder punitivo estatal, la legislación penal vigente), junto con cuestiones provenientes del *deber ser* (como lo son los principios del derecho penal, del derecho procesal penal, del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos).

Por supuesto, el concepto de derecho penal del que debemos partir cuenta con toda una genealogía, en especial, enfocada en la preocupación –compartida por todo el pensamiento ilustrado, del siglo XVII en adelante–, en torno del inmenso poder que el Estado comenzó a detentar a partir de agenciarse para sí el *ejercicio del monopolio de la violencia* –que fue consolidando paulatinamente en Europa durante la Baja Edad Media–, y que llevó a que los Estados absolutos, durante siglos, hicieran un creciente uso y abuso de ese poder.

Así, durante quinientos años, entre los siglos XIII y XVIII, reyes y príncipes, que pasaron a concentrar la suma del poder público, perseguían cruelmente toda clase de ilegalismos por parte de los súbditos, y al mismo tiempo, empleaban este poder, de reprimir y castigar mediante el aparato penal estatal, para desembarazarse de todos aquellos grupos o personas vistos como enemigos –reales o potenciales– de la casta dominante.

Estos fueron los siglos en donde la tortura formaba parte del ritual judicial formal, donde las penas que se imponían eran feroces, donde se creaban delitos y se los aplicaba retroactivamente, donde se condenaba sin miramientos a personas inimputables...

Los tribunales penales, y también los eclesiásticos, perseguían a los acusados, no por lo que *hacían* sino por lo que *eran* (disidentes políticos o religiosos, mujeres, etc.).

La historia de los sistemas penales a lo largo de estos cinco siglos –cuando no existía el derecho penal liberal, o éste sólo se manifestaba en forma embrionaria–, es la historia de la infamia, de la opresión y de las injusticias cometidas desde el poder estatal absoluto, que empleaba para ello el *poder punitivo* (que provenía de detentar el *monopolio de la violencia*) como instrumento funcional a esos designios, y casi siempre legitimado por los comentaristas y estudiosos de cada época: “*Llama la atención...*” –afirma Zaffaroni– “*... la forma reiterada en que el saber jurídico-penal legitimó la búsqueda y aniquilamiento de enemigos a lo largo de la historia, aunque luego*

se arrepienta de las atrocidades y procure límites...” recién a partir de la aparición del derecho penal liberal ¹.

Los primeros pensadores ilustrados, a lo largo de los siglos XVII y XVIII –en Francia, en Inglaterra, en los Países Bajos, en Italia, en España– van a alzar la voz en contra de este poder inmenso, descontrolado y opresivo.

Fueron los partidarios de la Ilustración quienes reclamaron, en el contexto de demandas más amplias –como el desmantelamiento del absolutismo y su reemplazo por el modelo republicano de gobierno–, que se respeten unas mínimas consignas, en el *ejercicio del poder punitivo* por parte de los Estados.

Tales reclamos están resumidos, con una notable lucidez, en una obra fundamental, como es *De los delitos y de las penas*, de Cesare Beccaria, publicada en Italia en 1764.

Estas exigencias del movimiento de la Ilustración, dirigidas a quienes detentaban el poder en aquel entonces, comenzaron a ser receptadas no sólo en las legislaciones europeas y americanas, sino que, especialmente, fueron consagradas en las constituciones liberales que acompañaron el proceso de desmantelamiento de los regímenes absolutistas (que se dieron a partir de la Revolución Norteamericana, en 1776, y la Francesa, en 1789) y que en nuestra región latinoamericana se vio reflejada en los movimientos de emancipación de comienzos del siglo XIX.

Es en este contexto político revolucionario –que logró el progresivo derrocamiento de los regímenes monárquicos y nobiliarios y su reemplazo por Estados constitucionales y democráticos–, cuando se forjó el *derecho penal liberal*, tal como hoy lo conocemos, el cual está destinado a promover y defender estas flamantes garantías, dirigidas a limitar el abuso en el ejercicio del poder punitivo del Estado, justo en el momento en el cual los destinatarios de las leyes dejan de ser *súbditos* (sin derechos, ni garantías) para ser *ciudadanos* (es decir, “personas” en sentido jurídico).

Recordemos que hasta ese entonces, *la vida, la libertad o la dignidad humana* no eran reconocidas ni garantizadas por los Estados.

Así, de todos los derechos y garantías que pasaron a ser reconocidos en las constituciones de Europa y de las Américas, el derecho penal se va a concentrar en los principios que pretenden limitar al poder punitivo estatal en su faceta *sustancial* –mientras que el derecho procesal penal, se ocupará de las garantías que hacen a la faceta *formal* o *ritual*–, pues su misión primordial fue –y seguirá siendo– sostener la incolumidad de sus tres principios rectores: *legalidad, lesividad y culpabilidad*.

