

## LOS DESAFÍOS DEL PODER JUDICIAL \*

E. Raúl ZAFFARONI \*\*

SUMARIO: I. *Poderes judiciales, democracia y derechos humanos.* II. *El retroceso de la eficacia de los derechos humanos.* III. *El modelo autoritario mundial del poder punitivo.* IV. *La función judicial en la encrucijada.* V. *El poder de los jueces.* VI. *La esencia del poder jurídico de los jueces.* VII. *Los peligros del judicialismo.* VIII. *Alguna conclusión.*

### I. PODERES JUDICIALES, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

Es menester tener clara conciencia de la encrucijada en que se hallan en nuestros días los poderes judiciales, pues de ello dependerá mucho más de lo que por norma suponemos e imaginamos los jueces y operadores. Si bien nadie puede pretender la existencia de fenómenos sociales y políticos monocausales, sin duda que serán fuertemente dependientes de nuestras actitudes el futuro de la democracia, la vigencia efectiva de los derechos humanos y, por ende, en buena medida, el devenir mismo de la humanidad. Sin duda que el temor ante semejante responsabilidad nos instiga a pensar que esto último es una exageración. No obstante, creo que eso no pasa de una negación como racionalización o mecanismo de huida ante la responsabilidad real y verdadera que nos incumbe.

La humanidad ha luchado contra el absolutismo y ha creado los derechos individuales en las Constituciones. Luego las clases sumergidas han peleado contra la explotación y se han creado los derechos sociales.

\* Conferencia pronunciada en la Escuela de Verano del Poder Judicial, Galicia, La Coruña, junio de 2005.

\*\* Profesor en la Universidad de Buenos Aires. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Más tarde, cuando la barbarie mató a millones de personas fuera de las guerras coloniales, apareció la ciudadanía mundial, o sea que los derechos individuales y sociales se conglobaron y asumieron carácter internacional. Pero todo este esfuerzo por crear el deber ser de una ciudadanía del mundo, o sea, por dotar de personalidad internacional a los individuos como personas (y ya no sólo a los Estados), está subordinado a lo que cotidianamente hagamos todos los jueces en el mundo para que ese deber ser (que es un ser que si debe ser es porque no es o, por lo menos, no es del todo) devenga ser. Todas las convenciones nacionales de derechos humanos son reaseguros respecto de los derechos internos o nacionales, pues los derechos humanos cobran realidad y se traducen como bienes en la vida de los habitantes mediante nuestra labor judicial cotidiana, por modesta que pueda parecerlos. Los tribunales internacionales son supletorios, operan apenas cuando las instancias internas no han funcionado adecuadamente, son de excepción reasegurante, pero lo que debe funcionar antes son esas instancias internas en las que operamos día a día. Y este funcionamiento cotidiano es fundamental, porque los derechos meramente proclamados, pero no exigibles, o sea, el deber ser que nunca llega a ser, resulta una parodia despreciable que las personas acaban arrojando lejos, como falsa moneda con la que nos han defraudado, lo que priva de jerarquía ética al derecho frente a los impulsos violentos.

De la efectividad de los derechos humanos depende la posibilidad externa de desarrollo de la existencia de los individuos como personas, sin la cual no puede hablarse de ciudadanos, y sin éstos no se concibe la democracia; sin democracia no se concibe la paz, pues no hay ciudadanía, sino sólo súbditos en una visión orgánica de los Estados cuya soberanía se ejerce sólo como capacidad de declarar la guerra. Como veremos, la negación de los derechos humanos provoca —inevitablemente— la construcción de enemigos y ésta conduce a la destrucción, que en nuestra época de revolución tecnológica adquiere dimensiones masivas sin precedentes.

## II. EL RETROCESO DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos se han ido reclamando y proclamando como consagraciones del deber ser en distintas épocas y se van realizando de modo disparatejo. En la actualidad se operan regresiones en varios sentidos.

En el derecho internacional hallamos regresiones tanto en el *jus ad bellum* como en el *jus in bello*. La llamada guerra preventiva configura una clara violación al primero; el tratamiento de prisioneros constituye un desconocimiento abierto de los principios de Ginebra. La descalificación política de personalidades e instituciones de incuestionable prestigio y objetividad lo confirma ampliamente.

En los derechos internos o nacionales, la tendencia a desconocer los derechos llamados de segunda generación o sociales se manifiesta en el impulso transnacional para suprimir el derecho laboral, lo que en el plano fáctico se logra con el desempleo y la precarización laboral. La conflictividad social que desata este fenómeno en todos los órdenes, por golpear centralmente las pautas de conducta de la cultura industrial o productiva, se traduce en graves errores de conducta de tipo criminal, que van desde el incremento de la violencia familiar hasta la anomia adolescente y juvenil y todas sus manifestaciones (producto de la incapacidad de inserción laboral y estudiantil), desde el aumento del consumo de alcohol y otros tóxicos hasta el de las tasas de aborto.

