



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023, 47-64
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7.802

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL VERGONZANTE DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

A CRITICAL APPROACH TO EUGENIO RAÚL ZAFFARONI'S THEORY OF SHAMEFUL CRIMINAL LAW

JORGE EDUARDO GARCÍA APAZA
Corte Superior de Justicia de Moquegua
(Moquegua, Perú)
Contacto: jedugarcia.27@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0007-2763-8521>

OLGA SOLEDAD COAGUILA TURPO
Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)
Contacto: Sol16coaguila.sc@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0009-0800-7622>

RESUMEN

La presente investigación aborda el desarrollo del concepto de derecho penal esgrimido por el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni desde una perspectiva crítica. Tiene como finalidad establecer las características de esta novísima propuesta. Como marco teórico hemos usado los conceptos que han elaborado el autor y la comunidad científica en publicaciones recientes. La metodología utilizada es la observación documental, mediante la elaboración de fichas bibliográficas. Como resultados hemos identificado

que se presentan diversas aporías en posición del autor sobre el abolicionismo, la aproximación marxista del derecho y el Estado, su propuesta del «Estado fraterno», entre otras. Como conclusión afirmamos que el *lawfare* es, en sentido estricto, un concepto no jurídico. Sostenemos que no es posible afirmar, como propone el autor, que sea la etapa de implementación del denominado derecho penal vergonzante.

Palabras clave: pena; garantismo; Estado.

Términos de indización: teoría legal; derecho penal; Estado (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

The present research deals with the development of the concept of criminal law proposed by the Argentinean professor Eugenio Raúl Zaffaroni from a critical perspective. It aims to identify the characteristics of this new proposal. As a theoretical framework, we have used the concepts developed by the author and the scientific community in recent publications. The methodology used is documentary observation, through the elaboration of bibliographic files. As a result, we have identified various aporias in the author's position on abolitionism, the Marxist approach to law and the state, and his proposal of the "fraternal state", among others. We conclude by asserting that lawfare is, strictly speaking, a non-legal concept. We argue that it is not possible to affirm, as the author proposes, that it is the stage of implementation of the so-called shameful criminal law.

Key words: punishment; guarantorism; state.

Indexing terms: legal theory; criminal law; State (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 18/01/2023

Revisado: 03/05/2023

Aceptado: 15/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: Los autores declaran no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

A propósito de la discusión sobre el *lawfare*, el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni postula que existiría un abuso del derecho penal que tiene el efecto de una onda expansiva en América Latina. Las víctimas de este acontecimiento serían los dirigentes de lo que denomina como «el campo popular», quienes terminarían presos o detenidos.

La política se traslada a los tribunales. Los medios de comunicación transmiten información parcial o sesgada, sin que se logre esclarecer lo que auténticamente pasa en los procesos judiciales. El derecho penal se transforma en un lenguaje inaccesible para el público sin conocimiento técnico, incluso, en muchos casos, para los propios abogados.

En este artículo pretendemos abordar la posición del profesor Zaffaroni desde una posición crítica. La teoría de la pena como una construcción negativa y agnóstica terminaría en el derecho penal vergonzante.

Para Zaffaroni, las transformaciones que tendría el derecho penal estarían condicionadas por un devenir histórico donde el elemento protagónico es el Estado en tanto monopolio de la producción normativa y entidad que ejerce el *ius puniendi*. El derecho penal se iría construyendo como una respuesta jurídica a un Estado que muta descontroladamente. En ese sentido, se puede coincidir con Zaffaroni con respecto a la historicidad del derecho (concretamente del derecho penal), pero la discusión tal como la plantea prescinde de un elemento que tiene un valor axiológico o metafísico: la justicia. La politización de la justicia o la judicialización de la política muestra su rostro cínico si olvidamos que existen derechos prepolíticos, anteriores al Estado como construcción histórica, y de origen en la naturaleza humana.

Ello no es algo que deba soslayarse: en las bases de nuestro sistema jurídico todavía abundan las referencias a una justicia a la cual se debe arribar. El desarrollo del objeto de nuestra investigación nos permitirá abordar la propuesta del profesor argentino para establecer sus aspectos positivos y los que deben ser materia de revisión y análisis.