También para los estudios criminológicos resulta muy importante tener presente esta genealogía del derecho penal, porque nos revela claramente su patrón genético, limitador del ejercicio del poder punitivo estatal, tanto en miras a los delitos, como en cuanto a las penas.

En este sentido, nuestro saber no se ha movido un milímetro de esta concepción, y resulta necesario enfatizar más que nunca, no sólo a partir de la emergencia de regímenes autoritarios a lo largo de todo el siglo XX, sino también porque, en esquemas

1 Confr. su *Introducción* en Grisigni-Mezger, 2009, ps. 13 y 23.

formal y materialmente democráticos y republicanos, también existen las propensiones al abuso del ejercicio del poder punitivo.

No podía ser de otro modo, pues si tenemos en cuenta el formidable poder en manos del Estado proveniente del *sistema penal*, del cual se da cuenta a lo largo de esta obra que presentamos, la tendencia al exceso resulta una característica inherente a su sola vigencia.

Debemos recordar, en tal sentido, que “[l]a seguridad y la libertad de cada uno están en efecto amenazadas no sólo por los delitos, sino también, y a menudo en medida aún mayor, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y procesos sumarios, por controles arbitrarios y omnipresentes de policía, en una palabra, por ese conjunto de intervenciones que se conoce por el nombre de ‘justicia penal’ y que en la historia de la humanidad quizá ha costado más dolores e injusticias que el conjunto de delitos cometidos”².

Es decir, el desenvolvimiento de una sociedad sobre la base del Estado de derecho, con una Constitución vigente, si bien restringe notablemente los abusos e iniquidades perpetradas desde el aparato punitivo estatal (en comparación con los Estados absolutos o autoritarios), está claro que no los elimina, ni mucho menos: el solo hecho de que también en democracia se requiera de la existencia y funcionamiento de fuerzas policiales y penitenciarias, de agentes de aduanas, impositivos y de inteligencia, hace que los excesos y las presiones para expandir el poder punitivo sean una constante desde el mismo nacimiento de nuestras democracias y hasta nuestros días.

De allí entonces, que los estudios provenientes de la criminología, como campo de conocimientos perteneciente a las ciencias penales, sea fundamental en este terreno.

En la obra que aquí presentamos, orientada a servir de guía para cursos universitarios alrededor de la materias o contenidos específicos ligados a la criminología, la mirada está puesta, lógicamente, en los aspectos ontológicos que se analizan desde los discursos de la penalidad, y si hay algo que podemos destacar de antemano, es la claridad en el desarrollo de todos los conceptos y cuestiones relevantes acerca de esta materia.

Los siete capítulos en que se divide este libro contienen aspectos fundamentales.

En el Cap. I, a cargo de Nicolás Macchione y Teresita Pereyra, se parte de los fundamentos básicos del objeto de los estudios criminológicos: el ejercicio del poder punitivo del Estado y la política criminal. Para ello, ambos autores apelan especialmente, al autor nacional que quizás más haya trabajado estos temas en las últimas décadas, tanto desde la academia como desde la praxis: Alberto Binder. Macchione y Pereyra, además, no rehúyen el debate en torno de la cuestión de la seguridad como discurso posmoderno de ley y orden, y lo analizan de la mano de dos grandes expertos, uno local (Máximo Sozzo) y otro internacional (Alessandro Baratta).

En el Cap. II, Jorge Perano y Lyllan Luque acometen el siguiente paso lógico que debe darse en toda obra de este tenor: la búsqueda de una legitimación al castigo penal. El tema no es menor, ya que de ello depende el sostenimiento de un discurso que fun-

2 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1996, p. 344.

damente tanto la teoría como la actuación de los operadores jurídicos en la agencia judicial. En tal sentido, en este apartado se desgranar las teorías de la pena tradicionales (retributivas y preventivas), y se toma decidido partido por la teoría de la prevención especial, la cual, como sabemos, tiene el respaldo de haber sido consagrada en dos cartas internacionales de derechos humanos (como el fin de la pena de prisión), así como también en la legislación local destinada a darle un sentido a la ejecución de la pena privativa de libertad. No se deja de lado tampoco la descripción de la teoría agnóstica o negativa que actualmente sostiene Raúl Zaffaroni, junto con Alejandro Slokar y Alejandro Alagia.

