

**Enfrentarse con uno mismo. Un debate con Eugenio Zaffaroni sobre el Estado de Derecho**

Mauro Cristeche\*

**Resumen.**

En el presente trabajo me propongo abordar una de las principales construcciones teóricas del Dr. Eugenio Zaffaroni: la *dialéctica* entre Estado de Derecho y Estado de policía.

El análisis se centra en el método a partir del cual el autor se enfrenta al problema de la organización política en el sistema social capitalista. Pretendo también identificar los datos fácticos y las herramientas teóricas puestas en juego, indagar sobre la *tarea estratégica* que plantea, y al mismo tiempo señalar su utilidad científica y política.

**Abstract.**

In this paper, I aim to explore one of the main theoretical constructs of Dr. Eugenio Zaffaroni, the dialectic between Right State and Police State.

The analysis focuses on the method the author uses for facing the problem of political organization in the capitalist social system. I also propose to identify the facts and the theoretical tools involved, and to investigate the *strategic task* posed, as well as stressing its scientific and political utility.

---

\* El autor es Abogado (UNLP). Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Becario del Consejo Nacional de Investigación Científica y Técnica (CONICET). Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, y miembro del Instituto de Cultura Jurídica de dicha Facultad.  
Email: [maurocristeche@yahoo.com.ar](mailto:maurocristeche@yahoo.com.ar)

## Enfrentarse con uno mismo. Un debate con Eugenio Zaffaroni sobre el Estado de Derecho

Mauro Cristeche

### 1- Introducción. Propósitos del trabajo

En el presente trabajo me propongo abordar una de las principales construcciones teóricas del Dr. Eugenio Zaffaroni: la *dialéctica* entre Estado de Derecho y Estado de policía.

Del fenómeno mencionado, según las hipótesis del autor, se desprenden algunas consecuencias relevantes. Una de ellas es la necesaria construcción de *enemigos* por el poder punitivo y la tendencia a la *absolutización* del poder del Estado, en detrimento del Estado constitucional de derecho.

Por ello, y –según él- a diferencia de la mayoría de los autores, propone como *tarea estratégica* la “contención de las pulsiones del Estado de policía”, a partir de una visión *dinámica* del movimiento histórico del Estado de Derecho.

El análisis se centra en el método a partir del cual el autor se enfrenta al problema del Estado en el sistema social capitalista.

Pretendo identificar los datos fácticos y las herramientas teóricas puestas en juego, al mismo tiempo que señalar la utilidad científica y política de su propuesta. Utilizaré como texto de referencia la obra de Zaffaroni *El enemigo en el derecho penal*<sup>1</sup>, pues es en ese trabajo donde el autor desarrolla en extenso sus tesis respecto de la dialéctica entre Estado de Derecho y de Policía.

La hipótesis de la que parto, tomando como referencia un trabajo anterior de mi autoría, es que la construcción de Zaffaroni es eminentemente *descriptiva* y no se propone conocer las *determinaciones* del fenómeno en cuestión. En consecuencia, todas las estrategias propuestas a partir de un *no conocimiento de las determinaciones*, inevitablemente, no pueden dejar de tener un carácter puramente *voluntarista*.

### 2- Planteo general del problema. El estado y la búsqueda de la verdad

#### 2.1- La “dialéctica” entre el Estado de Derecho y el Estado de Policía

En otro trabajo de mi autoría (Cristeche, 2009), he pretendido, efectivamente, exponer que las construcciones de Zaffaroni son el resultante de una visión *estática* y *abstracta* de los fenómenos a

---

<sup>1</sup> Zaffaroni, Eugenio, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2007. El autor es Abogado (UNLP). Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Becario del Consejo Nacional de Investigación Científica y Técnica (CONICET). Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, y miembro del Instituto de Cultura Jurídica de dicha Facultad. Email: [maurocristeche@yahoo.com.ar](mailto:maurocristeche@yahoo.com.ar)

los cuales se enfrenta, utilizando como estrategia metodológica recurrente la construcción de *modelos ideales*, de los cuales no logra apartarse al momento de intentar dar una explicación a los fenómenos reales.

Muy probablemente, ello se deba a una actitud científica deliberada, que se corresponde con una crítica que el Dr. Zaffaroni efectúa a, lo que él mismo ha denominado, “las visiones *macro*”<sup>2</sup>. Para el autor, con *visiones* “tan macro”, esto es, con *visiones* que pretenden comprender los fenómenos a partir de sus determinaciones más profundas, “no se puede hacer nada”, “y lo que nos aqueja es la necesidad de hacer algo”<sup>3</sup>.

El primer problema que presenta la construcción teórica de Zaffaroni es, entonces, un problema de **método**. Y ello es particularmente relevante en la obra de Zaffaroni, pues es perfectamente reconocible que el autor no es de los juristas que “se queda en la teoría”, sino que su trabajo teórico tiene como finalidad la acción política. En otras palabras, con sus construcciones teóricas, Zaffaroni nos propone un pasaje a la intervención en los problemas sociales planteados.

Cuando Zaffaroni se enfrenta a la problemática del poder punitivo y de la construcción de *enemigos* por el derecho penal, lo hace a partir de enfrentar “dialécticamente” el Estado de Derecho y el Estado de Policía<sup>4</sup>.

Según sus estudios, desde hace por lo menos 8 siglos, conviven en la sociedad humana dos tipos de Estado, que permanecen en un constante enfrentamiento. El mayor predominio de uno sobre el otro, determina el carácter más *absolutista* o más *liberal* del Estado, ahora concebido como una forma única. Veamos cuáles son sus tesis respecto del fenómeno: “El *Estado de derecho* es concebido como el que *somete a todos los habitantes a la ley*, y se opone al *Estado de policía*, en que *todos los habitantes están subordinados al poder del que manda*. El principio del Estado de derecho es atacado, desde un extremo, como ideología que enmascara la realidad de un aparato de poder al servicio de la clase hegemónica (Poulantzas); y defendido, desde otro, como una realidad bucólica con algunos defectos coyunturales. Cabe separarse de ambos extremos, pues **la historia muestra la dinámica del paso del estado de policía al de derecho**, lo que impone una *posición dialéctica*: *no hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino sólo estados de derecho*

---

<sup>2</sup> En varios pasajes del texto de referencia, puede observarse esta apreciación. De todos modos, se recomienda a ese efecto, ver el Debate Zaffaroni-Altamira, llevado a cabo en la Facultad de Derecho, UBA, el 7 de septiembre de 2009. Puede verse en [www.po.org](http://www.po.org).

<sup>3</sup> Debate Zaffaroni-Altamira, citado.

<sup>4</sup> La obra *El enemigo en el derecho penal* comienza con la siguiente frase: “Este ensayo aborda la dialéctica entre el Estado de derecho y el de policía”. (2006,p. 9).

*históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran.*” (Zaffaroni, 2000; p. 6)<sup>5</sup>

Es posible observar, en primer lugar, una construcción fundada a partir de la utilización de conceptos *ideales*, esto es, de representaciones que surgen estrictamente del *pensamiento*, como una suerte de *deber ser*. El propio Zaffaroni reconoce esto al decir: “Las descripciones de ambos (Estado de derecho y de policía) **corresponden a modelos ideales**. Es posible **descubrir en la historia una tendencia al progreso del Estado de derecho**, que sufre marchas y contramarchas. El simplismo no consiste en distinguir los modelos para aclarar los objetivos, sino en ignorar la historia...” (2006;p. 42)

De modo que se explicita, en la primera parte de la frase citada, una actitud deliberada del autor en cuanto al método de construcción teórica. No obstante, ya en el plano de lo real, no deja de abandonar este idealismo. Así: “Frente a los conflictos, la actitud del estado de derecho y la del estado de policía son claramente antagónicas, pues mientras el estado de derecho pretende resolver los conflictos sociales y, por ende, sus agencias se conciben como proveedoras de soluciones, el estado de policía pretende suprimir los conflictos y, por ende, sus agencias se conciben como realizadoras de la voluntad supresora...*en cualquier ejercicio del poder político institucionalizado en forma de estado, el estado de derecho y el estado de policía coexisten y pugnan, como ingredientes que se combinan en diferente medida y de modo inestable y dinámico*. **El estado de policía nunca desaparece del todo, debido a que cada agencia pretende extender su poder hasta el arbitrio, porque parece ser inherente a la dinámica del poder la competencia y el estímulo para eludir las reglas establecidas...**En cualquier estado real se hallan...pugnando en su seno dos tendencias: una que tiende a conservar y reforzar el poder vertical arbitrario (estado de policía), junto a otra que tiende a limitarlo y horizontalizarlo (estado de derecho). La primera se inclinará por suprimir los conflictos, disciplinando jerárquicamente a los seres humanos según su género, clase, etnia, color, ingresos, salud, elección sexual, capacidad contributiva, etc. Si cada uno se mantiene en su correspondiente nivel jerárquico, no habrá conflictos. **La segunda se inclinará a resolver los conflictos manteniendo la paz social en base a soluciones que satisfagan a las partes y operen entre personas consideradas en pareja dignidad**” (p. 42 y 43).

Luego, Zaffaroni indica que el Estado de derecho *contiene los impulsos del estado de policía que encierra*, en la medida en que resuelve mejor los conflictos (provee mayor paz social). El poder punitivo sólo puede, “como máximo”, *suspender los conflictos*, dejando que el tiempo los

---

<sup>5</sup> Cursiva en el original, negrita agregada. En adelante, las negritas me corresponden, salvo indicación contraria.

*disuelva*, lo que “dista de ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto (lo petrifica) y la dinámica social, que continúa su curso, *lo erosiona hasta disolverlo*”<sup>6</sup>. Finaliza su idea afirmando que “*el volumen de conflictos suspendidos por un Estado, guardará relación inversa con su vocación de proveedor de paz social y, por ende, será indicador de su fortaleza como estado de derecho*”.

Aparecen conviviendo dos Estados: uno “bueno”, el otro “malo”. Ello, según el autor, podría observarse por lo menos desde hace ocho siglos. El estado de derecho tiene como fin proveer a la paz social; el de policía, la dominación de unos sobre otros. En el primero lo bueno y lo posible lo decide la mayoría, respetando derechos de las minorías, para lo cual ambas necesitan someterse a reglas más permanentes; donde la justicia pertenece a todo ser humano por igual y donde la ley significa sometimiento a leyes (reglas) preestablecidas. En el segundo un grupo, clase o segmento dirigente encarna el saber acerca de lo que es bueno y posible y su decisión es ley; donde la conciencia de lo bueno pertenece al grupo hegemónico y el sometimiento a la ley es sinónimo de obediencia al gobierno (ver p. 42).

De esta elaboración, eminentemente *idealista*, se desprende que Zaffaroni concibe al Estado como una entidad abstracta, separada de la realidad, de las relaciones sociales de las que es expresión. Por eso convierte al **poder punitivo** en un fenómeno inherente a la sociedad humana, que “no desaparecerá nunca” porque “*parece ser inherente a la dinámica del poder la competencia y el estímulo para eludir las reglas establecidas*”. Lo mismo podríamos decir de la **vocación de proveedor de paz social** encarnada en el Estado de Derecho.

Con esta idea, Zaffaroni pierde de vista cualquier tipo de concepción *histórica* sobre el fenómeno estatal, e inclusive hay un descuido completo en cuanto a la pretensión de construir conocimiento a partir de develar sus causas. No hay ningún dato empírico que ampare sus afirmaciones; o por lo menos el autor los omite.

Cuando traza una linealidad de ocho siglos a esta parte, evidentemente, está desconociendo u ocultando las determinaciones que surgen de los diferentes modos de producción social sobre los que se yergue la organización política. Esto es, antes de indagar sobre las formas concretas que asume la organización política en el modo de producción capitalista y el carácter y manifestación de sus determinaciones, elige presentar un fenómeno (el enfrentamiento del Estado de derecho y el de policía) como formas abstractas respecto de las cuales no se conocen sus determinaciones. En

---

<sup>6</sup> Según el propio Zaffaroni, su teoría se ubica dentro de las concepciones “conflictivistas” de la sociedad, por oposición a las concepciones “consensualistas”. El estudio de su obra muestra, más bien, elementos de ambas, evidenciando muchas contradicciones en este sentido.

consecuencia: es imposible extraer del análisis de Zaffaroni un reconocimiento de las necesidades objetivadas en la forma Estado, de las potencias históricas que se han realizado para configurar tal o cual forma de organización política de la sociedad. Mucho menos del contenido (la esencia) que hay detrás de esas formas.

Para Zaffaroni, la dialéctica entre el estado de derecho y el estado de policía se traduce en el campo penal en la más amplia o restringida admisión del trato punitivo a seres humanos privados de la condición de personas (Zaffaroni, 2006, p. 9). Según él, la construcción del enemigo en el derecho penal es un fenómeno que viene desde Platón y que hace ocho siglos se presenta bajo la forma de *emergencia*. Así: “**La política liberal tiene un único contrincante desde hace ocho siglos** (el estado de policía) y, por lo tanto, puede acumular experiencia: la política inquisitorial es errática, pues para inventar un enemigo debe desmontar la legitimación del precedente...” y “el poder punitivo fue el principal y mayor agente de la lesión y aniquilamiento de bienes jurídicos en forma brutal y genocida a lo largo de toda la historia de los últimos ocho siglos” (p. 118). La paradoja de estas afirmaciones es que, el poder punitivo, que antes aparecía como algo inherente a la sociedad humana (“desde Adán y Eva”), ahora tiene un origen concreto: viene desde Platón y se manifiesta como emergencia desde “hace ocho siglos”. Por supuesto que Zaffaroni no desarrolla sobre sus determinaciones. Resulta muy dificultoso, entonces, entender su posición. Si por un lado afirma que se crean enemigos desde los tiempos de la “creación” (Adán y Eva), si luego el fenómeno viene desde Platón, para terminar diciendo que la forma en que se manifiesta actualmente viene desde hace ocho siglos, no puedo menos que concluir que presenta como un producto *natural* lo que pretende presentar como producto *histórico* del propio desarrollo de la sociedad; y que convierte al fenómeno en una *abstracción*.