2. HACIA UNA TEORÍA NEGATIVA Y AGNÓSTICA DE LA PENA

Rodrigues (2020) sostiene que Zaffaroni, en contraposición a las teorías legitimadoras de la pena que fundamentan el derecho penal moderno, propone una teoría deslegitimadora de la pena, la cual denomina «teoría agnóstica». El distanciamiento del profesor argentino con las teorías legitimadoras parte de una crítica a la legitimidad del sistema penal, que se fundamentaría en un «deber ser» en lugar de «el ser». Ese «deber ser» se encubriría bajo el discurso de la legalidad formal, como una justificación para el ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. Es decir, el derecho penal se inclinaría por la legalidad (la conformidad a la norma) y no necesariamente por la legitimidad como criterio axiológico y ético-legal.

Existe en esta aproximación una influencia claramente foucaultiana con respecto al poder disciplinar de las agencias del sistema punitivo del Estado, que afecta a sectores con mayores carencias de la población y sobre algunas disidencias. Así, la perspectiva disciplinaria expuesta por Foucault lleva consigo el dispositivo disciplinario, «una red de relaciones entre elementos heterogéneos (instituciones, [...], reglamentos, discursos, [...], disposiciones administrativas) que surgen con vistas a una determinada finalidad estratégica» (Ocampo-Salazar y Cardona, 2021, p. 122).

La teoría agnóstica surge del fracaso de las teorías positivas de la pena. Es una propuesta alejada del idealismo o la utopía que suele terminar en un estado de policía.

Según el autor argentino, la pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, pero que no repara ni restituye ni detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes (Zaffaroni, 2017). Su postura reconoce que la pena presenta una carga de negatividad al no

tener, como sostenían algunas teorías, un carácter positivo (por ejemplo, la resocialización). Y agnóstica en cuanto no se puede determinar *a priori* su función.

Consideramos, por tanto, que lo que sostiene el profesor Zaffaroni es un compromiso de carácter político que debe ponderar la utilidad de la pena y el poder punitivo dependiendo del caso concreto. En ese extremo, podríamos considerar que se presenta una aporía: la teoría de la pena negativa y agnóstica es en realidad una no teoría, en tanto deslegitima los discursos positivos y negativos de la pena; pero al mismo tiempo se puede deducir (lo menciona el autor) que el control de la punitividad estatal no debe ser abolido. Es decir, no se presenta el momento exacto en que el derecho penal debe ser abolido, lo que Zaffaroni plantea es su recuperación («el derecho penal verdadero») que se fundamente en un control al poder basado en principios o garantías plasmadas en las normas fundamentales.

3. BASES TEÓRICAS DE LA PENA EN E. R. ZAFFARONI

Para Zaffaroni (2020b), la ciencia penal se presenta como una anomalía jurídica. Ello como consecuencia de una falta de acuerdo entre los penalistas sobre el fin de la pena (y sus diversas teorías). También por el distanciamiento entre las supuestas teorías justificadoras de la pena y lo que ocurre realmente en las dinámicas del ejercicio del poder punitivo. Existirían, por tanto, tantas teorías de la pena como penalistas puedan elaborarlas: el autor propone dividirlos en tres, los que legitiman explícitamente el poder punitivo ilimitado (penalistas horripilantes), los que buscan su acotamiento o limitación (penalistas garantistas) y los que se ubican en algún punto intermedio (penalistas indecisos) (Zaffaroni, 2020b).

El derecho penal se desenvuelve, por tanto, en una realidad falsa. En ese sentido, Zaffaroni parte de un realismo epistemológico (ver la realidad tal como se presenta) que se aleja de los idealismos que se rigen por un imperativo categórico «deber ser» (Kant) o una finalidad teleológica como absoluta expresión de la autoconciencia que se realiza (Hegel). Este razonamiento se sostiene, desde la criminología, en una realidad mediatizada

que presenta al delincuente (sin contemplar la presunción de inocencia ni el nivel de aberración del supuesto delito) siempre como un homicida y violador (Zaffaroni, 2020b). Por ello, sin importar si existe una psicopatología presente, siempre lo asocian a una suerte de mal absoluto cósmico.