En estas circunstancias, quienes no parecen reparar en las causas de estos procesos sociales negativos pretenden resolverlos mediante el empleo del poder punitivo, para lo cual refuerzan los mecanismos de represión, no sólo contra ellos, sino también contra las manifestaciones que denuncian la violación a los derechos individuales y sociales, o sea, mediante la criminalización de la protesta social.

El sistema penal deja de lado las garantías tradicionales del derecho penal liberal, en homenaje a una supuesta mayor seguridad jurídica, planteándose la falsa alternativa garantías o seguridad. Por mucho que la alternativa sea ridícula, pues es obvio que las garantías son para seguridad (y para ello se pensaron y obtuvieron en largas y sangrientas luchas), lo cierto es que obtiene incluso el consenso de teóricos importantes que revelan inteligencia en el saber jurídico, pero parecen ignorar el mundo en que viven y algunas enseñanzas elementalísimas de la historia y de la sociología.

El modelo autoritario del derecho penal y procesal penal se difunde por el mundo desde los Estados Unidos, que hace tres décadas, por efecto de las administraciones republicanas, ha dejado de ser un país normal en cuanto a su sistema penal ha pasado a sobredimensionar su aparato represivo hasta hacerlo significativo para sus tasas de empleo y funcional para su economía tercerizada. La propaganda de este inmenso y moderno aparato de generación de empleo se lleva a cabo a través de los medios de co-

municación social, que exceden el ámbito local para mundializarse como comunicación de entretenimientos, de noticias y de opinión. Casi todo el material televisivo norteamericano constituye, directa o indirectamente, publicidad masiva de su sistema punitivo y recalca permanentemente la idea de que el único modelo válido de solución de conflictos es el violento y el punitivo. La vieja y sana tradición liberal y humanista de los Estados Unidos es negada en la práctica actual de su sistema penal.

La rigidez vindicativa del sistema, por supuesto, no sirve para controlar los fenómenos de violencia, pero eso no parece importar, desde que, como es sabido, el poder punitivo —al menos cuando se desvía hacia la satanización inquisitoria— persigue claramente objetivos que nada tienen que ver con los de prevención que proclama (hoy resulta claro que la función política de la Inquisición que carbonizaba mujeres no era la de combatir a Satanás).

### III. EL MODELO AUTORITARIO MUNDIAL DEL PODER PUNITIVO

a) El poder punitivo de nuestros días responde a un modelo que cada vez se aleja más del tradicional. No existen códigos como los del siglo XIX y buena parte del pasado, que tipificaban unos cincuenta delitos por todos conocidos y universalizados, con algunas extraordinarias ocurrencias locales sin mayor importancia diferencial. El ámbito de la criminalización primaria se ha extendido en tal forma que ni siquiera los técnicos conocemos todos los tipos penales de nuestras legislaciones nacionales. Este fenómeno ha sido bautizado como *inflación penal* y, más cultamente, como *administrativización del derecho penal*; quizá la denominación correcta sería la de banalización de la *tipificación penal*. Todo ello sin contar con que los tipos penales suelen ser farragosos, oscuros, indefinidos. No es raro que, debido a presiones internacionales, se adopten tipos penales con redacción extraña a la tradición continental europea, propia de países que no tienen claras las reglas de la participación y, por ende, contengan una increíble multiplicidad de verbos.

b) La idea de *prevención* transita del derecho penal al internacional, y viceversa, con suma facilidad, toda vez que la pena y la guerra son fenómenos que guardan cercano parentesco. Por ende, la tipificación cada vez se aleja más de la lesión a un bien jurídico y procura atrapar actos preparatorios muy previos a toda tentativa, acudiendo a ficciones de peligro que violan abiertamente el principio de ofensividad. Estamos cerca de tipificar

la fabricación de paños púrpura, como en el decadente imperio romano, considerada preparatoria del asesinato del emperador. La introducción de la *conspiracy* anglosajona en algunas legislaciones tiende claramente a eso, habida cuenta de que se trata de la figura que emplearon los jueces del *common law* a medida que el *statute law* les iba cortando la posibilidad de crear tipos penales.

c) Al aumento desordenado de los tipos penales, con frecuentes reiteraciones y difíciles superposiciones, se agrega el no menos desordenado aumento de las penas, que desequilibra el orden de valores de todas las legislaciones: la vida o la libertad valen menos que la propiedad, el interés fiscal del Estado más que la vida, etcétera.