Por otro lado, y considerando que todo fenómeno social es el producto de la acción humana, de relaciones entre personas, y no, por el contrario, un devenir natural, no resulta sencillo identificar en el análisis de Zaffaroni, sujetos o clases sociales que, en su caso, encarnan al estado de derecho y al estado de policía; lo que dificulta aún más la consistencia de sus observaciones. Si bien plantea que “el ser humano no es concebible fuera de relaciones interactivas (de cooperación o conflicto) que van creando estructuras de poder que aparecieron en sociedades pequeñas, se extendieron, y abarcaron todo el planeta”, al momento de construir sus “modelos ideales”, la referencia a los sujetos desaparece por completo. Sólo identifica, vagamente por cierto, a quienes son beneficiarios o víctimas del Estado: “*seres humanos según su género, clase, etnia, color, ingresos, salud, elección sexual, capacidad contributiva, etc.*”.

## 2.2- Cuando la conciencia es la que determina la realidad

Según mi criterio, no resulta forzado afirmar que Zaffaroni *naturaliza* el poder punitivo; y en ese sentido, concibe a los sujetos, y eventualmente a las clases sociales, como portadores de una *natural* propensión a la opresión. La consecuencia inevitable es que también existiría una *natural* propensión a la resistencia a esa opresión. Con lo cual, lo que hace es *naturalizar* y *eternizar* el sistema social en el que vivimos; pues, si es cierto que los hombres llevan innato un instinto de opresión y de resistencia a la opresión, el capitalismo se transforma, de un sistema social histórico, en un sistema social eterno, que no podría ser superado, a causa de la *natural propensión de los hombres a oprimir*. Las clases sociales y el Estado, producto de relaciones sociales históricas adquieren una vigencia eterna. En el mejor de los casos, si el sistema capitalista pudiera superarse, el nuevo sistema social traería consigo, inevitablemente, opresión y resistencia a la opresión.

El análisis se dificulta cuando Zaffaroni indaga sobre las doctrinas penales de la modernidad, y profundiza sobre la voluntad; pues el autor, aparentemente, no se enrolaría en una *concepción que fetichiza la voluntad*. Parecería que critica a Hegel, al decir que para el filósofo alemán “toda relación jurídica presupone la libertad de la voluntad, pues quien no es *autoconsciente* no puede entrar en esa relación, dado que “el campo del derecho es lo espiritual, y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y determinación; y el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu expresado por sí mismo, como en una segunda naturaleza”. (Filosofía del derecho)” (p. 88 y 89). De todos modos, esta crítica aparente se enmarca en la descripción de la evolución de las doctrinas penales, en el pasaje de los discursos teocrático-biologistas al *idealismo platónico*. Por lo tanto, en principio no lo exime de caer en los discursos que él mismo critica.

Cuando Zaffaroni pretende profundizar sobre las causas de los fenómenos, no encontramos más que *voluntades*. La tesis del trabajo de referencia es: “el *enemigo de la sociedad* o *extraño*, es decir, el ser humano considerado como *ente peligroso* o *dañoso* y no como *persona con autonomía ética*, sólo es compatible desde la teoría política, con un modelo de estado absoluto total y que, por ende, las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho”. Y continúa: “**En cualquier lugar y en todos los tiempos**, desde Roma hasta la actualidad, el *inmigrante* es un buen candidato a *enemigo*”.

Estas afirmaciones nos permiten acercarnos al problema de la dominación. Para Zaffaroni, el poder punitivo no es propio del Estado de Derecho, sino una rémora absolutista; dicho de otra

manera: la dominación en su expresión más profunda, la violencia ejercida desde el Estado, es un fenómeno ajeno al modo de producción capitalista, que aparece de todos modos como vestigio de la vieja sociedad. También, coherente con sus creencias voluntaristas, lo que termina afirmando es que el problema de este sistema social es sólo un problema de voluntades, de (malas) intenciones, que se buscan “enemigos” “sin razón”, que EEUU persigue internacionalmente enemigos porque “hay una incesante incentivación a la venganza”<sup>7</sup>.

Respecto a la primera cuestión, precisamente una de las características del Estado “moderno” es el “monopolio de la violencia legítima” en poder del Estado, que se presenta (en apariencia) como una entidad “ajena” a las clases sociales y a los intereses de éstas. Resulta hartamente difícil, entonces, sostener que esa potestad sea una “répública” de sociedades anteriores.

En cuanto al segundo problema, sólo una construcción teórica que prescindiera absolutamente de las relaciones materiales y de la realidad misma, puede concluir que la razón de ser de la violencia estatal (el poder punitivo) es una suerte de “plan macabro” de determinados sujetos conscientes.

La pregunta que surge, entonces, es: ¿Por qué existe la dominación en el Estado de Derecho, en el modo de producción capitalista? ¿Es un producto de la voluntad de determinados sujetos, de alguna clase social? Zaffaroni termina afirmando, quizás involuntariamente, que todo es un problema de voluntad (hay que ser más “solidarios”); de la voluntad de quienes (¿políticos, clases sociales?) ejercen el poder. No encuentro una base material que explique el fenómeno. No importa que en algunos pasajes el autor incorpore elementos de las relaciones económicas, si los hace desaparecer al momento de analizar las relaciones de dominación física, política o ideológica. Observemos, si no, el siguiente pasaje: “La globalización, al debilitar el poder de decisión de los estados nacionales, empobreció la política hasta reducirla a su mínima expresión. **Las decisiones actuales se limitan al mero ejercicio del poder de señalar al enemigo para destruirlo o reducirlo a la impotencia total**”.