La evolución de las ideas en el campo del derecho penal permite identificar un paso fundamental entre los que sostienen un fundamento metafísico (la retribución para la expiación del pecado o la reparación frente a la violación de un hipotético contrato social) hacia aquellos que trabajan sobre bases más empíricas y que llegan, incluso, a una suerte de pragmatismo jurídico-penal (Bentham).

Detrás de todas estas ideas sobre la pena, se encuentra presente un modelo de Estado, ya que es el que detenta el poder punitivo y su uso. El trasfondo de esta discusión tiene, claramente, un componente político, el cual, sostiene el penalista argentino, imposibilita un consenso general. Por ello Zaffaroni considera que, en sentido estricto, la doctrina penal es un saber práctico y auxiliar (2020b) orientado a limitar el exceso del poder de policía. Existe, pues, para el autor estudiado, un vínculo entre el derecho penal y los modelos de Estado.

La posición del profesor Zaffaroni encontraría sustento en una escuela latinoamericana, la escuela de Recife, encabezada por Tobías Barreto (2020). Barreto sostiene que la pena no es un concepto jurídico, sino político. En consecuencia, tendría una única función.

Este escenario como diagnóstico de la situación del derecho penal y sus mecanismos condujeron al profesor argentino a una posición que no idolatre el punitivismo, pero tampoco ignore su peligrosidad limitándolo con formalismos. Como alternativa, Zaffaroni (2020b) propone una teoría agnóstica que actúe como contención, es decir, contener el poder punitivo dentro de límites racionales y humanos para evitar posibles desbordes letales. Ello también implica considerar que el derecho penal se encuentra inmerso en la dinámica del poder. Es decir, se debe permanentemente reconocer y verificar la coyuntura política y los potenciales peligros de un exceso en el ejercicio del poder.

Es importante observar que cuando Zaffaroni hace referencia al poder, esté considerando al mismo en uno de sus aspectos, tal vez el más espectacular: la fuerza del *ius imperium*, el monopolio de la violencia legal e institucional. No obstante, y desde una perspectiva político-constitucional, el poder es una manifestación de la política y su naturaleza puede presentar cierta ambivalencia. En ese sentido, sostiene D. Negro (1995) que se debe diferenciar, como planteaba Tomás de Aquino, la *auctoritas* de la *potestas*. La *auctoritas* es algo positivo y necesario para la sociedad. Se encuentra basada en un vínculo de carácter moral (la obediencia a la autoridad no es por el temor al castigo, sino por su carácter benéfico para la sociedad) y la *potestas* es propiamente la fuerza que conlleva el ejercicio de la autoridad.

La teoría de la pena en Zaffaroni es una no teoría, una teoría en los márgenes, una teoría disidente. Es una teoría que sostiene, desde una epistemología realista, que la pena es un hecho de poder deslegitimado. Sin llegar a posiciones abolicionistas (no sabemos, en ese sentido, por qué la secuencia lógica de su argumentación no arribó a una propuesta de abolición de la pena), se desenvuelve dentro de un cierto garantismo que, aunque el autor reniegue, bebe de la fuente del derecho penal liberal (García, 2021).

La teoría de Zaffaroni se sustenta en la existencia de un dato óntico. El dato óntico consiste en que «todo ser humano es persona». Consideramos necesario precisar que la referencia al dato óntico no permite determinar si estamos ante un dato ontológico y, si es así, a qué ontología está haciendo referencia el profesor argentino. La relación sobre el dato óntico guarda relación con un supuesto derecho penal inhumano que considera al otro (el enemigo) como una no persona.

Al no quedar clara la referencia a la naturaleza del dato óntico, es posible que se presenten confusiones, ya que la ontología no es una teoría única, exclusiva y excluyente. La ontología es una rama de la filosofía que estudia la realidad desde una aproximación metafísica. Sin embargo, se encuentra la aproximación ontológica en la filosofía hindú, el mundo clásico (sobre todo Aristóteles), el medioevo, la filosofía moderna y en

filósofos más contemporáneos como Husserl y Heidegger, entre otros. El nominalismo y el existencialismo fueron, *a contrario sensu*, corrientes que rechazaron la existencia de lo universal en sentido metafísico.

