

AROCENA, Gustavo. "La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal". *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal*

Gustavo Arocena

Profesor de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina). Doctorando (Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina).

gustavo.alberto.arocena@gmail.com

Resumen

En este ensayo, se analiza detenidamente lo que el autor denomina la "regla de racionalidad" en la actividad del Estado, con el propósito de determinar sus implicancias respecto del poder punitivo. Para ello, se estudia el concepto de "racionalidad penal" del Estado en relación con su Poder Ejecutivo, su Poder Judicial y su Poder Legislativo. Finalmente, el texto focaliza su atención en la actividad legislativa del Estado en materia penal, donde el jurista advierte los mayores niveles de irracionalidad.

Palabras clave: Derecho Penal, racionalidad del Estado, poder punitivo.

Abstract

In this essay, the author analyses meticulously what he names "rule of rationality" in the activity of the State, in order to determine his implications respect of the punitive power. With this purpose in mind, the writer studies the concept of "criminal rationality" of the State in relation with its Executive Power, its Judicial Power and its Legislative Power. Finally, the text detains its attention on the legislative activity of the State in criminal matters, where the jurist finds major levels of irrationality.

Key words: Criminal law, rationality of the State, punitive power.

1.

1.1.

En 1821, en sus *Principios de la filosofía del Derecho*, Hegel aseveró que el Estado "...es lo *racional* en y por sí".¹ De esta forma, abriendo el camino hacia la configuración conceptual del Estado de Derecho y la discusión sobre la posibilidad de su realización histórica, planteó la *cuestión clave de la modernidad*, esto es, la *coexistencia pacífica*.²

* Trabajo recibido el día 1 de mayo de 2008 y aprobado por el Comité Editorial el día 20 de agosto de 2008.

¹ Para una versión en español, véase HEGEL, G. W. Friedrich. *Principios de la filosofía del Derecho*. Trad. VERMAL, Juan Luis. Barcelona: Edhasa, 1999, p. 370.

² Véase ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 247.

AROCENA, Gustavo. "La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal". *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

Según la paradigmática *visión moderna del mundo*, éste es una totalidad esencialmente ordenada, por lo que la consecución de la pacífica convivencia humana habría de procurarse por medio de una "*planificación*" ordenada de la sociedad. Como explica Bauman, en la concepción moderna del mundo, la presencia de un patrón de distribución despareja de las probabilidades permite un tipo de explicación de los acontecimientos que -si es correcta- es simultáneamente una herramienta de predicción y -si los recursos requeridos son accesibles- de control.³ El Estado, así, aparecería como una instancia idónea para lograr, a través de su acción ordenadora, el aseguramiento de la coexistencia pacífica.

A su vez, la *posmodernidad*,⁴ como movimiento que pretende superar el pensamiento moderno usando las herramientas de éste,⁵ entendió agotada la modernidad y puso en crisis su discurso y su proyecto, lo que desembocó -en lo que aquí interesa- en el cuestionamiento de la legitimidad del ejercicio del poder instituido, que se mostraba inepto para sentar las bases de la convivencia social.

La visión arquetípicamente posmoderna del mundo es -conforme anota Bauman- la de un número ilimitado de modelos de orden, cada uno de los cuales es generado por un conjunto relativamente autónomo de prácticas. El orden no precede a las prácticas y no puede servir, por lo tanto, como una medida exterior de su validez. Cada uno de los muchos modelos de orden tiene sentido, en definitiva, exclusivamente en términos de las prácticas que lo convalidan.⁶

En el marco de este discurso posmoderno, la epistemología social que conciben pensadores como Habermas, Foucault o Luhmann asume que el centro de cognición no lo constituye ya el sujeto individual, sino la multiplicidad de discursos sociales (p. ej., el derecho, la política, la economía, etc.) derivada de la fragmentación de la sociedad moderna.⁷ Así, la legitimidad de un determinado modelo de orden no depende de una planificación entendida como consideración previa de la acción y de sus consecuencias, sino que está condicionada por la interferencia de los diversos discursos sociales involucrados en la comunicación social. Esto, desde luego, no conduce a afirmar que los sistemas sociales (concepto este que incluye, ciertamente, al Estado) y que el conocimiento social es "irracional", sino simplemente que la "...racionalidad debe pensarse de modo distinto a como se hacía hasta ahora"⁸. De tal suerte, si pretende comportarse racionalmente, el sistema social debe controlar sus impactos en el entorno

³ Véase BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*. Trad. PONS, Horacio. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997, p. 12.

⁴ Para ubicar en el contexto histórico y, aún, social, a la modernidad y a la posmodernidad, entendidas como conceptos sociológicos, puede sostenerse que a la primera no se llega con el comienzo de la Edad Moderna, en el Siglo XV, sino luego de la transformación de la sociedad preindustrial (sociedad rural tradicional) en sociedad industrial (sociedad urbana moderna), que se produce con la Revolución Industrial y el triunfo del capitalismo. Por su lado, la superación de la sociedad industrial por la sociedad postindustrial da lugar a la denominada *posmodernidad*.

⁵ ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Manual*, cit. nota n° 2, p. 273.

⁶ Véase BAUMAN, *Legisladores e intérpretes*, cit. nota n° 3, p. 13.

⁷ Véase TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 45.

