

---

# UN POCO DE LA IDEOLOGIA DE LAS REFORMAS Y DE LA CRISIS DEL DERECHO CRIMINAL EN BRASIL\*

---

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

*Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la  
Universidad Federal de Paraná y del Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - (IBEJ)  
Post-graduación en Curitiba (maestría) y Roma (doctorado).*

## 1. Introducción

Se vive hoy, como tal vez nunca antes en la historia, la desaparición de la *fraternidad*. Ella no fue –y no es– sentimentalismo de la modernidad. Anduvo, no obstante, adormecida ante un remolino formado por las discusiones que movieron el mundo después de la Revolución Francesa (no sin razón), y que hablaban directamente de sus otros dos marcos: igualdad y libertad. Los cambios del mundo, no obstante, nos colocó frente a la posibilidad de consolidar su desaparición y, sin ella, está a prueba nuestra capacidad de no volver al estado de naturaleza (Hobbes). Seguir pensando y repensando lo cotidiano, sin tregua en todos los campos del conocimiento, además de ser el único camino para una mejor solución parece ser, para muchos, una forma de seguir viviendo y sobreviviendo.

Por esto, no tiene perdón el operador jurídico, incluso aquél del derecho criminal (visto aquí como abarcando a sus variados ramos) cuando no se da a la labor de visitar sus asuntos a partir de la nueva óptica. He aquí, entonces, la razón por la cual es necesario analizar algunas consideraciones simples sobre lo que ha pasado y, a partir de ellas, sacar algunas conclusiones sobre los dos ramos más significativos del derecho criminal en la práctica.

## 2. El nuevo orden mundial

Hay un nuevo orden mundial impuesto e imponiéndose. Responde al frenético mundo cibernético pero, por increíble que pueda parecer, no consigue hacer desaparecer el viejo orden, sobre todo por su propia deficiencia interna, de la cual la percepción no es tan simple. Vivimos, entonces, una lucha feroz y si para algunos es cierto que lo viejo ha muerto, no parece menos cierto que lo nuevo, perfecto y terminado no nació todavía, sólo para recordar la célebre afirmación de Gramsci. Por ahora, por lo menos, lo que ha sobrado de diferente, de tradicional, de moder-

---

\* Texto parcialmente preparado para el Congreso Internacional sobre *Política Criminal e Integração Regional*, realizado en Curitiba, Paraná, Brasil, del 4 al 6 de octubre de 2000.

no y, por qué no de democrático, todavía no fue considerado obra de los Cátaros y, por lo tanto no se osó sostener, al mejor estilo del Papa Inocencio III, una cruzada anti-herética; pero es preciso tener cuidado porque no estamos tan lejos de la barbarie.

## 2.1. Mundo Globalizado

La geografía del nuevo orden es la de un mundo globalizado (Santos). Como suele suceder, se rompen las fronteras, en primer lugar, en nombre de las relaciones comerciales computadorizadas; y del *principio del placer* (Freud), si se mira por otro ángulo: el hombre nunca está y nunca va a estar satisfecho, dado que la satisfacción es siempre parcial e incapaz de rellenar su falta, o sea, el agujero (*¿negro?*) presente en la matriz de su estructura.

El fenómeno de la globalización (o globalizaciones, como quieren algunos), no obstante, parece no tener más vuelta, a pesar de sus innumerables enemigos. Bien estructurada en la difusión, alcanza a todos, pero sólo hace gozar a pocos, dejando a la mayoría solamente la esperanza y la desilusión, donde, definitivamente, se coloca en riesgo.

## 2.2. Neoliberalismo

La teoría que la sustenta es el neoliberalismo. El nombre se debe a Lippmann, pero los fundamentos, en el nacimiento, están marcados por la Sociedad de Mont Pèlerin (1947), encabezada por Hayek, la cual viene marcada en la enemistad de muerte con el Estado de bienestar europeo y con el "New Deal" norteamericano (Anderson).

Aunque el radical (neo) pudiera sugerir un nuevo liberalismo, en suma lo que se tiene de él es una negación del verdadero pensamiento liberal, donde la libertad no puede ser tomada desacompañada de la igualdad. Ahora, el enemigo a ser combatido es -y sigue siendo- el exceso de igualitarismo que intermedia el Estado de bienestar, fuente de su hipertrofia.