4. DE LA JUSTICIA PENAL AL GARANTISMO

El profesor Zaffaroni (2020a) arriba, como consecuencia del desarrollo teórico previo, a la posición de que el derecho penal es un «apéndice indispensable del derecho constitucional». El derecho penal cumple una función jurídica y política al contener el poder del Estado o, también, su degradación.

Zaffaroni (2017) denomina a este paradigma como «derecho penal humano». Más allá del carácter tautológico de la denominación, consideramos que esta pretende dar un mayor énfasis a la centralidad de la persona humana dentro del sistema punitivo.

Lo que el penalista argentino plantea es un dilema político, relacionado con la naturaleza del poder en la Edad Moderna. Con la creación del Estado-nación moderno, el poder se ha ido concentrando progresivamente en este, destruyendo todo discurso legitimador que vaya más allá de sus parámetros fundamentalmente ilustrados: secularización del poder, monopolización de la producción de la norma jurídica, anulación de todo derecho de origen no positivo, supresión del derecho romano como fuente del derecho subsidiaria, etc. Este fenómeno se acentúa con el advenimiento de los regímenes totalitarios que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial. Podemos afirmar que sin el crecimiento del Estado y su progresiva tecnificación, no hubieran sido posibles, por mencionar un ejemplo trágicamente relevante, los campos de concentración.

El control del poder es un tema que se planteó como desafío el constitucionalismo clásico, sosteniendo que mediante el Estado de derecho, la separación de poderes, la democracia, las constituciones, era posible evitar la concentración del poder en una sola persona o entidad (oligarquías, partido político, troika, etc.). Lo que no fue previsto por los teóricos del constitucionalismo clásico fue que el Estado se transforma en un ente artificial que tiende a la monopolización de todas las esferas de la realidad

(Negro, 1995). En la naturaleza del Estado se encuentra el germen de su carácter hegemónico y totalitario, devorando incluso la política al convertirla en una cuestión de gestión técnico-administrativa.

La presencia del Estado se deja sentir en todos los ámbitos de la realidad. En la década de los ochenta del siglo pasado, hubo un esfuerzo por reducir el tamaño del Estado sobre la base de la implementación de políticas liberales o neoliberales. Este liberalismo era de cuño economicista, no el que inspiró el constitucionalismo moderno. Por ello la principal área donde el Estado desistió de ejercer su injerencia fue la economía, dando paso a la existencia de un espacio liberado con forma de mercado global de intercambio de bienes y servicios. La desregulación estatal de la economía tuvo efectos ambivalentes, ya que en muchos países trajo un crecimiento económico importante, pero, paralelamente, una concentración progresiva del gran capital y el consecuente surgimiento de oligopolios en distintas áreas de la economía. También se liberalizó el mercado financiero, provocando que las especulaciones financieras, los fondos buitres, entre otros fenómenos, pongan a los diferentes Estados en situación de vulnerabilidad económica externa.

Otros teóricos argumentan que el poder se ha deslocalizado o ya no es propiamente estatal. En ese sentido, se puede considerar la aproximación del poder estatal en Occidente en el pensador francés Michel Foucault:

En este sentido, Foucault quiere subrayar que la particularidad de la forma de ejercicio de poder hegemónica en occidente a partir de la racionalidad de gobierno liberal tiene su condición de posibilidad en el despliegue reticular una multiplicidad de prácticas o artes de gobierno —de sí y de los otros— que producen finalmente, en su articulación institucional global, efectos de Estado. Esta perspectiva, que excluye la idea de que el Estado surge a partir de la integración centralizada de elementos de lo social, evita consecuentemente la interpretación clásica de que la institución eclesiástica cristiana medieval constituye una matriz significativa en la constitución de los sistemas jurídicos y de la administración territorial de los Estados modernos en occidente. (Catalina, 2023, p. 13)

Con el advenimiento del neoliberalismo, el poder estatal se reduce y aparecen determinados poderes fácticos que trascienden los límites de la estatalidad. Es el fenómeno que actualmente se denomina como «crisis de la soberanía del Estado» (Romero et al., 2021).