El Cap. III –también a cargo de Perano y Luque– estará dedicado al análisis en particular de “El sistema penal” y de las agencias que lo conforman. Se trata de conceptos fundamentales no sólo para la criminología, sino también para la dogmática penal: no se puede abordar ningún aspecto de las ciencias penales sin manejar conceptos tales como el de selectividad o el de vulnerabilidad penal, mucho menos, sin comprender cómo funciona, en su interior, todo sistema penal, y sus agencias fundamentales (la policial, la judicial, la penitenciaria, los medios de comunicación, el parlamento, etc.), que siempre se encuentran en tensión entre sí. Además, es en este capítulo donde tiene entrada el plano del “deber ser”, cuando se hace referencia a la existencia de un sistema de garantías constitucionales, tanto penales como del proceso penal, llamado en su conjunto, a contener las pulsiones más autoritarias e irracionales del despliegue del poder punitivo del Estado.

También Jorge Perano y Lyllan Luque se hacen cargo, en el Cap. IV, de los pormenores de la “Ejecución de la pena privativa de libertad”, y para ello, se basan lógicamente en la ley 24.660, para efectuar un detenido estudio crítico de cada una de las etapas por las que atraviesa el sistema de compuertas que todo condenado debe atravesar para acceder a una serie de beneficios previstos en la ley. Es muy bienvenido que en una obra general del ámbito penal se aborde esta temática, casi siempre olvidada, como si el alcance del saber penal terminara allí cuando el tribunal dicta la sentencia, y librase a su suerte al condenado a partir de ese momento y hasta el cumplimiento total de ella.

El mismo espíritu, de iluminar aquello que casi siempre queda oculto (como es siempre el deseo de los factores de poder), inspira el Cap. V, en donde Lucas Crisafulli acomete, con una mirada franca y penetrante, el devenir “Del Código de Faltas al Código de Convivencia Ciudadana” de la Provincia de Córdoba. Para ello, el autor nos transporta en el tiempo a la época colonial, y desde allí encadena, uno tras otro, dolorosos ejemplos de los estragos que, a lo largo de los siglos, causaron las sucesivas manifestaciones de legislación penal de autor a las que, desde siempre, se apeló desde el poder para ejercer un cruel e implacable control social sobre los estratos más desfavorecidos de la población, o también, sobre aquellos grupos considerados peligrosos, sediciosos o enemigos al *statu quo*. Desde esa perspectiva histórica, es que se arriba finalmente al análisis del nuevo código sancionado en 2015, el cual, si bien suprime los elementos más repudiados de la normativa anterior, no deja de tener algunos aspectos inquietantes que no lo libran del todo de un empleo arbitrario y alejado de los preceptos constitucionales orientados a exigir siempre un derecho penal de acto.

En el Cap. VI, Jorge Perano y Nicolás Macchione presentan otra cuestión que le dan a esta obra un perfil de gran actualidad: nos referimos a las “Alternativas al sistema penal”, en especial, a la exploración, en las últimas décadas, de métodos de resolución

alternativa de conflictos (que incluso han movido a la ONU a emitir un documento oficial sobre el tema, recientemente ampliado), los cuales, de a poco, van ganando espacio en las legislaciones tanto a nivel nacional como en las provincias, por las cuales se pone en mano del agente fiscal, la llave para evitar la criminalización del acusado, que debe quedar siempre como el último recurso para resolver el conflicto suscitado a partir del hecho ilícito. Es en este capítulo donde tiene entrada por segunda vez el “deber ser” a través de la descripción del “sistema garantista” de Luigi Ferrajoli (plasmado en su monumental obra, *Derecho y razón*), seguido a continuación, por una descripción de las teorías abolicionistas (con todos sus matices), y las críticas que dichas propuestas han merecido, en especial, desde el garantismo penal.

Y así llegamos al Cap. VII, “Los desbordes del poder punitivo y el rol del abogado”, a cargo de Lucas Crisafulli, en el cual, como en todo final de cursada, los docentes a cargo efectúan un balance y extraen las conclusiones necesarias, que deben apuntar a darle un sentido concreto a la vocación propia de la formación de las y los abogados: si es cierto que todo el sistema penal está atravesado por la dialéctica permanente entre derecho penal-constitucional y poder punitivo estatal, si no hay agencia que escape a la pugna entre un modelo de funcionamiento más democrático y otro de tipo más autoritario, si no hay funcionario (judicial, policial, penitenciario) que no sea un campo de disputa entre el democracia y dictadura, este último capítulo resulta imprescindible: es fundamental que todo estudiante de derecho —y por ello, futuro operador del sistema de administración de justicia— maneje desde ahora todas estas cuestiones, para que tenga claro de qué lado de esta contienda se quiere enrolar.

Daniel Rafecas

Junio de 2021