d) La descodificación penal es un hecho: suelen ser muchos más los tipos penales en leyes especiales y en leyes no penales que los codificados, o sea que regresamos a las Recopilaciones y a las *Ordenações*, sólo que redactadas en mal castellano o portugués.

e) En la legislación procesal penal se impulsan leyes acusatorias, pero se deja abierta la puerta a los procedimientos abreviados o negociados, que si bien en sí no son criticables, no puede pasarse por alto que resultan inquisitorios cuando se deja abierta la posibilidad de su empleo extorsivo en los hechos. De esa manera, los procesos realmente acusatorios se limitan a los delitos más graves, en tanto que se libran los de menor gravedad a una presión procesal de difícil control y alta selectividad.

f) Suele racionalizarse esto y la lesión a otras garantías procesales afirmando que esas garantías deben correr parejas con la magnitud de las penas amenazadas, lo que pasa por alto la mayor frecuencia de falsas imputaciones de delitos menores, la mayor arbitrariedad y explotación policial a su respecto y, además, que la imagen directa del sistema penal se recibe a través de los hechos de menor gravedad, que son los que están más cerca del común de las personas. En definitiva: una persona inocente se halla en mayor riesgo de ser condenada por un delito menor que por uno más grave, lo que parece, según esas racionalizaciones, que debe servirle de consuelo, debiendo saber que si mata a toda su familia debe estar tranquilo, porque será juzgado con todas las garantías.

g) Como si se tratase de una invención premoderna, se introducen premios a la delación de los cómplices y coautores, de claro origen inquisitivo, criticados hace más de dos siglos por Beccaria. Es decir, que si un sujeto, además de ser un delincuente de gravedad, es un psicópata que ni

siquiera introyecta la moral delictiva, es premiado por el Estado, todo ello sin contar con la muy relativa verosimilitud de sus dichos. Se lo llama *arrepentido*, cuando en realidad no está arrepentido de nada. También se autoriza a agentes del Estado a cometer delitos contra personas inocentes para obtener información, o sea, que se pretende que los jueces instiguen la comisión de delitos para penar delitos. Se argumenta que se lo hace con límites, pero en casos de necesidad exculpante (vida contra vida) el argumento naufraga.

h) Se han inventado testigos anónimos, de modo que el primer marido de la actual esposa del procesado pueda ser testigo sin que éste lo pueda tachar u observar, al menos hasta el último momento, pues ignora de quién se trata. No podemos omitir tampoco la referencia a la propuesta, practicada en algunos países, de jueces y fiscales sin rostro.

i) En los años setenta del siglo XIX doña Concepción Arenal —es bueno recordarlo aquí en Galicia— escribió palabras preclaras de crítica a las prisiones preventivas prolongadas, destacando su carácter punitivo e irreversible, lo que parece que hasta el presente no ha sido escuchado ni por los legisladores ni por muchos jueces. En la Provincia de Buenos Aires tenemos hoy al 75% de los presos procesados, y en América Latina no hay país que no supere largamente el 50%. Garófalo, contemporáneo de doña Concepción, con su habitual torpeza —por no decir su incomparable y sincera brutalidad— lo consideraba normal, porque si estaban presos por lo general iban a ser condenados, de modo que era justo que se los sometiese a esa pena. En 1933 los nazis reformaron la ley procesal para considerar la prisión preventiva como una medida de seguridad normal para todo acusado. El derecho procesal vigente prefiere asimilarlas a las medidas cautelares del proceso civil, olvidando que la vida no se puede devolver (y el tiempo es vida), con iguales consecuencias que la legislación nazista y ocultando el pensamiento garofaliano bajo el manto de la racionalización civilista.

j) De hecho, lo anterior significa que el proceso penal se invierte, pues la pena se cumple antes de la condena, siendo la sentencia definitiva una suerte de revisión de la verdadera condena, que se pronuncia con el auto que dispone la prisión preventiva. En tales condiciones el derecho de ejecución penal pasa a cumplir un papel muy reducido, limitado a los delitos graves e incluso en ellos parcialmente.

k) Las características autoritarias del modelo se agudizan con datos de hecho de los países llamados en desarrollo. Las policías se autonomizan,

cercando al propio poder político, cobran capacidad de recaudación propia, prohíben la sindicalización de su personal para asegurar una preferencial distribución cupular, el sistema se corrompe, se pretende luchar contra la corrupción usando un sistema penal muy vulnerable al propio fenómeno, se resienten los controles, la eficacia preventiva secundaria se debilita, se imponen penas perpetuas a menores, se toleran apremios ilegales y torturas, aumenta la morbilidad y mortalidad carcelaria, las prisiones se convierten en campos de concentración, se mantienen presos en sedes policiales, se producen ejecuciones sin proceso y se las muestra como signo de eficacia preventiva, el porcentaje de presos provisionales supera el 80%, etcétera.