Para imponer tal teoría/ideología economicista, como parece evidente, el Estado precisa tragar su propia ideología (Borón), negando sus principios y postulados. He aquí la razón por la cual, en el inicio concreto de su expansión (años 70 y Thatcher en el comando), las pocas voces que se erguían en tal dirección parecían de ultraderecha y, no pocas voces, ni siquiera fueron tomadas en consideración. Mal se sabía lo que venía por delante, sobre todo después de la caída del muro de Berlín.

## 2.3. Acción eficiente (cambio epistemológico)

No se trataba, no obstante el desprecio inicial que sufrió, de mero aparato opinativo. Gente con una historia individual (y complicada) como aquella reunida en Mont Pèlerin, Hayek y Friedman en la delantera, cuando colocada en conjunto y,

quién sabe, por el destino, en el lugar y tiempo cierto, puede cambiar (o intentar cambiar) el rumbo de la historia colectiva, en el mismo diapasón de Hitler y sus compañeros en Alemania nazista. La diferencia, sobre todo, está en la propia costura presupuestaria, en la diferencia epistémica.

En efecto, Hayek no se contentó en sugerir un combate al Estado de bienestar y sus postulados. Fue más allá, tocando en la base, o sea, sustituyendo la noción epistemológica de *causa-efecto por la de acción eficiente*. El cambio, aquí, no es un mero juego retórico. Paulatinamente incorporado al cotidiano, se proyecta como un rayo en el fundamento ético de la sociedad. Al final, la *deificación del mercado*, cuando está vista por el eficientismo, glorifica el consumidor (*homo oeconomicus*, que sustituyó al *homo faber*: Assman), pero, naturalmente, toma el no-consumidor (*excluido*) como un obstáculo. Entonces, para él resta el desamor de su semejante, en un mundo de *competencia* (Miranda Coutinho).

Hayek, así, combatiendo el *constructivismo*, o sea, las instituciones *deliberadamente creadas* (por evidente que como frutos de la razón y por qué no como instrumentos de realización de objetivos de la humanidad como verdaderos límites, desde que *objetos de conquista*), colocó en su lugar un *mercado* que, naturalmente, después de los *errores de los actores sociales*, sabría optar por los *órdenes naturales espontáneos* más adecuados. La *razón*, así, es incapaz, mereciendo tutela por parte de un *padre* que se muestra *psicotizante*, o sea, que en *sí y ex ante* no relaciona sus *valores*, no interpreta sus *límites*, no comporta una *ética*.

Vale, la dicha *acción eficiente*, como *fundamento epistémico*: pero no es despreciable porque, para afirmarse, bastaría encontrar ambiente propicio como, de hecho, encontró. El resto es juego retórico, (inter)mediación, discurso. Se abre a partir de aquí, por otro lado, el comienzo de la pesadilla neoliberal y, quién sabe el punto de partida de su demota puesto que, aún no siendo ingenuo, subestima al hombre y su capacidad de indignación y resistencia.

#### 2.4. Desmonte del Estado (deregulation)

En la visión de los neoliberales, el Estado de bienestar se transformó en un mastodonte, y si por un lado es incapaz de cumplir sus promesas, por otro se mantiene inexplicablemente metido en las relaciones individuales, mayormente en el mercado, de donde precisa salir impostergablemente. Es necesario, según los pregoneros de esta visión economicista, desmontar ese Estado, reorganizándolo de forma tal que, en la nueva postura, sea un Estado mínimo.

Para tanto, en un primer momento, se trata de hacer su desmantelamiento. Aquello que a primera vista se muestra ineficiente -y originariamente podrían ser todos los órganos-, no es guillotinado, porque la horrible escena podría repercutir mal y representar, en sus fines, el papel inverso al que se pretende. Se le reserva, a partir de una urdida estrategia, una infección mortal, al punto de dejar al enfermo

repulsivo a los ojos de terceros. Y ahí, desmantelado –y pestífero– está en el punto de defecación. A esta altura, basta pensar en nuestras Universidades Públicas y los presupuestos con los que están conviviendo (que es lo que no se ve, discute o toma en consideración), el motivo mayor de sus dificultades. Hayek, por lo tanto, sostiene ser función del Estado tan sólo aquellas correspondientes a la *policía* y a la *caridad*, lo que es utópico, pero no imposible si nos conformamos, resignadamente, con las sorpresas que nos están presentando todos los días.