Así, el derecho penal como poder jurídico emerge para enfrentar a un poder real y discursivo deslegitimado. García (2021) sostiene que Zaffaroni, para desarrollar su argumentación, comparó el sistema penal con la guerra y el derecho humanitario con el derecho penal.

Otro enemigo del uso descontrolado del poder del Estado es la democracia. En ese sentido, Zaffaroni relaciona a la democracia con el garantismo:

Ferrajoli vincula inextricablemente democracia y garantismo, porque la democracia es «garantías». Cuando se ataca o se estigmatiza (en los medios que apoyaron dictaduras) al «garantismo», lo que se ataca es, detrás de esta crítica al exceso de «garantías» civiles (de los «delincuentes») la democracia constitucional: la legalidad jurídica, límite de todo Estado de Derecho. Sin garantías no hay democracia y no hay Estado de Derecho. En el marco del avance (normalización, dirá Gunter Frankenberg) del estado de «excepción» no sorprenden las continuas críticas mediáticas al «garantismo», es decir, a la sola idea de que el ciudadano («delincuente») debe contar con «garantías» y derechos básicos (como el debido proceso, igualdad ante la ley, etc.). La crítica al garantismo —en este marco internacional, de auge de la doctrina de seguridad nacional— no es casual, tampoco inocente. Tiene un objetivo deliberado (en el marco del crecimiento de los «riesgos», los «peligros», las «amenazas»: erosionar la legalidad en el derecho. Erosionar la confianza en la legalidad, desdibujando el sentido y el fin de sus basamentos: las garantías civiles). Imponer gradualmente la excepción como regla. (Zaffaroni y Croxatto, 2015, p. 383)

Así, el garantismo en la versión del profesor argentino sería, llanamente, la defensa de garantías y derechos básicos. La consecuencia de la

falta de protección de estos es la presencia de un estado de excepción. Lo vivido durante la pandemia global provocada por la COVID-19 refuerza la idea de la existencia de un estado de excepción permanente que formuló el filósofo Agamben:

La crisis política contemporánea, aquella que ha conducido a crear este gigantesco campo de concentración, exacerbado por el COVID 19, se basaría en que la teología política ha perdido casi todo terreno frente a la teología económica, un ámbito del poder que adquiere independencia y que no necesita justificarse en la voluntad de Dios, es decir, en un poder auténtico y trascendente, para gobernar. En esa fractura entre Dios y su praxis es que Agamben identifica el surgimiento de la «máquina gubernativa de Occidente», una máquina bipolar que separa la omnipotencia de Dios, del gobierno racional del mundo, es decir, el poder absoluto, de su ejercicio mundano. (Del Prado y Duque, 2021, pp. 116-117)

Sin alejarnos del objeto de nuestra investigación, consideramos necesario incluir un análisis sobre el jurista que más ha analizado el estado de excepción y su relación con la normatividad. Nos referimos al alemán Carl Schmitt:

En la teoría política de Carl Schmitt uno de los conceptos más importantes es la excepción y su relación con la norma. Para el autor alemán, una excepción es más interesante que la norma, porque se debe proteger la Constitución contra los ataques internos o externos que sufre el Estado, por parte de sus enemigos internos o externos (SCHMITT, 2013). Así, el objetivo que el Estado debe cumplir cuando regula los estados de excepción en el ordenamiento jurídico, es preservar la sociedad democrática y las libertades ciudadanas simultáneamente con la seguridad interna y externa; salvaguardando al mismo tiempo la *ratio juris* y la *ratio status*. (Tobón et al., 2021, p. 5)

5. EL VERDADERO DERECHO PENAL Y EL DERECHO PENAL VERGONZANTE

Los hechos políticos que vienen ocurriendo en los últimos años en América Latina exigen una deconstrucción del lenguaje judicial. La denominada guerra judicial penetra en la porosa pátina de la doctrina y el proceso penal.