A diferencia de los autoritarismos de entreguerras, este autoritarismo carece de teóricos. Sólo se alimenta de propaganda, o sea, de métodos publicitarios. Padece una orfandad teórica en el plano académico realmente increíble. Sólo en algunos organismos internacionales, dado que son financiados por los segmentos oficiales de los países cuyos gobiernos están interesados en imponer el modelo, son objeto de documentos internacionales de baja calidad teórica, autocalificados como *pragmáticos* con clara actitud de soberbio desprecio teórico, producidos por personal contratado o estable que satisface esas exigencias, y en los que se postulan sus pretendidos beneficios. No obstante, incluso estos documentos no están referidos necesariamente a todos los aspectos de los autoritarismos penales, sino sólo a los que interesan particularmente a los financiadores. El resto de las violaciones a derechos humanos está ausente de las discusiones en los congresos y eventos internacionales que reúnen a los aspirantes a ser contratados para producir esos documentos.

El discurso penal autoritario es de tan baja calidad que no resiste la teorización. Tampoco parece necesitarla, pues le basta con la propaganda vindicativa, llevada a cabo directamente a través de la comunicación de entretenimientos e indirectamente mediante formadores de opinión y servicios de noticias que se montan en ella como modo de obtener fácil audiencia. El discurso publicitario es absolutamente irracional, dado que impacta en forma directa sobre lo emocional; esta característica lo hace especialmente idóneo para la televisión, vehículo privilegiado de su difusión. A diferencia del nazismo, del fascismo, del stalinismo, no hay segmentos académicos serios implicados en la construcción discursiva, a tal punto que con frecuencia se muestran falsos académicos, como en la propaganda corriente de productos dentales o médicos.

#### IV. LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA ENCRUCIJADA

El autoritarismo penal pone sitio a los políticos, que son amenazados por los medios de comunicación social. La actual televisación de la política, que la deteriora a un espectáculo disolviendo las viejas redes locales, coloca a los políticos en directa dependencia de los medios de comunicación y de los empresarios de éstos, situación que los hace especialmente vulnerables. El político que resista o denuncie la publicidad es rechazado o simplemente ignorado, pues desacredita el producto más rentable del momento, que es el sistema penal (quizá sólo puede compararse con el fútbol). En muchos países latinoamericanos las noticias policiales y el fútbol se distribuyen los mayores metros cuadrados de periódicos y las horas de televisión, a lo que se agregan los programas de bajo costo, con premios y participación del público.

Los políticos se hallan prisioneros del medio publicitario del que dependen y operan en consecuencia, algunos por temor, otros por oportunismo y siempre, como explicaremos más adelante, por impotencia ante los problemas sociales. Éstas son las condiciones en que se sancionan las reformas penales en nuestro tiempo de globalización.

Los jueces tenemos la suerte de no estar sometidos a elecciones populares periódicas; no obstante también se pretende intimidarnos y con frecuencia los políticos se suman al carro de los medios. De todas maneras, gozamos de esa ventaja de la que los políticos no disponen. Tenemos en nuestras manos la interpretación de las leyes y, en primer lugar, como es natural, de las Constituciones y de los tratados internacionales, regionales y mundiales de derechos humanos, que son hoy parte de nuestras legislaciones internas, conforme a la tesis del derecho único. Es nuestra función dar vigencia en esta encrucijada a los principios de legalidad, de ofensividad, de humanidad, de proporcionalidad, de inocencia, de debido proceso y, en general, a todas las garantías tan trabajosamente obtenidas a lo largo de siglos. Agotar la interpretación de las leyes ordinarias en el marco de las leyes de mayor jerarquía es nuestra tarea en este momento, por supuesto que corriendo con los costos de deterioro publicitario que eso implica, pero respecto del cual la condición de inamovilidad nos repara, aunque a veces quizá no del derecho a una promoción justa en la carrera.

Si los tipos penales son difusos, pues se trata de interpretarlos en el sentido más restrictivo que la letra permita; si no hay lesión a bien jurídico al-



guno, pues se declara que en el caso no existe lesión ni peligro; si la prisión preventiva es excesiva, se debe conceder la excarcelación en cumplimiento de la jurisprudencia internacional que nos obliga; si el mínimo penal es absurdo, se deben entender que los mínimos son indicativos y que prevalece el principio de culpabilidad, etcétera. Tenemos a nuestra mano los recursos en cualquier manual de nuestra materia, y sería sobreabundante insistir en lo que todos sabemos.