Por otro lado, en una visión macro, la escalada definitiva a la demolición de la vieja perspectiva del Estado vino con la consolidación del independiente *mercado financiero global*, éste sí detentor del poder en un mundo globalizado. Se llegó a tanto, como parece primario porque se fue tratando de promover un inmenso programa de *desregulación* de la economía, donde el punto alto fue la ruptura de las reglas del sistema creado en Bretton Woods (1944), para regular la estructura en la post-guerra. Por él, todos los países que participaban tenían monedas que mantenían una paridad fija en relación al dólar americano, al mismo tiempo que el Banco Central de los Estados Unidos garantizaba la conversión de las reservas en oro. Era, de un cierto modo, un puerto de referencia (si no seguro) de control de los cambios o transferencias de capital (y en consecuencia, de bienes), de modo que permitía y exigía una administración. Entonces, en un mundo global, neoliberal y cibernético, administrar el tránsito de dinero y el flujo de capitales con autorizaciones previas y, en fin, fiscalizaciones de los gobiernos era –y es– mero obstáculo burocrático, absolutamente indeseable, dada la velocidad de las negociaciones, que debería ser alejado; y fue. Todo sin embargo, de lo que se sabía de los nefastos resultados, principalmente en el campo social y en los países periféricos. No se podía esperar, no obstante, que gente preocupada exclusivamente con el tener y no con el ser tuviera ojos para eso. No más, aquello que atravesara –o atravesase– en el camino (no importando el origen y relevancia), debería ser alejado, dispensado. Se hace eso cambiando el Derecho y los derechos.

## 2.5. Desprecio por el derecho (flexibilización)

Se presenta el neoliberalismo, en el campo jurídico, a partir de esta visión, calcada del axioma: "más sociedad, menos Estado" (Grau). El derecho, así, es un obstáculo, no propiamente porque consolida situaciones, paralizando la historia, sino porque eso puede significar la imposibilidad de la tan ansiada eficiencia, imprescindible cuando todo pasa a ser competencia.

Hay, evidentemente, un *desprecio por el derecho*, mismo porque siempre fue, en la modernidad, exigencia indeclinable la imposibilidad de regreso al *status quo ante* cuando la cuestión se trata de *conquistas constitucionales* (Canotilho). Pero es principalmente a ellas que se trata de atacar en el nuevo orden, con los subterfugios más variados, entre los cuales se destaca la llamada *flexibilización*, siempre tan loada por los menos avisados. En fin, estamos en una situación de verdad delicada, más todavía cuando voces de relevancia no se dan cuenta –o no se quieren dar –

de la situación, de modo a ser viable recordar la vieja fórmula del abad Lacordaire, de que, en algunas hipótesis, la libertad esclaviza y la ley libera.

No se trata, por lo tanto, de volver al positivismo, principalmente en su perniciosa cara legalista, pero no hay que presuponer ser mejor no propiamente un mundo de anomia, sino aquél, dónde no hay espacio para la esperanza democrática, para el crecimiento del hombre, para su dignidad, siempre comiéndose el riesgo de que el discurso del derecho es, por excelencia, *imaginario* (Lacan) y, por lo tanto, pasible de deshacerse a partir de otro lugar, productor de la desilusión, del cual el ejemplo más grande es el hambre.

## 2.6. La naturalidad de la aceptación: cooptación

Sin embargo del gran espectro del padecimiento, pasma como se acepta todo, se admite, peor, marcantes luchas entre los propios sufridores. Hay una recepción casi natural (Ramalho), como si fuera un objeto que pudiera ser consumido. Se trata, a lo que parece, de articulada cooptación, al mejor estilo nazista. Se hace de la seducción un arte, se juega con objetos de deseo dándoles una doble faz: satisfacer (siempre parcialmente, claro) a los incluidos y entorpecer (¿ hasta cuándo?) los excluidos.

## 3. El lugar de los excluidos

Todas las dicotomías que el mundo conoció no se muestran más suficientes para resolver la situación actual. Ricos y pobres; opresores y oprimidos, entre tantas otras, no reflejan el *eficientismo* del pensamiento economicista neoliberal. *Incluidos* y *excluidos* forman, ahora, el resultado de lógica que reduce todo al mercado (*deificado*) y sus reglas, donde la preocupación con la ganancia, por ser elemental, despunta.

La nueva dicotomía está presente en todos los campos, pero asume, para el análisis que nos interesa ahora, un papel especial en el derecho criminal de hoy, razón por la que merece ser siempre visitada.