Existiría un «verdadero» derecho penal que, según Zaffaroni (2020b), es aquel que los juristas han ido construyendo para contener y limitar el ejercicio del *ius puniendi* de los Estados. Al respecto, podemos extraer varias reflexiones. Desde el plano epistemológico, parece que el autor desliza la idea de forma subrepticia, de que el campo de conocimiento lo construyen quienes producen las ideas. Es decir, la ciencia se definiría por la actividad de quienes la estudian o desarrollan, no por la existencia de un objeto formal y material en esta, que vaya más allá de lo que «puedan decir» los juristas. Nos encontramos, por tanto, con una posible falacia en la construcción lógica del autor estudiado: ¿la ciencia se legitima por el consenso de la comunidad científica? Esta aproximación tiene un origen foucaultiano, sobre todo cuando nos remitimos al Foucault que estudia la episteme de los estudios sobre las patologías psiquiátricas:

De esta manera, cuando se habla acerca de la hegemonía del funcionalismo en las ciencias sociales [...] significa que hay un proceso de dominación ideológica por parte de esta visión positivista, que es aceptada de manera pasiva por los grupos subalternos que se relacionan con los estudios de fenómeno social y organizacional, que admiten como una especie de «sentido común» aceptado por la mayoría; por tanto, terminan justificando el ejercicio del poder. Este tipo de dominación asumirá una manifestación también en el discurso que, por medio de sus prácticas discursivas, tendrá incidencia en el contexto social. (Abad, 2021, p. 26)

El derecho penal moderno tiene sus bases en la Ilustración, concretamente en el marqués de Beccaria. Ese derecho penal clásico luego

fue derecho penal positivista, derecho penal crítico, derecho penal mínimo, derecho penal restaurativo, etc. La postura del autor contiene un elemento axiológico y un condicionamiento histórico que este, parece, no esclarece o niega tácitamente. En todo caso, haciendo una interpretación amplia, podríamos considerar que la teoría que defiende Zaffaroni es de aplicación de las condiciones actuales de América Latina, sin pretensiones *urbi et orbi*.

La teoría del derecho penal vergonzante tendría como origen un error en la concepción de los abogados, pero, sobre todo, de los jueces: el *ius puniendi* no lo ejercen los jueces. Ignorando la realidad, los juristas crean discursos que pretenden legitimar el sistema actual. El verdadero *ius puniendi* lo ejercen las agencias de represión estatal. Esas agencias «colaboran» con el juez, pero ejercen, ellas mismas, su represión y su control. El derecho penal se convierte en un derecho administrativo policial, un poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas (Zaffaroni, 2020a).

La represión irracional recae, funcionalmente, en las corporaciones policiales, las cuales se alejan de las estructuras de las agencias formales de represión gubernamental para consolidar una «autonomización» (Zaffaroni, 2014).

No podemos ignorar que el Estado facilita, con su crecimiento y tecnificación, un manejo más eficiente y sutil del poder represivo. En ese aspecto, acierta Zaffaroni con respecto a la identificación de quien ejerce realmente la violencia legítima.

Este derecho penal vergonzante aparece bajo determinadas condiciones: se debe prever, para el inicio del movimiento de la maquinaria represora estatal, un enemigo que encarne el mal absoluto. La lucha, en tal caso, se convierte en una cruzada. Desde una aproximación social y política, este escenario de confrontación aparece en momentos de extrema polarización. La política como medio de superación de antagonismos y consolidación de pactos y consensos que garanticen la gobernabilidad desaparece. La lucha política se convierte en una lucha religiosa.

Zaffaroni no es ajeno a la lucha política y toma posición en esta. Su adhesión a los movimientos populistas en América Latina es bastante explícita:

Los movimientos *populistas* latinoamericanos suelen presentar muchos defectos, pero nunca estos —ni incluso su eventual violencia— alcanzaron ni lejanamente los límites de crueldad de los impulsos regresivos. Si bien esto no debe hacer pasar por alto los defectos, no es posible dejar de reconocer —en todo momento— que el balance general del siglo pasado y de lo que va del presente, muestra que sin ellos no se hubiese ampliado la base de ciudadanía real y seríamos muchos los que hubiésemos podido sucumbir a los riesgos de ser latinoamericanos: haber sido abortados, carecer de proteínas en los primeros años y no desarrollar nuestras neuronas, desaparecer por enfermedades infantiles o endémicas, padecer disminuciones físicas y mentales irreversibles, ser analfabetos, carecer de toda posibilidad de acceder a estudios terciarios, etc. Sin los *populismos*, nuestras sociedades serían hoy continuadoras del *quasifeudalismo* del *porfiriato* mexicano, del *coronelismo* brasileño, del *patriciado* peruano, de la *oligarquía vacuna* argentina o *del estaño* boliviana. (Zaffaroni, 2018, p. 338)