⁸ Véase LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Trad. PAPPE, Silvia; ERKER, Brunhilde. Barcelona: Anthropos - Universidad Iberoamericana - Centro Editorial Javerino, 1998, p. 418.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

mediante las repercusiones sobre sí mismo. La racionalidad social -refiere Luhmann- requiere que los problemas de entorno provocados por la sociedad, si repercuten sobre la misma, se reflejen en el sistema social, es decir, que se integren al proceso de comunicación social⁹. La construcción de la realidad social, en suma, deriva de la autoridad, la responsabilidad y la injerencia epistémica de los distintos discursos sociales intervinientes en dicho procedimiento.

Las rudimentarias reflexiones que se acaban de exponer permiten afirmar la vigencia, en el pensamiento contemporáneo, de un *mandato de racionalidad*, que rige para todos los sistemas sociales, en general, y para el Estado, como sistema funcional político principal, en particular.¹⁰

Con relación a este último, incluso, y desde una perspectiva de análisis diferente, cabe aseverar que la *racionalidad de las decisiones e intervenciones estatales* constituye un imperativo elemental de la *forma republicana de gobierno* -adoptada para la Argentina por el artículo 1° de la C.N., que presupone, entre otras cosas, la división de poderes, el recíproco control entre éstos y la responsabilidad de los funcionarios públicos por los actos que realizaren en el ejercicio de sus funciones.¹¹

Nunca está de más recordar, finalmente, que la institución estatal se justifica en tanto *organización competente para asegurar la seguridad jurídica*. En palabras de Heller: “La institución estatal se justifica ... por el hecho de que en una determinada etapa

⁹ Véase LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit. nota n° 8, p. 422.

¹⁰ Puesto que he citado precedentemente a Luhmann, juzgo necesario anotar que no desconozco que, en *Soziologie des Risikos*, Luhmann asevera que para su autopresentación el sistema funcional político no se vale de las “decisiones racionales” sino de las que él denomina “*conversaciones*”, es decir, una cierta forma de comunicación (véase LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*. Trads. PAPPE, Silvia; ERKER, Brunhilde; SEGURA, Luis Felipe. México: Universidad Iberoamericana – Universidad de Guadalajara, 1992, p. 195). Tampoco se me escapa que, también en esta obra, el autor manifiesta que podría pensarse para la política “...en una presentación como decisión racional que explora y pondera las decisiones y luego selecciona la mejor de ellas. Pero es bien conocido –asegura- que no se puede decidir así. E independientemente de lo que encubre -agrega Luhmann-, el proceso político es lo suficientemente transparente para hacer fracasar una presentación así. Hay demasiados criterios *racionalmente* justificables que hacen suponer respectivamente otras decisiones” (véase LUHMANN, *Sociología*, cit. nota n° 10, p. 204). Sin embargo, el propio Luhmann refiere que la *conversación* a través de la cual se manifiesta el sistema funcional político consiste en “...la presentación de los esfuerzos mediante decisiones racionales. Y el riesgo consiste entonces -explica- en que la mera acústica verbal lleva a alimentar expectativas que luego no pueden ser satisfechas o que no se quieren satisfacer. [...] El sistema político -añade- puede observar un comportamiento riesgoso y al observarlo puede remitirlo a causas y estructuras, o a frecuencias estadísticas. En cuanto el comportamiento humano pueda ser identificado como causa –enfátiza-, se puede hacer el intento de cambiar este comportamiento, no importa lo que ocurra en lugar de esto” (véase LUHMANN, Niklas, *Sociología*, cit. nota n° 10, p. 195). Es en función de estas consideraciones que pienso que, aunque el mismo autor renuncia expresamente a la racionalidad -y, con ello, a la planificación consciente- como forma de autopresentación del sistema funcional político, *puede afirmarse que existe en la concepción luhmanniana una cierta exigencia de racionalidad*, no ya teleológica o instrumental, sino una “*racionalidad comunicativa*” que permite acceder al mundo del sentido, esto es, al mundo de los sistemas que, como tales, actúan como formas de comunicación con un sentido que precede al individuo.

¹¹ Véase GÓMEZ, Claudio D. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada – Concordada – Anotada*. Córdoba: Mediterránea, 2007, p. 70.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso al Estado”.¹²

También esta circunstancia añade una buena razón justificatoria del principio de racionalidad de la actuación estatal, pues sólo un desempeño racional de esta institución puede brindarle aptitud suficiente para el logro de la finalidad que justifica su misma existencia.

1.2.

El *mandato de racionalidad estatal* se proyecta, por cierto, sobre *todas las agencias*¹³ del Estado, incluidas las que, de una u otra forma, tienen injerencia en el *ejercicio del poder punitivo*.

Pero si se repara en que el poder punitivo del Estado constituye la *más drástica forma de intervención institucional o formalizada para el control social*, se advierte sin mayor esfuerzo la *relevancia preponderante* que adquiere el principio de racionalidad estatal en materia penal.

No puedo ocuparme aquí, en detalle, de las implicancias de este mandato de racionalidad respecto de cada una de las agencias del Estado que participan en el ejercicio del poder represivo; las características de esta exposición me lo impiden. Sin perjuicio de ello, parece conveniente realizar unas pocas consideraciones sobre el punto.

1.2.1.