Sin duda que el segmento político reaccionará y los argumentos serán los de siempre: *¿Quiénes son estos caballeros y estas damas a quienes nadie ha votado, para enmendarnos la plana a los que representamos al pueblo? ¿Con qué autoridad estos burócratas aristocráticos se oponen a lo que la democracia decide? ¿Quién les ha autorizado a desvirtuar las leyes del Parlamento? ¿Estamos acaso en una dictadura de los jueces?* De estos argumentos es que deseo hacerme cargo para concluir. Digamos, de paso, en cuanto a la dictadura de los jueces, que es la única dictadura que se pretende mostrar como amenaza, pero que nunca a ha existido, en tanto ha habido muchísimas dictaduras por parte de los estamentos que la esgrimen como pretendido peligro.

## V. EL PODER DE LOS JUECES

La memoria histórica suele ser frágil, especialmente cuando no se la cultiva, como con demasiada frecuencia sucede en el saber penal, donde de pronto suele *descubrirse* lo que desde siglos se conoce. Los cuestionamientos a que me he referido antes se formularon, por cierto que con mucho más refinamiento y elaboración que ahora, hace unos ochenta años. Son los cuestionamientos de Carl Schmitt en su famoso debate con Hans Kelsen, en los años veinte del siglo pasado.

Contra el control judicial de constitucionalidad se levantaba el *concepto de lo político* de Schmitt. Para quien poco después fuera el *Kronjurist del Dritte Reich*, la esencia de lo político se hallaba en una bipolaridad. Del mismo modo que la esencia de lo ético (lo bueno y lo malo), de lo estético (lo bello y lo feo), de lo económico (lo rentable y lo no rentable), la de lo político yacía en la oposición entre amigo y enemigo. De este modo, la esencia de la política fincaba en la individualización del enemigo.

Era para Schmitt el único modo de neutralizar el caos de la guerra de todos contra todos, que tomaba del absolutismo de Hobbes, aunque le enmen-

daba la plana por considerarlo poco absolutista. En su estudio sobre Hobbes, Schmitt le observó una contradicción, pues el inglés se limitaba a un absolutismo controlador de la conducta externa. Con razón desde el punto de vista absolutista, objetaba Schmitt que Hobbes dejaba abierto el camino hacia un derecho de resistencia a la opresión (al soberano), lo que sucedería cuando el Estado se entrometiese en el fuero interno, cosa que Hobbes no resolvía ni se planteaba. Era la fisura por la que, según Schmitt, se introduciría en la teoría hobbesiana el pensamiento judío disolvente.

Esta esencia del acto del político, o sea, la individualización del enemigo, no admitía resistencia alguna al poder soberano, depositado por entero en éste con el contrato social, y, por ende, decisivo en los momentos de crisis. ¿Quién debía decidir, por ende, en los momentos de crisis y, consecuentemente, asumir la custodia de la Constitución? ¿El político o el juez? La respuesta de Schmitt era obvia: el político, que en los momentos de crisis individualiza al enemigo, y no el juez, que es un burócrata que sólo sirve para decidir en los momentos de normalidad.

El político asume en Schmitt la tutela o custodia de la Constitución decidiendo qué normas constitucionales tienen jerarquía sobre otras y suspendiendo las de menor jerarquía en beneficio de las de vigas maestras. Así, apelando a la jerarquización de las normas constitucionales (argumento favorito de todos los golpes de Estado), implomó la *Weimarergrundgesetz*. Si los comunistas atacaban a la república, el principio republicano debía defenderse por sobre los restantes y, por ende, el político debía destruir a los comunistas. Lo mismo con los judíos y los socialdemócratas y los católicos y los luteranos y todos los que se opusiesen al principio republicano y al *Führerprinzip* luego. Por cierto que esa no era tarea de los jueces, y lo grave fue que la corporación judicial alemana no se inmutó. Proveniente del imperio guillermino, enemiga ideológica de la República de Weimar, siguió su camino. Cuando suprimieron a los jueces judíos se alegró con la producción de vacantes que posibilitaban promociones, y cuando se creó el *Volksgesetz* para juzgar los delitos políticos también, pues le ahorra trabajo y complicaciones. Lamentablemente, todos murieron en sus respectivas camas, no así una parte del pueblo alemán ni los cincuenta millones de muertos en la guerra. El resultado de tal indiferencia todos lo conocemos, y estimo que nadie en su sano juicio pretende repetirlo y menos con el potencial destructor de la tecnología actual.