Si lo que buscamos es desentrañar la esencia del **poder punitivo** y cuáles son las necesidades que porta; qué clases sociales lo ejercen y cuáles lo sufren; qué modalidades asume concretamente en el mundo actual, etc., lo primero que debemos hacer es superar la mirada idealista y abstracta de la realidad y enfrentarnos a ella. Allí encontramos que los sujetos, en toda sociedad humana, establecen relaciones necesarias e independientes de su voluntad: las relaciones sociales de producción, las relaciones que permiten la producción y reproducción de la vida humana. Luego, si queremos conocer cómo surge el Estado en la forma en que se concibe actualmente, nos vemos

---

<sup>7</sup> Zaffaroni, Debate Zaffaroni-Altamira, citado



obligados a enfrentarnos a las relaciones sociales en su evolución histórica, y encontramos que “el Estado” de las relaciones sociales patriarcales o feudales se caracteriza y se explica al mismo tiempo por la predominancia del elemento teológico sobre el elemento jurídico. En las relaciones sociales capitalistas, desaparece aquella predominancia y ahora es la interpretación jurídica, es decir, racional, del fenómeno de la autoridad, la que se impone. Pero ello no ha sido posible sino con el desarrollo de la economía monetaria y del comercio. Con lo cual, el Estado como organización política de la sociedad capitalista, el Estado Capitalista, ha surgido antes como una necesidad de las relaciones sociales de producción y del desarrollo de las fuerzas productivas; que como simple voluntad abstracta de tales o cuales sujetos<sup>8</sup>.

Por supuesto que lo dicho no es suficiente, ni mucho menos, para desentrañar la esencia del fenómeno estatal; tampoco es esa la intención y, obviamente, excede los propósitos de este trabajo. Lo que intento plantear es que no podemos abstraer al Estado de las relaciones materiales históricas y, concretamente de las relaciones sociales de producción en el modo de producción capitalista; relaciones sociales que determinan, en última instancia, la forma que asume la organización política de la sociedad capitalista: el Estado.

### **2.3- El Estado como una forma (abstracta)**

Zaffaroni dice que el Estado de Derecho y el de Policía, son dos formas de Estado contrapuestas, aunque “siempre conviven y van a convivir”: “no existe el Estado de Derecho puro”<sup>9</sup>, y “el Estado de Policía nunca va a desaparecer” (Zaffaroni, 2000, p. 42). Lo que no se propone es explicar tamañas afirmaciones. Surge como necesidad, entonces, preguntarse: ¿Por qué Zaffaroni dice lo que dice? Como no profundiza, nos obliga a entrar en el terreno de las especulaciones: o cree que derecho y arbitrio son dos realidades antagónicas, diferentes, contrapuestas; o cree que el Estado de Derecho es la “forma” y el de Policía el “contenido”; o cree que el primero representa el “deber ser” y el segundo el “ser”; o cree que está en el instinto del hombre el sentimiento de justicia (derecho) y al mismo tiempo el sentimiento de opresión (policía).

---

<sup>8</sup> “¿Pueden los hombres elegir libremente esta o aquella forma social? Nada de eso. A un determinado nivel de desarrollo de las facultades productivas de los hombres, corresponde determinada forma de comercio y de consumo. A determinadas fases de desarrollo de la producción, del comercio, del consumo, corresponden determinadas formas de constitución social, una determinada organización de la familia, de los estamentos o de las clases; en una palabra, una determinada sociedad civil. A una determinada sociedad civil, corresponde un determinado Estado político, que no es más que la expresión oficial de la sociedad civil”. *Marx, Karl*, Carta a P. V. Annenkov, 28 de diciembre de 1846.

<sup>9</sup> “Afirmar lo contrario sería sostener una posición iluminista”. Zaffaroni, Debate Zaffaroni-Altamira, citado.

Si cree que derecho y arbitrio son dos realidades antagónicas, no hace falta más que ir a cualquier normativa que pretenda regular cualquier aspecto de la realidad, y encontraremos que en todas ellas se estipulan normas represivas. Precisamente porque las relaciones sociales (y las relaciones jurídicas) no presuponen “por naturaleza” una situación de paz. Con lo cual “derecho” y “arbitrio”, esos dos conceptos aparentemente opuestos, están unidos en realidad muy estrechamente<sup>10</sup>.

Si entiende que el Estado de Derecho es la “forma” y el Estado de Policía el “contenido”, podemos apoyar la suposición en la descripción que hace Zaffaroni de los procesos reales en Estados Unidos y Latinoamérica. Dice que el proceso penal en Estados Unidos es una “gran ficción”<sup>11</sup>, mientras que los Estados Latinoamericanos, en la práctica, son Estados Absolutistas<sup>12</sup>. Al mismo tiempo, puntualiza que el derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado notablemente en los últimos 50 años. Quiere decir que: en términos formales (legislación progresiva, plasmación de la “democracia semidirecta” en las constituciones de los estados, reformas penales garantistas, etc.) el Estado de Derecho ha avanzado; sin embargo, cuando se enfrenta con la experiencia concreta de esos Estados, se imponen las violaciones a los derechos humanos, la persecución y la generación de estrategias para crear enemigos. Entonces: como “forma” el Estado de Derecho, como “contenido” el Estado de Policía. Pero entonces, por qué la siguiente frase: **“la historia muestra la dinámica del paso del estado de policía al de derecho”**. Debemos concluir, con Zaffaroni, que ello será sólo en las “formas”. O en todo caso, eso que a Zaffaroni se le presenta en la realidad concreta como Estado absolutista o de Policía, es el Estado de Derecho.

También podríamos afirmar, siguiendo el desarrollo del autor, que el Estado de Derecho se corresponde con un “deber ser”, mientras que el de Policía es el “ser”. Zaffaroni confunde ambas nociones constantemente. Afirma: “La falsa disyuntiva entre *seguridad* y *garantías*, se trata de una **simple deducción en el mundo del *deber ser* que no se verifica en el mundo del *ser***. *Se parte del dogma de que el poder punitivo provee seguridad frente a las agresiones a bienes jurídicos, cuando lo único verificable es que a) los penalistas y los políticos afirman que éste debe proporcionarla y b) que el poder punitivo fue el principal y mayor agente de la lesión y aniquilamiento de bienes jurídicos en forma brutal y genocida a lo largo de toda la historia de los*

<sup>10</sup> Para el desarrollo de esta idea, ver Pashukanis, Evgenii. *Teoría General del Derecho y Marxismo*. México, Grijalbo, 1976 (P. 115 y ss.)