En lo que concierne a las *agencias ejecutivas*, la regla de racionalidad requiere -entre muchas otras cuestiones, claro está- que las *instancias encargadas de diseñar la política criminal estatal* pergeñen *estrategias político-criminales que definan objetivos expresos e instrumenten medios idóneos* para alcanzarlos, y que lo hagan en el marco de un *programa global, abarcador, de largo alcance*. Sólo así el Estado sienta las bases de una intervención que, a través de la posibilidad de contralor por parte de todas las estructuras genuinamente interesadas en el adecuado ejercicio del poder penal, podrá aspirar a razonables cuotas de racionalidad.

Es indudable que, en tal cometido, dichas instancias deben *consultar la realidad social, política, cultural y económica* de determinada comunidad -o sea, las aproximaciones empíricas a la realidad del delito, del delincuente y de la sociedad-, a la vez que *abrevar en las enseñanzas de la política criminal* entendida como disciplina académica que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal.¹⁴

¹² Véase HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*. 1ª ed. en español. 4ª reimpresión argentina. Trad. TOBÍO, Luis. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 241.

¹³ Empleo aquí la voz “agencia” en el sentido amplio y neutral que proponen Zaffaroni, Alagia y Slokar, o sea, como equivalente a “entes activos” (que actúan); véase ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Manual*, cit. nota n° 2, p. 6.

¹⁴ Esta definición de la política criminal como disciplina “académica” pertenece a BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”. *ADPCP*. vol. LVI (2003), pp. 113-150, p. 148.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

La política criminal, conviene aclarar, no constituye sólo un sector de las “políticas” del Estado, sino también un sector del conocimiento, cuya materia es, precisamente, el estudio del fenómeno criminal y la legislación que lo contempla.

De tal suerte, los aportes sobre la eficacia de los distintos mecanismos, estrategias, medidas e instrumentos penales y extrapenales que tienden a evitar el delito, son una contribución de la que no puede prescindir una intervención de las agencias ejecutivas del Estado que pretenda cierto *standard* mínimo de racionalidad.

Por otro lado, y en lo tocante a la *configuración institucional del Estado*, merecen mencionarse propuestas como las de Zaffaroni, en cuanto asevera que resulta imprescindible crear un *órgano federal de política criminal*, que sea autónomo, autárquico, tecnificado, federal, confiable y especializado, con capacidad de elaborar un cuadro de situación y de plantear políticas de Estado en materia político-penal, orientando la asignación presupuestaria como lo crea conveniente.¹⁵

Sin lugar a dudas, un ente de tales características constituye una instancia estatal fundamental para una intervención político-criminal razonablemente apegada a requisitos mínimos de racionalidad.

1.2.2.

Por otro lado, el mandato de racionalidad impone a la agencia judicial del Estado que, en su rol de *instancia aplicadora de la Constitución y la ley*, procure una *reducción de la selectividad inherente a la función de criminalización secundaria*¹⁶ y que proceda a una *apropiada administración de los limitados recursos humanos y materiales con que ella cuenta*.

Mediante esta última, tales recursos habrán de asignarse prioritariamente a la investigación, enjuiciamiento y castigo de los delitos más graves y más lesivos para los intereses fundamentales para la convivencia social, y en forma secundaria, acaso subsidiaria, a la persecución y juzgamiento de los delitos de mediana gravedad y de bagatela.

1.2.3.

Por último, corresponde hacer referencia al principio de racionalidad de la intervención que el Estado lleva a cabo en materia penal a través de su agencia legislativa.

Sin perjuicio de todo cuanto se ha expresado en orden a la “racionalidad estatal ejecutiva” y la “racionalidad estatal judicial”, lo cierto es que, en términos empíricos, los *mayores bolsones de irracionalidad de la injerencia estatal* se advierten en el ámbito legislativo.

¹⁵ Véase, con pequeñas modificaciones, ZAFFARONI, Eugenio R. “Buenos días, su señoría...”. *Sociodisea*. n° 3 (2005), p. 9.

¹⁶ La “*criminalización secundaria*” es la *acción punitiva ejercida sobre personas concretas*, que tiene lugar, primeramente, a través de las agencias policiales que detectan a una persona a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, y que prosigue, luego, ante la agencia judicial, que investiga a dicho individuo, lo juzga y, si corresponde, lo castiga.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

A título de mero ejemplo de esta aseveración, puede mencionarse que, en la República Argentina, en el lapso comprendido entre el 1° de enero de 2000 y el 30 de mayo de 2004, se promulgaron *quince leyes*¹⁷ que modificaron el Código Penal mediante la creación de nuevas figuras penales o el *endurecimiento* de la respuesta punitiva para hipótesis delictivas ya previstas en el ordenamiento jurídico.

Por eso, dedicaré la parte central de mi exposición a esta cuestión.

2.

2.1.

La *febril* proliferación de normas jurídico-penales que ha caracterizado a la legislación de los últimos años y la expansión del Derecho criminal que ella ha traído aparejada ponen en evidencia la necesidad ineludible de escudriñar el fenómeno en términos de, justamente, “racionalidad legislativa”.

Dicho con otras palabras, corresponde analizar el problema de la *justificación racional de la decisión legislativa* relativa a la creación de una disposición legal.

El problema consiste, pues, en establecer qué criterios son admisibles para reconocer como “racional” la sanción de una nueva regla que ensancha el ámbito de la *criminalización primaria* o que agrava las *consecuencias jurídicas* de determinado delito.