¿Es la tradición del contractualismo de Hobbes la del derecho penal liberal? ¿Acaso hoy doctrinariamente pretendemos ignorar nuestra propia

historia? Algo así parece estar sucediendo. Frente al contractualismo hobbesiano se alzaba en su momento en la propia Inglaterra el de Locke, que admitía la resistencia a la opresión. Un siglo más tarde fue un penalista alemán —el más lúcido e inteligente sin duda— quien retomó el discurso de Locke y fundó realmente el derecho penal liberal: *Johann Paul Anselm von Feuerbach*. Precisamente escribió un *Anti-Hobbes*, en el que señala que el soberano es un mandatario, que recibe el mandato de preservar la paz y evitar la guerra, y que cuando opera en contra de ese mandato deja de ser soberano y se convierte en un vulgar tirano, al que se puede hacer resistencia porque ya no es más el soberano, ha violado su mandato. Con esto se señala otra contradicción de Hobbes, pues éste tampoco explica cómo el soberano sigue siendo tal cuando en lugar de garantizar la paz interior promueve la guerra civil.

Feuerbach fue quien, incluso mucho mejor que Kant (que desconocía el derecho de resistencia siguiendo a Hobbes), perfeccionó la distinción entre moral y derecho en el siglo XIX y marcó más claramente que Hobbes el límite al poder del Estado frente a la moral, ya no como fuero interno meramente, sino como un ámbito de autonomía en que nos es dado actuar contra el imperativo categórico.

Mucho más realista es la metáfora del contrato en el planteo liberal que en el absolutismo hobbesiano: para Hobbes hay un único contrato; para el liberalismo, dos contratos. En el primero se establece la sociedad y los derechos, en el segundo se aseguran los derechos en el Estado. De allí que los derechos sean anteriores al Estado. Los derechos existen aunque no se los reconozca: el esclavo tiene derecho a la libertad, aunque se le desconozca. La sociedad es anterior y diferente del Estado. Antes del Estado no hay una fantaseada guerra de todos contra todos, sino una sociedad en la que los derechos están imperfectamente asegurados. La pretendida ridiculización de Locke es absurda; el mundo precontractual liberal no es un pacífico besar y acariciarse bucólico entre seres humanos, sino un mundo con los derechos insuficientemente garantizados. Esto está más cerca de la realidad antropológica que la fantástica invención de un mundo en que todos se matan permanentemente, que acabaría siendo un mundo de muertos y, como es sabido, los muertos no contratan. El propio Hobbes, como no sabía dónde meter su mundo precontractual, afirmaba que había ejemplos en América, que en ese momento estaba muy lejos. Seguramente sus seguidores actuales dirán que se halla en algún planeta de una constelación lejana.

En esta oposición entre Hobbes y Locke en el siglo XVII y entre Kant y Feuerbach en los finales del XVIII, yace la diferencia fundamental entre un derecho penal absolutista y otro liberal y, en definitiva, entre el Estado de policía y el Estado de derecho. No se puede legitimar el derecho penal absolutista sin hacerlo, al mismo tiempo, con el Estado de policía, negando todo derecho de resistencia y admitiendo como preferible el sometimiento a cualquier opresión, porque un poder punitivo sin límites es de la esencia del Estado de policía, donde todos están sometidos a la voluntad del que manda. ¿Qué es un totalitarismo sino un Estado donde el poder punitivo no tiene límites jurídicos, sino sólo políticos? ¿Qué fueron la *Gestapo* o la KGB sino policías operando el poder punitivo sin límite jurídico?

## VI. LA ESENCIA DEL PODER JURÍDICO DE LOS JUECES

Cuando se afirma que la esencia de lo político radica en la definición del enemigo, se está hablando de guerra. Sin la fineza del pensamiento político de Schmitt, pero con mayor brutalidad, el ya mencionado Rafael Garofalo había dicho en su inefable *Criminología* que el delincuente es el enemigo interno del Estado, tal como el soldado extranjero es el enemigo externo en la guerra. Según Schmitt, no hay política liberal, sino sólo crítica liberal a la política. Tampoco hay un concepto de humanidad, sino, como antes había dicho el reaccionario, el autor de las *Veladas de San Petersburgo*, no hay *hombres en abstracto*, sino franceses, ingleses, alemanes, italianos, etcétera. En este sentido, tampoco habría política criminal liberal, sino sólo una crítica liberal a la política criminal. En el sentido schmittiano la política criminal liberal no pasaría de ser la crítica liberal a todos los poderes punitivos que pretendieron su ejercicio ilimitado fabricando enemigos, desde Satanás en el siglo XIII hasta la cinematográfica producción de enemigos que se opera desde la caída del bloque soviético. La única política criminal sería, pues, la de la Inquisición y sus sucesoras en línea directa.