### 3.1. Excluido como no consumidor (*Homo famelicus*)

En el mundo globalizado neoliberal, los *excluidos* son productos del sistema, pero cargan la culpa de no haber sabido alcanzar su *inclusión* (Hayek). Incluido, de su parte, es aquél que está dentro del *mercado*, *consumiendo* y, en consecuencia, *produciendo*.

El *excluido*, por su turno, sobrevive de las migas porque, al margen del mercado (es un *no-consumidor*), se coloca en la condición de descartable y, por lo tanto, en el cuadro actual, se muestra como un obstáculo, dado a continuar demandando

por las necesidades básicas (*homo famelicus*). Al margen del sistema, precisa una oportunidad para ajustarse a la nueva situación pero, si prefiere continuar en la marginalidad, poco puede ser hecho (Dahrendorf), cuando los ojos deben volverse para el futuro y la actuación dirigirse a crear mecanismos que no permitan la misma situación en nuevas generaciones.

### 3.2. La sociedad 20 por 80

La reunión promovida por la Fundación Gorbachev al final de septiembre de 1995, en el Hotel Fairmont, en San Francisco, en California, reuniendo quinientos líderes empresariales y políticos, además de científicos de todo el mundo, resultó en conclusiones que son paradigmáticas para la comprensión de lo que estamos viviendo (Martin/Schumann). La situación de los excluidos, su futuro y el de todos no fueron olvidados en las discusiones; el resultado es trágico, pero realista, no pudiendo ser olvidado jamás por cualquiera que piense en situarse en la racionalidad neoliberal.

La *sociedad 20 por 80* es una conclusión indiscutible al análisis. En efecto, al ritmo que van las cosas, en el próximo siglo bastaría 1/5 de la mano de obra en condiciones de producir para abastecer la demanda. La economía mundial, globalizada, sería sustentada por 20% de los candidatos a empleos; y los efectos, evidentemente, serían producidos en cualquier país. Los otros 80% estarían fuera (*excluidos*) de la producción, del consumo y, por consiguiente, del ocio. Lo serio del problema, como es sintomático, es que los cálculos alteran sustancialmente las estadísticas actuales, donde las perspectivas reales de la búsqueda de una vida mejor (con confort) alcanzan un número muy distinto; y contemplan gente en condiciones de darse cuenta de la situación. Burlar es, quizás, la palabra clave.

### 3.3. "Tittytainment" (Brzezinski): el golpe por el imaginario

Para tanto, el ex-Secretario de Estado del gobierno americano, Zbigniew Brzezinski cuña un neologismo: *tittytainment*, resultado de la conjugación de las palabras *entertainment* (entretenimiento, diversión) y *tits* (tetos, senos, en el lenguaje popular americano). En la base de la aglutinación de diversión con amamantación, por el *tittytainment* el mundo de los *excluidos* podría mantenerse satisfecho (Martin/Schumann). Se trata, evidentemente, de un golpe por el imaginario. Se va llevando la situación vendiéndose la ilusión a través de fórmulas milagrosas. El problema es que lo real puede establecer aquello que los neoliberales no consiguen dar (no consiguen decir, por ejemplo, concretamente, cuanto es preciso privatizar), o sea, un límite, tal vez intransponible y, ahí, no hay imaginario que sustente el sujeto. Con todo, no se trata solamente de vender una ilusión – o mantenerla por el discurso mítico del derecho o sea cual fuere –, sino de colocar el agente delante de la situación concreta de "nunca venir a ser" (Miranda Coutinho). Por tal camino, se puede llegar a una catástrofe (Safouan); sólo que no se puede decir que no se sabía.

### 3.4. Gente con voz y voto

Hay, no obstante, una creencia tan acentuada en la fuerza del *tittytainment*, que no se dan cuenta de que las medidas lanzadas a partir del pensamiento economicista neoliberal excluye grandes masas, en todos los cuadrantes del mundo, pero no consigue eliminar, desde luego, su conquista de voz y voto (Martin/Schumann). El peligro, naturalmente, es el mecanismo natural de *proyección*, que puede llevar no sólo a un retorno al discurso de los viejos ultraderechistas como, por él, a encontrarse los *chivos expiatorios* (Pommier), de inmigrantes a migrantes, por ejemplo.