<sup>11</sup> “Este autoritarismo extraño (¿?) a la tradición norteamericana señala un deterioro cultural en su sociedad y, en lo político, un peligroso abandono de los principios fundadores de la democracia”. (P. 62)

<sup>12</sup> “En Latinoamérica se trata a todos como enemigos”. Zaffaroni, op. Citada (p. 160)

*últimos ocho siglos... Se trata de una cuestión política". Pero luego afirma: "la táctica de contención propuesta por Jakobs, inobjetable desde la perspectiva de la visión estática, se traduce en una desaparición del estado de derecho real y concreto en la realidad dinámica del poder...y estaremos ante un ser sin posibilidad alguna de señalar el deber ser" (Zaffaroni, 2006, p. 163 y 164). Y concluye: "Semejante legitimación implica inutilizar el principal ente ideal en manos del derecho que es indispensable para contener el estado de policía, que es el principio mismo del estado de derecho. Entregar el instrumento con el que el derecho penal debe diagnosticar los defectos del estado de derecho histórico como ente real y orientar su resistencia al estado de policía es como entregar las armas creyendo que se llega a un armisticio, cuando en realidad se trataría de una rendición en las peores condiciones" (p. 171). "Al hacerlo (al constatar la existencia del Estado de Policía) confundimos el ser con el deber ser, el ente real con el ideal, saltamos de la descripción a la valoración positiva, de la constatación a la legitimación, y con eso cedemos el arma o instrumento orientador que es el Estado de Derecho" (p. 174). La noción de "deber ser", por definición, es una construcción ideal, del ámbito del pensamiento, "pero lo que nos aqueja es la necesidad de hacer algo". Por qué entonces, si queremos "hacer algo", la propuesta es aferrarnos a realidades que sólo están en un pensamiento que choca constantemente con los procesos de la realidad<sup>13</sup>. Dicho de otra manera: ¿la propuesta debe ser negarnos a enfrentar la realidad concreta, construir un pensamiento idílico y voluntarista que transforme en "ser" el "deber ser"? Dicha propuesta no suena muy convincente.*

Por último, y tomando las construcciones del propio Zaffaroni, también podríamos sostener que está en el instinto del hombre el sentimiento de justicia (derecho) y al mismo tiempo el sentimiento de opresión (policía). Aquí la cuestión se complica hasta el extremo, y parece no encontrar solución. Lo que está diciendo ese razonamiento es que la humanidad está condenada a vivir ad eterno inmersa en relaciones de dominación, explotación y opresión. Con lo cual, es estéril cualquier acción que pretenda la liberación o superación de esas relaciones y la generación de nuevas relaciones sociales. Siendo así, no resulta muy atractiva la idea de "hacer algo".

### **3- A QUÉ NOS ENFRENTAMOS CUANDO NOS ENFRENTAMOS CON LA REALIDAD.**

#### **3.1- La naturalización de las relaciones sociales**

---

<sup>13</sup> "Existe una contradicción entre la doctrina penal y la teoría política del estado constitucional de derecho; pues la aceptación de aquella implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto". Zaffaroni, citado.

Como hemos visto hasta aquí, el maestro Zaffaroni prescinde de la consideración de las relaciones sociales materiales al momento de argumentar sus construcciones teóricas sobre la cuestión estatal. Más aún, descuida incluso las profundas diferencias respecto del Estado en el modo de producción capitalista en relación a sistemas sociales anteriores. En el mejor de los casos, cuando introduce elementos de análisis en aquél sentido, luego los olvida por completo.

Para Zaffaroni, *“pasada la segunda guerra mundial, el capitalismo cambió su naturaleza con la globalización”* (p. 58). Y, palabras más palabras menos, la “novedad” es, para él, el crecimiento de la “especulación”. En primer lugar: ¿qué significa que el capitalismo haya “cambiado su naturaleza”? O mejor: **¿Cuál es la naturaleza del capitalismo**, que según Zaffaroni habría cambiado? El autor, por supuesto, no explica el por qué de tamaña afirmación, la cual queda boyando en el aire.

En un sentido general, puedo afirmar que la naturaleza del modo de producción capitalista (del “capitalismo”) es la competencia entre propietarios privados con el objetivo de obtener una ganancia superior al resto de los competidores, para la reproducción del capital, es decir, para aumentar la capacidad para disponer del trabajo social. Ese movimiento se manifiesta en la contradicción general que es el dominio progresivo del trabajo vivo por el trabajo muerto. En el reemplazo de fuerza de trabajo creadora de valor, por tecnología; en definitiva: en la producción de plusvalía relativa. El capitalista reemplaza fuerza de trabajo por maquinaria si eso le abarata los costos de producción. De ser así, eso le permite vender por debajo del costo social pero por encima del individual, al hacerlo obtiene una ganancia extraordinaria. Por la competencia entre capitalistas, se va reemplazando fuerza de trabajo por capital en las distintas ramas de la producción. Cuando lo que se abarata es la producción de las mercancías que entran en el consumo obrero, en tanto son las que determinan el valor de la fuerza de trabajo, disminuye el valor de la misma y, en tanto la jornada laboral se mantiene constante, disminuye el tiempo de trabajo que el obrero trabaja para reproducirse a sí mismo (tiempo de trabajo necesario) y aumenta el que trabaja para otro (tiempo de trabajo excedente), que se expresa en una mayor apropiación de plusvalía. A este proceso es al que Marx denomina producción de plusvalía relativa. Y ese movimiento no se desenvuelve de ese modo porque un grupo de sujetos (los capitalistas o los obreros, o ambos) así lo dispongan o deseen; en otras palabras: el movimiento del capital como relación social no es una cuestión de voluntades; es, por el contrario y precisamente, una cuestión de la propia naturaleza del modo de producción capitalista. Si Zaffaroni encuentra la naturaleza del modo de producción capitalista en otros fenómenos del movimiento de la realidad, tiene que

decirlo. Y si afirma que esa naturaleza (que no sabemos a ciencia cierta cuál es para él) ha cambiado, tiene que demostrarlo.

Luego, quizá el cambio de naturaleza del capitalismo se deba, para Zaffaroni, en la aparición de los “predominantes intereses especulativos” (p. 58) y en que ahora el mundo no está “manejado” por capitalistas sino por tecnócratas<sup>14</sup>. Yo no diría que la especulación es una novedad de los últimos sesenta años. De mínima, ya estaba presente hasta en el plano teórico, en la economía clásica, y fue un tema hartado abordado por Marx<sup>15</sup>. La cuestión es, en todo caso, explicar el por qué de esa supuesta “predominancia de la especulación”. Si es la causa real que imprime su sello al modo de producción capitalista, o si es un dato cuasi anecdótico. Si se trata de una “deformación” del sistema, o si en realidad es producto del normal y pleno desarrollo del mismo. Si puede entenderse recurriendo a las leyes históricas del modo de producción capitalista, o si hay que generar nuevas categorías analíticas para su comprensión. Tomando el desarrollo que hace Eduardo Sartelli, encuentro la explicación en la evolución de la tasa de ganancia. Explica el historiador: “Cuando la tasa de ganancia de las empresas productivas es muy baja, ningún capitalista invertirá en la producción. Como de todas maneras tiene que obtener ganancias, buscará otras formas. Buena parte del capital será dirigido hacia las finanzas y la especulación bursátil. En algún momento parece como si las finanzas se independizaran y adquirieran la mágica propiedad de crear riqueza. Pero la riqueza se crea en la producción. Las finanzas simplemente reciclan la plusvalía sobrante, no producen riqueza nueva”<sup>16</sup>. Debemos concluir, a este respecto, que esa supuesta “predominancia de los intereses especulativos” (lo que en la jerga se vincula directamente al “capital financiero”) puede hallarse en las leyes propias del capital, concretamente en el movimiento de la formación de la tasa general de ganancia, en la necesidad de poner en movimiento una masa mayor de capital (vía centralización y concentración) para participar del proceso en forma “normal”; más que en la abstracta voluntad de “tecnócratas” inescrupulosos que no hacen más que especular.