¿Será cierto esto último? En muchos casos es verdad: si por política criminal entendemos el poder del Estado lanzado a eliminar delincuentes, tal como se la concibió por el positivismo, la política criminal se confunde con el impulso del poder punitivo del Estado, en manos de las agencias ejecutivas. En este marco, llevaba toda la razón Franz von Liszt, pese a las limitaciones de su tiempo: el derecho penal era el límite a la política criminal; ambos actuaban en sentidos opuestos; el derecho penal era la conten-

ción del impulso del poder punitivo. Y esto sigue siendo válido. La única objeción a Von Liszt es que se equivocaba cuando pretendía que el derecho penal es la carta magna del delincuente, pues en verdad es la carta magna del ser humano.

La respuesta puede ser negativa si se concibe de otro modo a la política criminal, pero cabe preguntarse si una concepción diferente de la política criminal puede seguir llamándose de esa manera o se confunde con la política general. No es cosa que deba responderse en el marco limitado de esta exposición, pero vale la pena dejar apuntada la cuestión: ¿una verdadera política de prevención no se superpone, al menos en su mayor parte, con la política general entendida en el sentido de pacificación que debe tener toda política liberal y que Schmitt negaba?

Volviendo a la cuestión anterior: pocas dudas caben acerca de que el poder punitivo (omitamos la referencia a la política criminal de momento) y el derecho penal se enfrentan. Nuestra función judicial, primariamente, cumple la tarea de protagonizar constantemente este enfrentamiento.

Si dejásemos de existir los jueces y las mismas leyes penales, si desapareciese de pronto el derecho penal ¿qué sucedería? ¿Desaparecería el poder punitivo? ¿Se desataría la guerra de todos contra todos? No, en modo alguno: las agencias ejecutivas actuarían sin límite, el poder punitivo se desbocaría, nuestras policías se convertirían en nuevas *Gestapos* o *KGBes* o milicias fascistas o *Totonmacoutes*. El Estado de derecho desaparecería, se convertiría automáticamente en un Estado de policía. El que manda tendría el poder absoluto.

Es muy extraño que nuestros doctrinarios se ocupen de discutir casi obsesivamente la función de la pena, aunque repitan desde hace doscientos años las mismas teorías con idénticas palabras, y no hayan reparado que la función más importante del derecho penal es la contención del poder punitivo para garantizar la supervivencia del Estado de derecho, constantemente amenazado por las pulsiones del Estado de policía, que no es más que una cápsula que lo encierra. Somos el principal elemento de esa cápsula que impide la explosión del Estado policial, de ese corsé que evita la eclosión del poder punitivo que arrasaría todas las libertades y todos los derechos.

Quien debilita el poder jurídico de contención de los jueces en busca de mayor seguridad es un suicida que no cae en la cuenta de que pierde toda la seguridad. Se ilusiona quien cree que las peores amenazas para su vida, su propiedad, su libertad provienen de los infractores a la norma penal, cuan-

do en realidad han sido los poderes punitivos desbocados como esencia de los Estados de policía los que más vidas, libertades y propiedades han destruido, pero no mediante las guerras, sino mediante sus poderes punitivos funcionando sin limitaciones. No fueron acciones bélicas el holocausto, el genocidio armenio ni el *Kmer rojo*;  *fueron acciones policiales*. No fueron acciones bélicas las que mataron miles de personas en las dictaduras sudamericanas, sino acciones policiales, llevadas a cabo por ejércitos a veces, pero en función policial y no militar propiamente dicha.

¿Con qué autoridad decide el juez contra la mayoría coyuntural en un determinado momento? Con la que le confiere la Constitución, para garantizar el elemental derecho de esa mayoría a cambiar de opinión. La llamada *democracia plebiscitaria* ilimitada no es ninguna democracia, porque desconoce la posibilidad de cambiar de opinión de esa misma mayoría. Una Constitución es una ley más difícil de derogar o modificar, justamente porque quiere preservar al sistema de las decisiones de las mayorías coyunturales, y esa tarea nos incumbe a los jueces, por mandato constitucional. Si nos dejamos atemorizar o pretendemos subirnos al carro oportunista de la coyuntura de opinión, traicionamos nuestra misión y perderemos todo el respeto al que podamos aspirar.