### 3.5. Primer mundo en el tercero y tercer mundo en el primero

En el perímetro de la exclusión-*tittytainment*-cooptación, los neoliberales consiguieron, en la globalización, llevar el primer mundo para dentro del tercero, pero no se dieron cuenta de que estaban produciendo, también, el camino inverso. Por evidente que una propuesta (realización) del género seduce a las elites periféricas y por más tiempo puede, ahí, engañar a los excluidos, pero así no lo será en los países centrales, donde hubo *fundación* y hay *simbólico* (Calligaris). De ahí no ser una quimera pensar que los primeros –o los únicos– capaces de librarse del neoliberalismo-globalización sean los americanos (Martin/Schumann).

### 3.6. La caída de la clase media

En efecto, aunque la exclusión-proletarización de las clases medias americanas sea inferior a lo que ha pasado en el resto del mundo – ¡y tiene que ser! –, hay en curso un proceso visible de declinio; y lleno de críticas.

Por otro lado, es innegable que, con él, se tiende a un aumento de la criminalidad. Crimen y pobreza nunca fueron sinónimos; muy por el contrario. Pero nadie duda que los factores económicos son la causa principal de su recrudecimiento. Resta saber, en fin, cómo cuidar de la situación; y a esto deben responder los pensadores del derecho criminal.

## 4. Pensamiento economicista en el derecho criminal de hoy

Sería imposible, en este breve espacio, algo más que simples registros, pero algunos, especialmente relacionados al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal son imprescindibles, por lo menos para constatar e indicar la dirección hacia donde caminan las líneas de tendencias.

4.1. En el campo del Derecho Penal, hace décadas se venía produciendo a partir de una realidad que no dejaba muchas dudas a los más lúcidos: él precisaba ser *mínimo*.

4.1.1. En efecto, el trazo individualista del Derecho Penal dejó claro que los *preceptos primarios* comenzaron a no responder adecuadamente a la *tutela de los bienes jurídicos* (Liszt) a los cuales estaban dispuestos. Además, no sólo la reserva de ley, la tipicidad y taxatividad son conquistas indeclinables del ciudadano como, por otro lado, desmontan el arbitrio porque funcionan como limitación ajustada, a pesar de la siempre presente manipulación, en la vía de la *exégesis*.

No obstante, es sabido de todos que se tiene, en el Derecho Penal, una mera *reacción secundaria*, de la cual sólo se debe echar mano cuando los demás ramos del derecho se muestren insatisfactorios o incapaces. Por elemental, no tendría sentido buscar solución en el campo penal cuando la cuestión puede ser solucionada en la esfera administrativa, por ejemplo.

Así, se facilitó el descompás dada la evidente precariedad (por la lentitud), entre los *preceptos primarios* y la vida de relación, marcada por una velocidad grande y dónde los *bienes jurídicos*, cuando confrontados con los intereses que los envuelven, ya no responden de manera adecuada. El *interés social de la propiedad*, en el ámbito interno, y el descontrol de las *transferencias de grandes sumas de capitales*, en aquel externo, dan la dimensión, aunque simple, de la inadecuación referida.

4.1.2. Desde el punto de vista de los *preceptos secundarios*, mejor suerte no socorre el Derecho Penal. Después de mucha polémica, siempre delante del viejo patamar, se tomó como casi cierto la *polifuncionalidad de la pena* (Vassali). Al final, no era otra cosa que el desajuste entre la reacción, en su *forma y extensión*, y la ofensa a los *bienes jurídicos tutelados*, que llevaron a tal conclusión. Se denunció, en un polo, la barbarie de la reacción por la reacción, como negadora de la propia civilidad; del otro, se constató el fracaso de la pena de prisión, como consecuencia de las condiciones inhumanas del sistema prisional y la imposibilidad de cumplir cualquiera de sus objetivos que no aquél de la mera segregación.

4.1.3. El Derecho Penal se metió en una paradoja: ya no responde, con exactitud, sus cultores, para qué y para quién ha de servir. Con lucidez, entonces, delante de la realidad, se piensa en el *derecho penal mínimo*, porque imprescindible a la existencia de él, como *calificador de un desvalor de conductas* (Welzel), teniendo en vista la *seguridad del castigo*. Se podría decir, tan sólo para un refuerzo, que el hombre, por su naturaleza, demanda la existencia de la ley (y también de la Ley, con mayúscula, dirían los psicoanalistas), especialmente en un nivel de reacción que, antes, funciona como *preventivo*.