Los populismos (a los cuales se le debería, sostiene el profesor argentino, quitar su connotación peyorativa) pueden contener la imposición del denominado Estado gendarme o policial. Consideramos que la apuesta política de Zaffaroni es válida, aunque, desde un plano académico, carece de los suficientes argumentos lógicos que permitan entender el salto cualitativo que logre superar la abusiva imposición del Estado gendarme mediante la apuesta por los populismos latinoamericanos.

La forma política que propone es el Estado fraterno (Zaffaroni, 2018). De inspiración peronista, pero en un sentido «más universal», esa forma estatal pretende aunar la libertad y la igualdad con la fraternidad. Es un Estado que debe ofrecer «defensa y resistencia» al colonialismo.

Retomando el análisis sobre los orígenes del derecho penal vergonzante, Zaffaroni (2020b) sostiene que parte de la deslegitimación del discurso de derecho penal vigente se relaciona con su poca eficacia para solucionar los problemas que se le presentan: «el poder punitivo le promete [a la humanidad] resolver lo que no se resuelve».

El distanciamiento de cierto idealismo doctrinario alejó, según Zaffaroni, la tarea de contención del poder punitivo, sustituyéndola por modelos racionales (no reales) normativistas. A este divorcio entre el derecho penal y la realidad social, Zaffaroni (2020b) lo denomina como «derecho penal decapitado».

El enemigo al cual se enfrentan los Estados y que coadyuva a la transformación del derecho penal en un derecho penal vergonzante es, según el profesor argentino, el capital transnacional financiero. Se pretende desmontar la política redistributiva que impusieron los denominados gobiernos populistas mediante el ajuste fiscal, la disciplina estereotipada a los delincuentes de subsistencia, el asesinato de estos o mediante el endeudamiento público.

El derecho penal vergonzante se activa, en esta coyuntura, mediante una venganza mediática contra los políticos populares (en su libro *¡Bienvenidos al lawfare!*, Zaffaroni utiliza el término populares, sin embargo, por la implementación de sus políticas económicas y sociales, la ciencia social la denominaría como populistas) y las masas estereotipadas de pobres. En el caso de los políticos, sostiene que se les inventa delitos y se fusionan intereses corporativos de los medios de comunicación, los servicios secretos y parte de la judicatura (jueces dóciles). Para los pobres, el encarcelamiento masivo en prisiones superpobladas, ejecuciones sin procesos y torturas policiales.

A nivel institucional, este entramado se consolida mediante la denominada guerra judicial (*lawfare*) como una etapa más del desarrollo del derecho penal en Latinoamérica. Sostiene Zaffaroni que a esta deformación institucionalmente patológica de la función jurisdiccional se le llama *lawfare* (guerra judicial), es decir, un confuso revolcadero de «corruptos» de alto vuelo, minorías del mundo judicial, agentes de servicios secretos, comunicadores, (de)formadores de opinión y monopolios mediáticos (Zaffaroni, 2020a).