Por lo demás, una regla de racionalidad de la legislación penal tal como la que aquí propongo resulta *razonablemente exigible* -incluso con arreglo a un *standard de racionalidad* equiparable al que se predica respecto de la jurisdicción-¹⁸ en el marco de las peculiaridades que exhibe el ordenamiento penal en un Estado de Derecho.

¹⁷ Se trata de las leyes n° 25.297 (B.O. 22/9/2000), n° 25.326 (B.O. 2/11/2000), n° 25.528 (B.O. 9/1/2002), n° 25.601 (B.O. 11/6/2002), n° 25.602 (B.O. 20/6/2002), n° 25.742 (B.O. 20/6/2003), n° 25.767 (B.O. 1/9/2003), n° 25.815 (B.O. 1/12/2003), n° 25.816 (B.O. 9/12/2003), n° 25.825 (B.O. 11/12/2003), n° 25.882 (B.O. 26/4/2004), n° 25.886 (B.O. 5/5/2004), n° 25.890 (B.O. 21/5/2004), n° 25.892 (B.O. 26/5/2004) y n° 25.893 (B.O. 26/5/2004).

¹⁸ En su *teoría del garantismo penal*, Ferrajoli postula un *modelo cognoscitivo del proceso penal* que, en cuanto tal, confiere “...un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del poder judicial y a la validez de sus pronunciamientos, que no reside ni en el valor político del órgano judicial ni en el valor intrínseco de justicia de sus decisiones, sino en la *verdad*, inevitablemente aproximativa o relativa, de los conocimientos para cuya adquisición resulta idóneo y que asume en concreto como base de sus pronunciamientos” (véase FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª ed. Trads. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés *et al.* Madrid: Trotta, 1997, p. 542). Es, justamente, a partir de esa fundamentación sobre la *verdad* que propone y que erige en la fuente de legitimación específica de la jurisdicción penal en un estado de derecho, que el jurista concluye del siguiente modo: “A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la jurisdiccional, en el estado de derecho, es una actividad no sólo práctica o prescriptiva, sino además teórica; o, mejor aún, es una actividad prescriptiva que tiene por necesaria justificación una *motivación* total o parcialmente cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, las resoluciones administrativas y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos y tampoco cognoscitivamente fundados o infundados. Las sentencias, sin embargo, exigen una motivación que debe ser fundada en hecho y en derecho. Las sentencias penales, en virtud de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, exigen una motivación que, además, debe fundarse en argumentos cognoscitivos en cuanto el hecho y reconocitivos en derechos” (véase FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota n° 18, p. 542). Pero, además, este autor se empeña en remarcar que “...el

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

Pienso que todo lo manifestado puede admitirse sin mayores obstáculos, aún cuando se acepte, con Díez Ripollés, que cualquier intento de

“...profundizar en los contenidos de racionalidad que deberían resultar determinantes en todo proceder legislativo y en su resultado, la ley, ha de empezar por reconocer que la delimitación entre legislación y jurisdicción, entre lo que sea creación y aplicación del derecho, se mueve en estos momentos, tanto desde una perspectiva técnico-jurídica como socio-jurídica, sobre terreno poco firme. El protagonismo de la ley en la configuración del ordenamiento jurídico, rasgo esencial del derecho moderno, está siendo seriamente cuestionado -asevera el jurista-, hasta el punto de que se ha convertido en un lugar común hablar de la crisis de la ley. Con ello se querría expresar que la ley ha perdido la centralidad que venía ocupando en el sistema jurídico desde la instauración del estado de derecho liberal, como expresión de la voluntad general democráticamente expresada, reflejada en notas tales como su carácter único, originario, supremo e incondicional”.¹⁹

Ahora bien, parece inconcuso que la “racionalidad legislativa” -o, al menos, cierto grado de ella-, es *presupuesto necesario de la racionalidad en la aplicación del Derecho*.

Con relación a esto, Habermas enfatiza: “Como la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la *racionalidad de la administración de justicia* depende de la *legitimidad del derecho* vigente. Ésta depende a su vez de la *racionalidad de un proceso legislativo*, que, en la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho”.²⁰

Además, en el sector jurídico especializado, todavía persiste mayoritariamente “una aspiración de racionalidad global de los contenidos legislativos penales, que se refleja formalmente en el mantenimiento de un único cuerpo legal casi omnicompreensivo, el código, y materialmente en la pretensión de lograr un catálogo de bienes jurídicos protegidos coherente y de mantener un único sistema de responsabilidad penal y de sanciones”.²¹

Junto con todo lo anotado, nunca hay que olvidar que, como resalta Yacobucci, en la política -entendida esta expresión en sentido amplio, y comprendiendo, por ello, a la política legislativa del Estado- se decide continuamente y, como se lo hace de cara a la

vínculo de la verdad procesal es también la principal fuente de *legitimación externa, ético-política o sustancial* del poder judicial que, en contraste con otros poderes públicos, *no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal*, precisamente por el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo de su calificación jurídica exigido a las motivaciones de los actos jurisdiccionales” (véase FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota n° 18, pp. 543-544, con cursiva añadida).

¹⁹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, José L. “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”. *Doxa*. n° 24 (2001), pp. 485-523, p. 485. En http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_19.pdf [visitado el 15 de mayo de 2005].

²⁰ Véase HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. 2ª ed. Trad. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Madrid: Trotta, 2000, p. 311, con cursiva agregada.