Sin embargo, no es pequeño el número de aquéllos que no ven cualquier sentido en el mantenimiento de un Derecho Penal que, de antemano, se sabe no responder a aquéllo a que se presta. Los dichos *abolicionistas* (Hulsman, el conifeo), así, no son incoherentes; sólo no tiene razón cuando la cuestión es decidir sobre la necesidad de *intervención* del Estado en el área.



Por otra parte, parece incuestionable que se ha de demoler el Derecho Penal; como está pensado hasta hoy, cuando el tema es alcanzar conductas que están fuera del padrón tradicional, individualista. En las de pequeña lesividad, se muestra demasiado y no es por otro motivo que se habló – y se habla – tanto, en *descriminalización*, cuando no en *despenalización*; en las de gran lesividad, pero donde están los autores, por las más variadas razones (en aquellas practicadas a través de grandes corporaciones, la *persona jurídica* en la base, por ejemplo), más allá de su alcance. Aquí, la solución, como han pensado algunos, sería dejar el Derecho Penal exactamente con la dimensión que se le dio, porque infructíferos los intentos de alteración, buscándose fundar otro ramo, quizás entre él y el Derecho Administrativo, al cual se podría llamar de Derecho de Intervención (Hassemer).

Se trata de una propuesta, entre otras, para ser pensada, pero hay, hoy, frente al pensamiento economicista, una discusión preliminar, en vista del desvanio de los presupuestos y de la aparente amnesia que asalta algunos ilustres demócratas.

4.2. El Derecho Penal, marcado por la *epistemología neoliberal*, entró, por la (des)razón de algunos, en la *contramano de la historia*. Salta a los ojos, en un primer momento, que se ha confundido *eficientismo con impunidad*. De la misma manera – y por pura lógica – quieren dar a su reverso, en los juegos discursivos, la más dura respuesta penal posible. Es así que se sataniza el *excluido*, sin cuestionarse *nada* (las razones que lo llevaron a tanto, como sería primario, en primer lugar), bastando estar el agente en aquella situación. Esto es la negación emblemática de la civilidad, conquistada, como se sabe, a costas de millares de vidas. Resta saber, sobre ese *lapso de memoria*, hasta cuándo será posible soportar.

4.2.1. Por cierto, el *tittytainment*, como estrategia, es genial, porque socorre a la demanda imaginaria de los hombres, pero no seguirá, *ad etemum*, llevando de roldán a aquéllos que siguen pidiendo para ser engañados. Ellos también, por supuesto, acaban por encontrar un *real* que no da treguas, por el hambre, sólo para mencionar un ejemplo. De la misma forma como sucedió en la Edad Media, con el combate discursivo inicial a la herejía no produciendo ningún efecto (y repárese que la hegemonía de la Iglesia, entonces, era mucho mayor que la neoliberal, hoy), es lícito pensar en el naufragio del *tittytainment*.

4.2.2. Lo que viene a seguir, como parece sintomático, sería un derecho de fuerza, como sucedió (para continuar en la comparación con la situación medieval del nacimiento de la Inquisición) con el combate a la herejía, cuando, por una alteración (manipulación) jurídica, Inocencio III, por la Bula *Vergentis in senium*, equiparó aquella actividad con el crimen de lesa majestade. Ahora, no obstante, la situación es distinta. Dentro de la misma base legal – y a partir de aquella constitucional – , concomitantemente con el *tittytainment* (y quizás ilusionados por él), algunos penalistas, hasta entonces tenidos como democráticos, cuando no caritativos, han impuesto un derecho penal máximo: es verdadero terror legal. Ellos integran aquello que se convino en llamar de Movimiento de ley y orden. Son, sin duda,

hombres adeptos del orden por la fuerza, para los cuales, en general, el fin justifica los medios. Ciegos (¿no sería a propósito, por lo menos para algunos?) por las inmensas dificultades de lo cotidiano (la realidad ha sido impiadosa), no tienen razón suficiente para colocarse en el lugar del otro, para darse cuenta de lo diferente, para pensar en fórmulas capaces de rescatar los desviantes y, al final de cuentas, los criminales. El dilema, con todo, es que un derecho penal máximo no excluye a nadie, transformando a todos en delincuentes, a pesar de que gente de ese porte se piensa, en general, intocable, inalcanzable, olvidando poder ser víctima de la misma lógica perversa que insiste en no humanizar ese otro, aún él, si es el caso, en su propio tiempo.