### **3.2- Reciclar lo peor: la concepción de la desaparición del Estado.**

Para Zaffaroni, como “el poder se planetarizó” y existe un “enorme proceso de concentración de capital que procura una mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino físico”, **los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales.**

---

<sup>14</sup> “A diferencia del capital productivo, el globalizado no es manejado por empresarios, sino por administradores de conglomerados (tecnócratas), que deben obtener la mayor renta en el menor tiempo”.

<sup>15</sup> Ver Marx, Karl, *El Capital*. Madrid, España; Ediciones Akal S.A., 1976, 2000.

<sup>16</sup> Sartelli, Eduardo. En *Revista Veintitres*, del 25 de septiembre de 2008.

Luego, “como **el estado desapoderado** de los países que llevan la peor parte en la globalización no puede resolver los problemas sociales serios, sus políticos optan por simular que los resuelven o que saben cómo hacerlo...y el estado mismo se convierte en un espectáculo” (Zaffaroni, 2006, p. 75). Al mismo tiempo, el autor se contradice diciendo que el Estado no puede resolver los problemas serios “en algunos casos porque **su soberbia se lo impide**, en otros porque las urgencias de la publicidad les exigen la producción de hechos sensacionalistas (...) y en otros porque las limitaciones presupuestarias provenientes de las condiciones que se le imponen internacional o transnacionalmente a los países deudores prohíben las inversiones adecuadas”. Más adelante, afirma que “**la globalización, al debilitar el poder de decisión de los estados nacionales, empobreció la política hasta reducirla a su mínima expresión. Las decisiones actuales se limitan al mero ejercicio del poder de señalar al enemigo para destruirlo o reducirlo a la impotencia total**”. Y termina responsabilizando al Estado por el control social, por el delito, por la paranoia; considerando a los “ciudadanos” como agentes cautivos de los perversos fines del Estado.

Como corolario, no sólo hay una tendencia a la desaparición del Estado, sino también de la ideología: “El presente desastre autoritario no responde a ninguna ideología, porque no lo rige ninguna idea, sino que es justamente todo lo contrario: es *el vacío del pensamiento*” (p. 78). Y el signo del panorama descrito es la “decadencia”.

Nuevamente, vuelvo a exigirle a Zaffaroni que presente pruebas que respalden lo que dice. Es decir, que demuestre con datos empíricos que los Estados han quedado reducidos a una completa inercia. Y nada. No encuentro en su obra lo que busco<sup>17</sup>. En consecuencia, sólo puedo suponer que Zaffaroni se ha embarcado en el tren posmodernista de las últimas décadas, que se caracteriza por lanzar máximas superadoras a los cuatro vientos sin tomarse el trabajo de probar nada. Sobran autores que han anunciado la desaparición del Estado (la mayoría alegando como causa la famosa “globalización”), la desaparición de las “ideologías”, y con ellas “el fin de la historia”. Todos tienen en común que ninguno de ellos ha respaldado sus “descubrimientos” con un estudio serio que permita una credibilidad más allá de la moda ideológica.

Por otra parte, parece que la causa principal por la cual explica que las cosas andan mal en el mundo, es el comportamiento de Estados Unidos como potencia hegemónica. Supongamos que

---

<sup>17</sup> No desconozco que una producción teórica no puede desarrollar en extenso todos los fenómenos sociales que menciona. No obstante, el problema del poder estatal resulta fundamental en la obra de Zaffaroni, y tiene consecuencias tanto para su caracterización de la sociedad actual como para su propuesta de acción política. Por lo tanto, al plantear caracterizaciones tan contundentes al respecto, lo mínimo que debe hacer es apoyarla en datos empíricos.

ello es así. Pero el punto en discusión es: ¿por qué Estados Unidos se comporta como se comporta y por qué puede comportarse así? Dejando de lado que Zaffaroni concibe al Estado como una forma abstracta; encuentra la respuesta, conscientemente o no, en la voluntad abstracta de determinados sujetos: los tecnócratas.

### **3.3- Una propuesta voluntarista como resultado de la afirmación de las formas abstractas y la negación de la esencia**

No cabe ninguna duda que el maestro Zaffaroni, además de ser un sujeto político relevante en el plano nacional, y hasta internacional, se reconoce como tal. Con lo cual, es perfectamente coherente con sus posturas el hecho de que, además de presentar su producción teórica, *nos proponga tácticas y estrategias de acción política*. Para ser más claro: Eugenio Zaffaroni es un militante activo que desarrolla su acción política siguiendo un programa. Con lo cual, si hay algo a lo cual hay que prestar suma atención cuando abordamos sus obras, ese algo es la *propuesta de acción política*.

Para Zaffaroni, hay dos tácticas de “acotamiento”: la *estática* y la *dinámica*. En cuanto a la primera, según el autor, lo que propone es aceptar lo consumado y legitimarlo sólo para ciertos hechos y carece de capacidad para obtener el resultado estratégico. Por esa razón, no le prestaremos mayor atención. La segunda, es la que propone el autor, y es la que permitiría lograr un resultado estratégico.

Sintéticamente, la *táctica de contención estática* puede resumirse en el siguiente párrafo: “*El penalismo y buena parte de la teoría política desde la modernidad ha considerado –y sigue considerando- compatible un incomprensible concepto no bélico de enemigo con el estado constitucional de derecho, sin advertir que ese pretendido concepto, fuera de una real hipótesis de guerra, corresponde al estado absoluto, que por su esencia no tolera límite ni parcialización alguna, o sea, que inevitablemente importa el principio del abandono del estado de derecho*” (p. 155). La consecuencia de las tácticas *estáticas*; es decir, las que “legitiman” el Estado absoluto, es la negación del estado de derecho<sup>18</sup>. El *error táctico* de la propuesta estática fincaría en que “su consabida predilección por lo sistémico la lleva a percibir como inmóviles estructuras que son siempre cambiantes. Las perspectivas *sistémicas* de la sociedad y del estado (del poder) no logran explicar bien el cambio, en tanto que las *conflictivistas* no logran explicar del todo bien los elementos de permanencia” (p. 171).