²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José L. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003, p. 81.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

comunidad y en orden a fines o bienes participados por todos, las decisiones deben estar justificadas.²²

Y una tal justificación, por cierto, no se logra sólo mediante la formalización del ejercicio del poder, sino que presupone su *adecuación a la regla de racionalidad* de la que me ocupo en la presente exposición.

2.1.1.

Desde una línea argumental diferente, aunque no menos relevante para la consideración del tema que analizo, se ha expresado:

“Las raíces de la racionalidad se encuentran en nuestra cultura, es decir, en las formas como usamos este concepto en el lenguaje ordinario. Nuestra forma de vida está construida de manera tal que esperamos que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas. En este sentido, la racionalidad es un hecho intersubjetivo (supraindividual) dado en nuestra cultura. (...) La forma coherente de pensar está tan enraizada en nuestra cultura que la usamos como pauta cuando evaluamos el comportamiento de otras gentes. En este sentido, el concepto de coherencia es un elemento necesario de nuestro concepto común de racionalidad. Pertenece a la base de la comunicación humana. Nuestra vida social y nuestra interacción comunicativa funcionan sólo si esta precondition está satisfecha. Por ello, sería correcto decir que la reconstrucción de la racionalidad sólo explícita algo que está profundamente oculto en el uso lingüístico común de la gente occidental con mentalidad moderna”.²³

Sentadas estas reflexiones, estimo que cabe preguntarse: ¿puede el legislador penal, al sancionar una determinada disposición legal, apartarse de un presupuesto básico de la vida social y la interacción comunicativa de la *gente occidental con mentalidad moderna*²⁴ como el de la racionalidad?

Parece evidente que la respuesta negativa es la única admisible, pues el legislador, que - en tanto funcionario elegido mediante determinado procedimiento democrático- se encuentra en una “buena posición” (en sentido epistémico) para interpretar los intereses sociales que son merecedores de protección penal para determinada sociedad²⁵, no puede realizar este cometido *apartándose de elementales criterios de racionalidad*, so riesgo de perder toda legitimación.

Retóricamente, y en esta misma dirección, Habermas manifiesta que “...la única fuente metafísica de legitimidad [de las reglas que el legislador político puede cambiar en todo momento] la constituye el procedimiento democrático de producción del derecho”.²⁶

²² Véase YACOBUCCI, Guillermo J. *La deslegitimación de la potestad penal*. Buenos Aires: Ábaco, 2000, p. 28.

²³ Véase AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica*. Trad. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 251-252.

²⁴ O, aun, *posmoderna*.

²⁵ Véase AROCENA, Gustavo A.; BOUVIER, Hernán G. *Sobre la fellatio in ore*. Córdoba: Advocatus, 2000, p. 82.

²⁶ Véase HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit. nota n° 20, p. 646.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

2.1.2.

Sin que haya mayores inconvenientes a este respecto, puede apreciarse que el principio de racionalidad de la ley penal -según aquí se lo muestra- se desenvuelve, predominantemente, en el terreno de los *problemas de legislación* que en un sentido amplio han sido denominados “*políticos*”.²⁷

Como es sabido, éstos agrupan toda una serie de cuestiones de índole axiológica o valorativa, que comienza con los problemas de *política legislativa general* que el legislador penal debe resolver en dos oportunidades distintas, a saber: a) Al momento de decidir cuándo y en qué circunstancias es más conveniente resolver los posibles conflictos sociales en forma anticipada mediante normas generales, y cuándo es preferible dejar su solución en manos de jueces u otros órganos administrativos, que están en condiciones de resolverlos en forma individual, esto es, tomando en cuentas las circunstancias de cada caso;²⁸ y b) A la hora de determinar si aquellas normas generales que estima necesarias son las reglas que se valen de la drástica respuesta punitiva o si, por el contrario, es suficiente el empleo de disposiciones legales de otra clase.

Puesto el asunto en ese terreno, es sencillo reconocer que el *dilema* de la política criminal “...es el problema de la racionalidad política frente a conflictos que aparentemente no pueden ser resueltos sin el compromiso de las herramientas coactivas y sancionadoras más intensivas de que se vale la organización estatal”.²⁹

2.1.3.

Conviene anotar ahora que adscribo a un *concepto de racionalidad legislativa penal* que la concibe como la capacidad para elaborar, en el marco del control social jurídico sancionador que propicia la legislación penal, una decisión legislativa que *atienda a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre la que aquélla incide*.

Desde esta perspectiva, hay buenas razones para aseverar que lo que postulo es una noción teleológica de racionalidad, en el sentido que repara en el *fin social* que pretende lograr el legislador al sancionar determinada norma jurídica,³⁰ vale decir, en la *idoneidad que dicha regla revela para la consecución del objetivo deseado*.³¹

²⁷ Se los llama de esta forma, para distinguirlos de los *problemas de legislación de tipo técnico*, tales como los *inconvenientes lingüísticos* derivados de la ambigüedad y la vaguedad de los conceptos empleados en las normas jurídicas, y los *problemas lógicos* derivados del carácter sistemático del Derecho (contradicciones, lagunas o redundancias del sistema) o de su carácter dinámico (problemas vinculados con la creación y derogación de las normas). Sobre esto, véase BULYGIN, Eugenio. “Teoría y técnica de legislación”. En: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 409 y ss.

²⁸ Véase, con escasas alteraciones, BULYGIN, “Teoría”, cit. nota n° 27, p. 411.