6. CONCLUSIONES

- El autor destaca, como diagnóstico antes de empezar su teorización, que existiría actualmente un derecho penal funcional a los fines del neoliberalismo. Se presentaría una tendencia hacia la constitucionalización del derecho penal, así como a la administrativización del ejercicio directo del poder punitivo.
- No se puede establecer con claridad si la teoría de Zaffaroni es generalizable. Parece que es una teoría para Latinoamérica. También persiste la aporía que se encuentra en la afirmación de Zaffaroni con respecto a una ilegitimidad del sistema penal, pero que se mantiene precariamente sin abolir nada (García, 2021).
- Si la teoría de la pena termina siendo una cuestión política, Zaffaroni se acerca a los postulados del marxismo clásico que sostiene que el Estado es una expresión de los intereses de clase (estructura) y el derecho uno de sus instrumentos de dominación (superestructura). Pero, y es importante precisarlo, Zaffaroni se pronuncia (2017) con respecto a la teoría marxista del Estado y del derecho. Afirma que Marx acierta al interpretar la utilización del derecho como instrumento de los intereses de clase en ese momento histórico. Lo que hoy vivimos, señala el penalista argentino, es distinto a esa realidad.
- La apuesta política del profesor Zaffaroni nos lleva a una conclusión grave. No es posible dejar de reconocer la valía intelectual del profesor en su área de especialización, ya que esta es parte de la episteme que se desarrolla en el tiempo y alimenta la producción académica. Sin embargo, cuando se trata de cuestiones políticas, entramos al ámbito de la doxa. Por ello, es una falacia (falacia de autoridad o argumento *ad verecundiam*) sostener que el populismo como opción política es mejor o superior que los otros regímenes solo porque el penalista Zaffaroni lo afirma.
- Es por lo menos discutible la existencia del *lawfare* tal como lo entiende Zaffaroni, así como la de muchos investigadores que parten de premisas jurídicas para explicar un tema que pertenece al área de las relaciones

internacionales y a los estudios militares. El *lawfare*, en ese sentido, no es la última etapa del derecho penal vergonzante. Es una táctica de guerra no convencional.

REFERENCIAS

- Abad, A. (2021). (Re)visitando los conceptos de episteme y discurso en Foucault. *Revista de Historia, Patrimonio, Arqueología y Antropología Americana*, (4), 22-35. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4322008>
- Catalina, C. (2023). Reflexiones sobre las herramientas de Michel Foucault para el análisis del pastorado eclesiástico en la época medieval. *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 22(2), 1-29. <https://recyt.fecyt.es/index.php/encrucijadas/article/view/94130>
- Del Prado, C. y Duque, G. (2021). Agamben tiene razón: COVID 19 y estado de excepción permanente. *Bajo Palabra*, (27), 105-124. https://revistas.uam.es/bajopalabra/article/view/bp2021_27_005
- García, N. (2021). *Raúl Zaffaroni criminólogo. Un estudio del autor a la criminología de América Latina* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional del Litoral.
- Negro, D. (1995). *La tradición liberal y el estado*. Unión Editorial.
- Ocampo-Salazar, C. A. y Cardona, J. D. (2021). La quinta dimensión del poder: analítica de la gubernamentalidad en los estudios organizacionales. Estudio de caso del municipio de Medellín, Colombia. *Innovar*, 31(79), 117-132. <https://doi.org/10.15446/innovar.v31n79.91897>
- Rodrigues, E. (2020). *Estudo crítico da função da pena no ordenamento jurídico brasileiro à luz da teoria agnóstica de Eugenio Raul Zaffaroni*. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília. <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14210>
- Romero, C., González, A. y Betancourt, E. (2021). La crisis de la soberanía del estado. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(1), 70-79. <https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/350>

- Tobón, M. L., Mendieta, D. y Gasparetto, A. (2021). Los modelos constitucionales de los estados de excepción en época de crisis global. *Revista Jurídica*, 3(65), 1-35.
- Zaffaroni, E. R. (2014). Friedrich Spee. El origen del derecho penal crítico. *Revista Culturas Jurídicas*, 1(1), 117-142. <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45078/25906>
- Zaffaroni, E. R. (2017). *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*. Hammurabi.
- Zaffaroni, E. R. (2018). ¿Estado gendarme o Estado fraterno? *Revista Derechos en Acción*, (7), 335-347. <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/5680/4695>
- Zaffaroni, E. R. (2020a). *Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal*. Editores del Sur.
- Zaffaroni, E. R. (2020b). Derecho penal y criminología sociológica: integración y desintegración. *Derechos en Acción*, (16), 25-58. <https://doi.org/10.24215/25251678e415>
- Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. L. (2015). El espionaje masivo como un (nuevo) crimen de agresión. *Pensar en Derecho*, (7), 325-399. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/7/el-espionaje-masivo-como-un-nuevo-crimen-de-agresion.pdf>