---

<sup>18</sup> “*La táctica de contención propuesta por Jakobs, inobjetable desde la perspectiva de la visión estática, se traduce en una desaparición del estado de derecho real y concreto en la realidad dinámica del poder...y estaremos ante un ser sin posibilidad alguna de señalar el deber ser*”. (P. 163 y 164)

La *táctica de contención dinámica* parte de la siguiente premisa: **“Los estados de derecho no son otra cosa que la contención de los estados de policía, contención trabajosamente conseguida como resultado de la experiencia acumulada a lo largo de luchas seculares contra el poder absoluto.** Los estados modernos (parlamentarios, presidencialistas) *no han eliminado el estado de policía, sino que sólo lo encapsulan*” (p. 165). Y *“existe una continua dialéctica en el estado de derecho real, concreto o histórico, entre éste y el estado de policía”* (p. 168). “La extrema selectividad del poder punitivo es una característica estructural, o sea, que se puede atenuar pero no suprimir. La cuestión penal es el campo preferido de las pulsiones del estado de policía, pues es la pared más débil de todo estado de derecho”.

Con lo cual, concretamente, la *táctica dinámica plantea que “el derecho penal no puede hacer otra cosa que proponer la administración optimizada del reducido poder de contención en forma que permita sólo el paso del poder punitivo menos irracional, erigiéndose en barrera para el de mayor irracionalidad”*. En la misma línea: **“El derecho penal debe empujar siempre hacia el ideal del estado de derecho; en cuanto deja de hacerlo, avanza el estado de policía. Se trata de una dialéctica que nunca se detiene”** (p. 168).

Zaffaroni plantea que, dada la función política del derecho penal, éste nunca puede ser *neutro*, sino que siempre debe ser *parcial* (p. 169). El estado de policía (“el verdadero enemigo del derecho penal”) no concede ni nunca concedió treguas; su esfuerzo por perforar, debilitar y explotar la coraza del estado de derecho es continuo<sup>19</sup> y, por ende, éste no puede ceder ningún espacio (p. 171).

Finaliza su propuesta, con la siguiente máxima: **“Si el estado de policía logra derrumbar todo, aún así, antes o después, el estado de derecho renacerá”** (p. 173).

Como para Zaffaroni, (2006 p. 47 y ss) la “salida” es el Estado de Bienestar o Populista y el *objetivo estratégico* es la “necesidad de contener el avance autoritario del derecho penal”, propone la siguiente solución: *“Si en realidad el derecho penal siempre ha aceptado el concepto de enemigo y éste resulta incompatible con el estado de derecho, lo que en verdad correspondería es una renovación de la doctrina penal correctora de los componentes autoritarios que la acompañaron a lo largo de casi todo su recorrido; en otras palabras, un ajuste del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política que corresponde al estado constitucional de derecho y lo depure de los componentes propios del estado de policía incompatible con sus principios”*.

---

<sup>19</sup> “El verdadero enemigo del derecho penal es el estado de policía que **por esencia** no puede dejar de procurar el absolutismo”. (Zaffaroni, 2006, p. 171 y 172)



#### 4- PARA QUÉ PRODUCIMOS CONOCIMIENTO. LA ACCIÓN POLÍTICA COMO NECESIDAD.

##### 4.1- *La necesidad de comprender las determinaciones*

Para comprender un fenómeno social, no basta con describirlo. Incluso aunque esa descripción esté respaldada por una enorme cantidad de datos empíricos. Es necesario, siempre que se quiera *superar las apariencias* de un fenómeno concreto, asumir la tarea de identificar las “causas” que lo determinan. Esas determinaciones, siempre son múltiples. Determinaciones que realizan efectivamente su potencialidad, y cada una de las cuales asume, por decirlo de algún modo, diferente jerarquía.

Lo contrario es *abstraer* ese fenómeno que se pretende conocer; aislarlo del mundo, de la *totalidad*; lo que redundará inevitablemente en una visión “fotográfica”, que no permite “ver la película entera”<sup>20</sup>. De esta manera, se asume al fenómeno como algo estático, *ahistórico*, carente de movimiento. Y lo que suele ocurrir con abordajes de este tipo, es que terminan presentando, se quiera o no, como un *hecho dado naturalmente* lo que es el resultado del movimiento histórico de la realidad, de la realización de determinaciones que han concretado su potencialidad.

Zaffaroni no apoya con datos empíricos las afirmaciones que hemos reproducido aquí; mucho menos busca ir a la raíz de las formas concretas que se le presentan como *algo dado*. No aborda la realidad desde una perspectiva histórica, y presenta a la historia misma como el resultado de voluntades abstractas.

##### 4.2- *El conocimiento como un momento de la acción*

Si lo que se pretende es enfrentarse a un fenómeno de la realidad para *transformarlo conscientemente*, para producir un efecto material sobre su movimiento, deviene necesario su conocimiento. Pues el conocimiento constituye el momento de la acción en que el individuo pretende apropiarse de la potencialidad de su acción respecto de las potencialidades del medio sobre el que va a actuar (Iñigo Carrera, 2007). Es imposible, entonces, una acción sin conocimiento. Pero ese conocimiento no brota *abstractamente*, si no que surge de la interacción dialéctica entre el individuo y el medio. Vale decir, al momento de enfrentarse a un concreto, el individuo está transformando el medio y, al mismo tiempo, se está transformando a sí mismo. Así,

---

<sup>20</sup> Las expresiones entrecomilladas hacen alusión a la crítica que realiza el Dr. Zaffaroni a la propuesta de una “táctica de contención *estática*”. Ver en particular Zaffaroni, (2006, págs. 162 y 163).

toda acción que lleva adelante un sujeto, su intervención concreta en la realidad, requiere del conocimiento, que es transformado por la propia acción.

Zaffaroni se niega a enfrentarse a la realidad; prefiere quedarse con modelos ideales, con lo cual, termina negándola. Nos propone la acción política, pero niega el desarrollo de la potencialidad de la acción política, al negar el conocimiento de la realidad a la que se enfrenta esa acción; al negar la potencia de la acción política afirmada en la realidad, y proponer su encastramiento en el ideal.

#### **4.3- *El conocimiento científico como una necesidad***

Al momento de lanzarse a la transformación de la realidad, surge la necesidad de trascender el conocimiento inmediato<sup>21</sup>. Pues, si bien es posible lanzarse a esa transformación con la acción, “no contamos con más guía para hacerlo que con lo que la apariencia inmediata de la potencia nos dice de sí” (Iñigo Carrera, 2008, p. 257). Y el conocimiento inmediato nos basta para saber que las apariencias suelen engañarnos. La cuestión, entonces, es enfrentarnos a las causas, a la necesidad de realización de las potencias en juego que, al negarse como potencias y afirmarse como realidad, asumen una forma concreta en el objeto al cual nos enfrentamos.