²⁹ Véase YACOBUCCI, Guillermo J. “Política criminal y delincuencia organizada”. En: YACOBUCCI, Guillermo J. (Coord.). *El crimen organizado*. Buenos Aires: Ábaco, 2005, pp. 27-28.

³⁰ Para una noción semejante de “racionalidad teleológica”, véase ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 199.

³¹ La racionalidad de los fines, puntualiza Aarnio, “está basada en el razonamiento medio-fin (métodos). El comportamiento -añade el jurista- es racional si el medio elegido tiene sentido desde el punto de vista del fin propuesto. La realidad objetiva y la sociedad -concluye- son sólo condiciones del comportamiento o medios para la persona que actúa” (AARNIO, *Lo racional*, cit. nota n° 23, p. 241).

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

Pero, al mismo tiempo, se trata de una racionalidad instrumental, en tanto y en cuanto reclama -como *condición necesaria*, aunque *no suficiente*, puesto que también deberá involucrar determinados *principios y valores (reglas de garantías penales)*- la utilización de criterios que indican qué medios son técnicamente adecuados para conseguir ciertos fines.

Transitando carriles discursivos equivalentes, Linares se detiene en la *razonabilidad ponderativa de la ley*, a fin de ver cómo funciona en la práctica.

Para fundar un juicio de razonabilidad de la ley –asegura este autor-, debe mediar una valoración técnico-social o política que soporte la jurídica, y que esté constituida por la apreciación de la norma vista como técnica social en la cual se utilizan ciertos *medios* para obtener ciertos *fines* que se meritúan como valiosos.

Es sabido que la legislación enfocada desde un cierto ángulo aparece como un eficaz instrumento social para lograr ciertos objetivos -agrega el jurista-

Desde luego -enfatisa-, la técnica social no tiene la certeza de la técnica de la naturaleza física, porque en la sociedad no rige la causalidad natural sino meramente una serie de *regularidades tendenciales*, nunca seguras por la razón de que en ellas juega el imprevisible dato de la libertad humana. Hasta en las leyes económicas que parecen ofrecer una mayor dosis de regularidad, intervienen factores que les imprimen un margen muy grande de incertidumbre.

Pero aun así -concluye Linares- el hombre tiene que resignarse a utilizar la imprecisa técnica social para alcanzar con determinados *medios* determinados fines estimados como buenos.³²

2.1.4.

Sin perjuicio de todo cuanto se ha expresado precedentemente, no puedo dejar de mencionar la concepción de autores que se pronuncian de modo diferente.

Así, por ejemplo, desde la filosofía jurídica, Laporta sostiene que es “altamente dudoso, al menos en un grado suficiente como para poder hablar, efectivamente, de práctica racional de legislar”, que pueda ser extendida sin más a la realidad de las interrelaciones humanas, la relación instrumental medio-fin, que podemos establecer con mucha eficacia en el tratamiento de la realidad natural.³³

Para justificar su parecer, este autor manifiesta:

“No es sólo que muchos datos sean imposibles de recolectar y tener en cuenta por el legislador, lo que transforma este tipo de actividad normativa en un problema de

³² LINARES, Juan F. *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: Astrea, 1970, pp. 130-131, con cursiva que no obra en el original.

³³ Véase LAPORTA, Francisco J. “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”. *Doxa*. n° 22 (1999), pp. 321-330, p. 329. En http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_15.pdf [visitado el 5 de agosto de 2005].

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

dudosa solución, es que además los mensajes que emite el legislador no pueden ser palancas de inducción instrumental porque no son recibidos por un agente racional que los integra en su conjunto de motivaciones y los jerarquiza con otros muchos. La combinación de la necesaria falta de información con la actitud consciente y activa del agente es lo que produce con tanta frecuencia fenómenos como la ineficacia de las normas, los efectos no queridos de la legislación y en definitiva la dudosa capacidad instrumental de la legislación”.³⁴

Las características de este escrito me impiden un examen detenido de estos argumentos, pero no que, a modo de *impropia* -e indudablemente insuficiente- refutación, remita a la posición que escuetamente desarrollo en el presente texto, y que, aprovechando las palabras de Prittwitz, afirme que el hecho de que existan dudas acerca de la capacidad de los métodos empíricos de las ciencias sociales para probar la efectividad del Derecho penal “...no debiera llevarnos al abandono de la racionalidad de la política criminal”.³⁵

Es que, quien

“...tome en serio los problemas con que se enfrenta la sociedad, a cuya resolución deba coadyuvar el Derecho penal, esté convencido de que el camino del Derecho penal no lleva a ninguna parte y vaticine además de un modo relativamente preciso sus daños colaterales, no debe atrincherarse tras una línea de defensa, que resulta científicamente inatacable, sino que debe exigírsele, en unión o no con los científicos sociales, pero seguramente con el debido apoyo de los constitucionalistas, un método de debate explícito y transparente acerca de los caminos y las exigencias necesarias para poder dar por probada la eficacia del Derecho penal”.³⁶

2.1.5.

Sintetizando, cabe manifestar que el mandato de racionalidad al que debe ajustarse el legislador penal exige que éste acomode su actividad a un liminar *principio de utilidad de la intervención penal*, según el cual aquél ha de ordenar la *tarea que define su rol* - como encargado de sancionar la ley- de acuerdo a la aptitud de la ley criminal para el cumplimiento de su *función instrumental de eficaz protección de bienes jurídico-penales*.