## VII. LOS PELIGROS DEL JUDICIALISMO

No sería razonable cerrar esta exposición sin antes llamar la atención sobre un fenómeno vinculado a lo expuesto y productor en buena medida del modelo autoritario en curso. Nuestros políticos, de todos los colores y tendencias, no sólo se montan en el carro del autoritarismo vindicativo por oportunismo o por temor, sino también por impotencia. La globalización ha reducido notoriamente el poder de decisión del estamento político, que se ha empobrecido notoriamente. El discurso único actual no se impone desde los políticos a los medios, sino de los medios a los políticos. Los últimos no tienen posibilidad de resolver eficazmente muchos problemas sociales, porque no se les permite llevar a cabo cambios estructurales, sino sólo cambios y retoques menores. Como el espectáculo debe seguir y la política se ha convertido en mediática, el Estado mismo deriva en espectáculo muchas veces, y los políticos yerran al seguir actuando como si tuviesen un poder del que carecen. En definitiva, pierden en buena medida el consenso, y las continuas oscilaciones electorales lo revelan (cuando no las crisis que

hacen sucumbir partidos y dirigentes), con el riesgo de provocar un desprecio hacia la política, con todos los peligros que ello implica. Se pierde el sentido pedagógico de la política, su dimensión más importante en beneficio de una actuación en la que lo principal es lo que se proyecta y lo secundario lo que se hace en la realidad. Esta impotencia de la época hace que todo fenómeno indeseable se tipifique, fomentando la ilusión de que de ese modo se resuelve.

Es parte de un desplazamiento de responsabilidad del poder político partidista al poder de los jueces, que, obviamente, carecemos de la posibilidad de resolver problemas sociales generales. Esto es el *judicialismo* como nuevo desafío a los poderes judiciales. En la medida en que no reaccionemos frente a esta tendencia cargaremos una responsabilidad que no nos incumbe y, con ello, cargaremos con la de no dar respuesta a los problemas sociales. El desprestigio caerá sobre nosotros y no sobre los poderes políticos partidistas. Éste es el riesgo que debemos afrontar en forma inmediata.

Si bien el sentido común nos indica que muy poco y a veces nada podemos hacer los jueces para resolver el problema de las migraciones, de los adolescentes sin inserción estudiantil ni laboral, de los desempleados, de las toxicodependencias, del terrorismo internacional, de la corrupción en gran escala, de los tráfico de altísima rentabilidad, de los mil fenómenos indeseables que produce la globalización, en la medida en que los poderes políticos partidistas y sus agencias no se ocupen de ellos en serio, la propaganda del discurso único de medios asegura que todos estos problemas se hallan en nuestras manos, los políticos de todos los sectores los descargan en nosotros, y si callamos, estamos admitiendo un juego que sólo conduce a nuestro desprestigio.

Es urgente llamar la atención sobre esto, incluso apelando a los propios medios de comunicación, y devolver a los problemas su verdadera naturaleza, negando toda posibilidad de creación de una artificial naturaleza *judicial o penal*, que sólo puede favorecer una mayor incapacidad de solución efectiva, pues cuando un problema es sustraído a su propio ámbito no puede resolverse. Nadie puede resolver un problema social partiendo de la premisa de que se trata de un problema jurídico, como no se puede resolver un problema económico creyendo que es una cuestión química. El secuestro epistemológico de un problema lo eterniza.

## VIII. ALGUNA CONCLUSIÓN

Los desafíos no son pocos, tampoco menores. No obstante, tenemos una considerable experiencia personal e histórica. Tenemos, además, una responsabilidad cultural: los países que abandonan sus tradiciones y traicionan su cultura pronto se derrumban. El poder sin discurso se debilita, el poder desnudo no tiene mucha vida. Un grave error fue la subestimación de los discursos, frecuente en algunas izquierdas, pero no en los dictadores, que de poder siempre supieron. Es llamativo que hoy lo descuide a tal grado el poder hegemónico mundial. Sería muy ingenuo creer que le pasa por alto, siendo más probable que la propia irracionalidad de su ejercicio le impida elaborarlo con mayor nivel.

Cuidar un discurso que empalme con nuestra cultura es fundamental en este momento del mundo, si aspiramos a influir para mejorarlo en un futuro cercano. Personalmente, creo que a Europa le incumbe una buena parte de esta tarea, y sería catastrófico para todo el planeta que desperdicie su cultura, arrojando por la borda todos los muertos que le ha costado adquirirla. En buena medida es a los jueces, tanto a los europeos como a los que seguimos su tradición jurídica, a quienes corresponde marcarle los límites a los políticos que pretendan apartarse de ella. Vuelvo al comienzo: es difícil asumir esta responsabilidad, aceptar que es incumbencia judicial, pero lo es y si fallamos, las generaciones futuras, si sobreviven, nos cargarán la culpa. Espero que nadie se sienta aliviado pensando que para entonces estaremos muertos.