Como las formas abstractas no se manifiestan idénticas a sí mismas en sus formas concretas, aparece la necesidad del *conocimiento científico* sobre las formas concretas, de enfrentarse “a las potencias del medio como a existencias cuya necesidad objetiva es exterior a la propia subjetividad” (Iñigo Carrera, 2007, p. 3).

Zaffaroni realiza una inversión atroz del método científico: pretende construir una realidad sustentada en su teoría; y no una teoría que tenga como sustento a la realidad. Su posición es negadora de la realidad y, por consiguiente, es negadora de la búsqueda de la verdad. Así, la ciencia no tiene mucho para aportar.

## **5- CONCLUSIONES**

### **5.1- *Ojo que no mira más allá no ayuda al pie (o la afirmación de la verdad como necesidad)***

Eugenio Zaffaroni es un jurista de prestigio internacional; sus obras tienen una aceptación enorme en el campo del derecho e incluso más allá de él. Ha logrado cantidad importante de adeptos y discípulos y nunca falta su opinión en la discusión mediática sobre temas controvertidos.

---

<sup>21</sup> Marx señala que no es posible explicar la realidad de mantenerse al nivel de lo inmediato. La comprensión científica de la realidad exige trascender la apariencia para alcanzar la esencia de las cosas, la cual no se manifiesta directamente. Conforme Echeverría, Rafael. *La ciencia de Marx*.

Ahora bien, en lo que a mí respecta, lo que he encontrado en la obra de Zaffaroni, amén de algunas ideas y descripciones interesantes sobre problemas secundarios, fue una enorme cantidad de contradicciones y, por sobre todo, un voluntarismo obstinado.

Y puedo afirmarlo en función de lo que, entiendo, son las razones de ser de un pensamiento tal: en primer lugar, y a pesar de sus aparentes críticas en contrario, Zaffaroni no puede superar la mirada estrictamente “jurídica” de la realidad; mirada que implica, por un lado, que todo es un problema del derecho (y por lo tanto todo se resuelve con el derecho), sencillamente un problema de voluntad; por otro, que el derecho debe aferrarse al derecho para que la realidad se adapte a él y, por último, que la realidad se construye a partir de la teoría (el famoso “deber ser”) y no al revés.

En segundo lugar, como él mismo lo reconoce, Zaffaroni es un *liberal*, un demócrata. Al igual que cualquier teórico liberal (y como todo teórico del derecho liberal) no puede ir a la raíz de la cuestión. Se queda en las apariencias. No por falta de voluntad (que le sobra); sino porque enfrentarse con la realidad para llegar a la raíz, lo llevaría, inevitablemente, a enfrentarse consigo mismo.

El capitalismo, como sistema social histórico, porta en su propio funcionamiento, contradicciones; contradicciones que le son inherentes y que son insuperables (a menos que el propio sistema social sea superado). No es que “anda mal”, al contrario. Su pleno desarrollo, su buen funcionamiento, es la causa de las miserias que soporta cotidianamente la humanidad toda, muchas de las cuales describe Zaffaroni.

El reformismo voluntarioso del maestro Zaffaroni lo lleva a pensar que la causa de la construcción de enemigos por el poder punitivo, es la voluntad abstracta de (¿un grupo de?) gente que porta una natural propensión a la opresión (“es inherente a la dinámica del poder”). Que el Estado no puede hacer nada bueno para los intereses de las mayorías porque ha quedado sin margen de acción y porque “es soberbio”. Que el problema más importante que enfrenta la humanidad hoy, la *exclusión social*, se debe a los “predominantes intereses especulativos” de “tecnócratas” inescrupulosos, a la “gran ficción” que es el Estado de Derecho norteamericano, a la propaganda *populachasca* de los medios de comunicación, al “vacío del pensamiento” y a la desaparición de las ideologías.

Solo puede denunciar cuestiones secundarias: la falta de garantías procesales para las víctimas del sistema penal, la discriminación, la corrupción, el clientelismo, etc. Pero no puede enfrentarse

y denunciar las contradicciones más profundas del sistema capitalista: las relaciones de explotación, la propiedad privada de los medios de producción, el carácter capitalista del Estado.

Por lo tanto, al no llegar a la esencia, cree que todo es un problema de formas: adoptar el sistema parlamentario de gobierno; promover una legislación progresista, fortalecer los organismos internacionales de derechos humanos.

### **5.2- La lucha por el SER como lucha estratégica**

Zaffaroni nos propone aferrarnos al “deber ser”, un *deber ser* que, por cierto, no resulta muy atractivo, habida cuenta del rotundo fracaso histórico del Estado de Derecho.

El autor no enfrenta la realidad con el método dialéctico, a pesar de que dice lo contrario; todas sus posiciones son *eclécticas*; es decir, se esfuerza tozudamente por “compatibilizar lo incompatible”. Eso no tiene nada que ver con la dialéctica. Es un idealista al mejor estilo Kant, su blanco de crítica predilecto: es lo que él mismo crítica.

Pretende reflejar que el “pensamiento” penal ha avanzado (positivamente) mucho en el último siglo. El problema es que eso no es lo que más nos interesa. Supongamos que progresa el “pensamiento”; pero, la realidad: ¿”progresa”?

Zaffaroni niega todo cambio revolucionario<sup>22</sup>. No quiere transformar la realidad. Termina proponiendo, sin buscarlo, que transformemos nuestro pensamiento. El mundo será el *deber ser* que pulule por nuestras sienas.

Negarse a enfrentarse a la realidad, con un método de abordaje terriblemente invertido, lleva a una caracterización errónea de la realidad; y, por supuesto, a una propuesta estratégica condenada a una derrota histórica.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Cristeche, Mauro (2009) *Sin discurso, el poder se desintegra. Un debate con Eugenio Zaffaroni en torno al rol de los operadores jurídicos en el Estado de Derecho*. Ponencia presentada al 1er. Congreso de Sociólogos de la Provincia de Buenos Aires. La Plata, julio de 2009.

Iñigo Carrera, Juan (2007) *Conocer el capital hoy. Usar Críticamente El Capital*, Imago Mundi, Buenos Aires.

Iñigo Carrera, Juan (2008) *El Capital: razón histórica, sujeto revolucionario y conciencia*, 2da edición, Imago Mundi, Buenos Aires,

Pashukanis, Evgenii (1976) *Teoría General del Derecho y Marxismo*, Grijalbo, México.

---

<sup>22</sup> Ver, por ejemplo, Zaffaroni, (2006: p. 131).

Sartelli, Eduardo (2008) *La cajita infeliz: un viaje marxista a través del capitalismo*, 3ra edición, RyR, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000) *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio R. (2006) *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio (2008) *La criminalización de la protesta social. El debate Zaffaroni-Pitrola*, Ediciones Rumbos, Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2005) *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.