La importancia de esto *no parece menor*, frente a la afirmación (tan preocupante como incontrovertible) del *ocaso de este principio de utilidad* del control penal al que asistimos en los tiempos que corren, en los que “...la *praxis* político-criminal de las diversas legislaciones ...a menudo aparece alejada de los paradigmas de una auténtica Política Criminal regida por la síntesis coherente de fines preventivos y aspiraciones garantísticas”.³⁷

³⁴ Véase LAPORTA, “Materiales”, cit. nota n° 33, p. 329.

³⁵ Véase PRITTWITZ, Cornelius. “Sociedad del riesgo y Derecho penal”. En: DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dirs.). *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 147-179, p. 167.

³⁶ Véase PRITTWITZ, “Sociedad”, cit. nota n° 35, pp. 167-168.

³⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. n° 7 (1997), p. 86.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

Es ya un lugar común -dice Silva Sánchez- “...aludir a la proliferación de preceptos que, habiendo perdido -si es que alguna vez la tuvieron- toda aptitud para el cumplimiento de *funciones instrumentales* de protección de bienes jurídico-penales, se limitan a desempeñar un mero *papel simbólico*, con exclusiva incidencia sobre la opinión pública y sus sentimientos de inseguridad”³⁸.

La sentencia del jurista español es aplicable no sólo a la creación de nuevas figuras penales, sino también al agravamiento punitivo de las ya existentes.

3.

3.1.

Los riesgos que se ciñen sobre el Derecho penal a partir de una práctica creadora del Derecho indiferente a las exigencias mínimas de una legislación penal racional son serios, y son muchos.

Me permito señalar aquí sólo algunos de ellos.

La sanción irracional de normas jurídico-penales -o, para expresarlo más adecuadamente, la sanción de disposiciones punitivas irracionales- conduce, acaso de modo inexorable, a la *inutilización del instrumento jurídico-penal del Estado*.

Esto, de alguna manera, ha sido expresado ya en los apartados precedentes.

Un ordenamiento jurídico-penal sobredimensionado en razón de la permanente elaboración de reglas ineficaces -a las que el legislador apela para postular una *pseudo solución* que nada resuelve-, se consolida, por ello mismo, como un *instrumento de solución aparente*, que encuentra en aquella consecuencia su fatal destino.

Es lo que sucede cuando el encargado de sancionar las leyes lleva al plano de las *respuestas meramente formales* lo que exige un tratamiento real, concreto y apropiado.

Si, como se dijo, *la decisión relativa a la intervención penal del Estado* prescinde de toda indagación sobre la eventual aptitud de la ley criminal para cumplir su *función de idónea protectora de bienes jurídico-penales precisamente definidos*, el Derecho penal termina por convertirse en una *herramienta de utilería*, con la que se pretende hacer frente a problemas *reales* que -precisamente, por ser tales- nada tienen que ver con conflictos ficticios mostrados en una puesta teatral o cinematográfica.

Procediendo de esta manera, en definitiva, el legislador olvida que, ante problemas sociales verificadamente existentes, el Derecho penal debe *acomodar sus características esenciales* a las notas que definen a un *medio de satisfacción real* de las necesidades y expectativas de las personas que conviven en una determinada sociedad.

Nunca está de más insistir en que el hecho de tales expectativas sociales puedan inspirarse en el ánimo de lograr una *sensible reducción de las cifras de la criminalidad*

³⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, “Nuevas tendencias”, cit. nota n° 37, p. 75.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

no debe llevar irreflexivamente a una *disposición a la acción del legislador* que, ensanchando y –aun- agravando el Derecho penal, a menudo sólo materializa “...una coartada con la que se transmite la impresión de que se haría todo lo necesario para poner coto a los problemas, cuando, en realidad, es bien poco lo que se emprende frente a las causas de origen de la criminalidad”.³⁹

¿Cuáles son esas “causas de origen de la criminalidad”?

Sin mucho esfuerzo, es dable hallarlas, entre otras, en el reblandecimiento de los conceptos de valores; el desarrollo de un individualismo desenfrenado y de un afán de lucro sin conciencia de responsabilidad social; los déficits educativos; la disminución de los controles sociales informales, sea familiares, sea vecinales; el desempleo juvenil; y también una intensidad muy débil y más burocrática que activa en la persecución de la criminalidad leve y mediana, particularmente la delincuencia patrimonial.⁴⁰

También aquí, entonces, se ve la racionalidad o la irracionalidad de la reacción estatal frente a determinados problemas sociales reales. Tanto desatino hay en la sanción de una norma jurídico-penal destinada a hacer frente a un *conflicto social meramente aparente*, como en el dictado de una tal disposición legal que resulte *categorícamente inidónea para brindar respuesta* a un problema social cuya existencia está suficientemente verificada.

En vinculación con todo lo expresado, parece pertinente traer a colación la *idea del Derecho criminal como instrumento dirigido al fin de preservación de bienes jurídicos*.

En este sentido, pienso que, como refiere Freund, siempre debe tenerse en cuenta que

“...tanto el fundamento y los límites como el contenido y la medida de la pena deben determinarse mediante la pretensión de proteger bienes jurídicos en el sentido de preservar las condiciones de vida frente a la perturbación. Sólo la pena necesaria es una pena justa. Desde esta perspectiva no es posible defender una teoría absoluta (sin fines) de la pena, ya que tal teoría no sería en absoluto compatible con el Derecho vigente”.⁴¹

3.1.1.

Por otro lado, la prescindencia de toda cuota de racionalidad⁴² en la decisión de crear una nueva regla jurídica lleva inclusive a *diluir* y, en última instancia, *enervar* la

³⁹ Véase HIRSCH, Hans Joachim. “Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho”. En: DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 129-146, p. 146.

⁴⁰ Véase HIRSCH, “Problemas actuales”, cit. nota n° 39, p. 146.

⁴¹ Véase FREUND, Georg. “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”. En: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Eds.). *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 91-92.

⁴² Entendiendo aquí por “racionalidad”, según se habrá podido advertir ya a esta altura del escrito, como *acción dirigida a fines*.

AROCENA, Gustavo. "La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal". *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

identidad del Derecho penal en tanto "ultima ratio" de la ingeniería estatal dirigida a asegurar la pacífica convivencia social.

De allí que acierte Mendoza Buergo al remarcar que resulta mucho más importante

"...respetar la *identidad* del Derecho penal en su carácter de *ultima ratio*, observando estrictamente los principios que fundamentan la intervención penal, de manera que se asegure la *seriedad* de la conminación penal -lo cual redundará finalmente en su mayor eficacia-, que acabar desnaturalizando el instrumento penal en el intento de abarcar de modo más eficaz ámbitos y funciones que se ve forzado a asumir, influido por presiones coyunturales de diverso tipo. Tal efecto sería la inevitable consecuencia de no emplear el Derecho penal de manera racional y proporcionada, teniendo en cuenta que se trata del recurso más drástico, lo que obliga a limitarlo a lo *estrictamente necesario*".⁴³

3.1.2.

Con todo, y desde una perspectiva muy diferente, conviene enfatizar que la postulación de la necesidad de la observancia de la *regla de utilidad de la intervención penal*⁴⁴ no debe conducir -por la vía de la errada comprensión de su significado- a la justificación de discursos autoritarios fundados en *lógicas "eficientistas"*, que hagan olvidar que un Estado democrático de Derecho establece límites infranqueables a su propio poder punitivo.

La legislación penal de un Estado de Derecho, si quiere ser racional, debe ser -entre otras cosas- eficaz.

Pero dicha eficacia, por cierto, nunca puede costearse en moneda de flexibilización de los principios limitadores del poder penal de un tal modelo de Estado, entre los que se cuenta el *principio de dignidad del ser humano*.

Como se sabe, de esta regla, y del principio de reserva (artículo 19 C.N.⁴⁵), se deriva para el Derecho penal "...su *limitación a los ataques que por su naturaleza son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad*".⁴⁶

4.

4.1.

Para concluir esta exposición, déjeseme llevar a cabo una reflexión final.

⁴³ Véase MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 186.

⁴⁴ En tanto uno de los presupuestos de una legislación penal racional.

⁴⁵ Disposición que sostiene: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

⁴⁶ Véase JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel. Granada: Comares, 2002, pp. 28-29.

AROCENA, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. *Polít. crim.*, N° 6, 2008, A1-6, pp. 1-15.
[http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf]

El mandato de racionalidad de la intervención estatal en materia penal, al menos en lo concerniente a la actuación arquetípica del Poder Legislativo en los últimos tiempos, *muestra hoy una falta de concreción preocupante.*

El expansionismo penal característico de los años que estamos viviendo pone en evidencia el estado de crisis que atraviesa un principio que -como el de *racionalidad*, al que me estoy refiriendo en este *paper*- es definitorio de un Estado social y democrático de Derecho, gobernado por el paradigma republicano de ejercicio del poder.

Frente a ello, al pensamiento penal actual que se pretenda responsable le corresponde un *discurso político criminal de resistencia* basado en el Derecho penal liberal, que procure deslegitimar y, aún, contener el autoritarismo penal expresado a través de este irracional crecimiento de la legislación penal.

Muchos, y variados, son los expedientes argumentales en los que ha de sustentarse esta *lógica de la resistencia.*

No puedo intentar desarrollarlos en este lugar.

Sin perjuicio de ello, puedo aseverar, con Díez Ripollés,⁴⁷ que el discurso de la resistencia debe, de partida, encaminarse hacia un doble carril de actuación.

Por un lado, ha de reaccionar -mediante el discurso- ante las propuestas de justificación dogmática-jurídica que propugnan legitimar la evolución expansionista de la política del Estado en materia criminal, como si se tratara de un fenómeno inevitable.

Por otra parte, debe “plantar cara” a los agentes sociales que -como los medios de comunicación, con su sesgo ideológico y su lucha por los lectores o la audiencia;⁴⁸ la comunidad, con su errónea creencia de que una aproximación “*de sentido común*” a la criminalidad es idónea para frenar un eventual caos social; o los políticos, con su olvido del rol de *creadores de opinión* que les es propio-, tienen importante responsabilidad en la configuración del aludido estado de cosas político-criminal.

⁴⁷ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2007, p. 105 y ss.

⁴⁸ Sobre el problema de los medios de comunicación y la “cuestión penal”, véase WALTER, Michael. “Los medios de comunicación como actores político-criminales: el ejemplo de la información sobre menores problemáticos”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n° 1 (2008), p. 1 y ss.