4.2.3. Así, la *criatura* tiende a tragar al *creador*, que no se da cuenta de haber producido una *amenaza constante*, la cual puede escaparle del dominio en cualquier momento. Impulsado por una amenaza imaginaria, lancinante, no consigue ver la *amenaza verdadera*, delante de sí en las grandes pantallas de los *home theatres*. Claro, fue así que Orwell articuló en Gran Hermano, en 1984, intentando demostrarnos que no había salida fuera de la *democracia*. Pecado, no obstante, que fue olvidado; o no fue leído.

Los hombres de la *fuerza*, del *orden*, de la *ley* (en este sentido), han servido a un dios que los puede consumir, tan sólo no sirvan más a sus propósitos de ganancia. Hay, no obstante, *dignidad* suficiente en el Derecho Penal y en los *penalistas comprometidos con su gente* de modo a seguir luchando contra la barbarie de un *derecho penal máximo*, así mismo porque podrá no haber perdón para ninguno, en el caso que fracase el Gran Hermano; y eso no es imposible.

4.3. En el ámbito del Derecho Procesal Penal, la situación no es diferente, como parece elemental, no sólo por la *instrumentalidad* y *mutua relación de complementariedad* existente entre él y el Derecho Penal, sino, antes, por la influencia directa de la *epistemología neoliberal* que insiste en pedir paso (cuando ya no lo hizo), especialmente cuando están en cuestión las tan discutidas *reformas del proceso penal*.

4.3.1. No se habla, hoy, de reformas. Ellas ya venían en gestación por lo menos desde 1963 (Proyecto Tomaghi), siempre hablándose en *adecuación a la realidad* y *democratización procesal*. Ahora, dentro del pensamiento economicista, la vieja mentalidad reformadora ya no se mantiene, por lo menos con aquellas bases. Entonces, para un *derecho penal máximo* no hay que hablar en *democracia procesal*.

He aquí, entonces, la razón por la cual, hoy, se tiene tanta resistencia al cambio de aquello que efectivamente importa: el *sistema procesal*. Por consecuencia, no se toca en tal tema —y no pocas veces la negación es proposital— porque eso significaría tener que colocar en discusión la cuestión de sus presupuestos, a comenzar por aquella del *principio regente*. Se tiene, entonces, *inconscientemente*, la imposición de una *reforma de apariencia*, de mero maquillaje, siempre al servicio del

*tittytainment*: se reforma, pero se mantiene todo como siempre estuvo (Lampedusa), satisfaciendo a los señores de las soluciones de compromiso (Cordero).

4.3.2. Por esto, es visible una nítida *tendencia a seguir nuestro proceso penal siendo esencialmente inquisitorio*. En consecuencia, él es así en función de la *gestión de la prueba* (Cordero) estar concentrada en las manos del órgano detentor del poder. No lo salva ni aún la retórica afirmación de que tenemos un *sistema mixto*. Éste, en verdad, ontológicamente no existe pues, se sabe bien que lo que va a caracterizar un sistema es el *principio unificador* que lo rige y, seguramente, porque primario, *no hay un principio mixto*. Para un Derecho Penal de fuerza, un proceso penal de fuerza, inquisitorio. Si fuera diferente, sería de extrañar por lo ilógico; por lo menos ante esta lógica, que es neoliberal.

4.3.3. Otra nítida tendencia del reformador del proceso penal apunta en la dirección de tener menos *burocracia*, aunque no se sepa bien lo que quiere decir cuando la cuestión es mantener o no reglas de un instrumento tenido, ineludiblemente, como un mecanismo de garantía del ciudadano. Así, menos *burocracia* – para conseguir velocidad, naturalmente – puede significar la supresión de recursos; la superación de la exigencia de ciertas pruebas como, por ejemplo, el examen de cuerpo de delito en los crímenes que dejan vestigios; decisiones sin motivaciones; y así en adelante. Por atrás de todo y en evidencia está el poco caso por el reo y, en consecuencia, por la necesidad social de seguridad de las decisiones. Invocar los errores judiciales (cada vez más frecuentes) sería despreciable. La eterna lucha entre velocidad (rapidez en la prestación jurisdiccional: justicia tardía es injusticia, como se dice en el habla popular) y seguridad al decidir (tomada mucho más como certeza que como verdad: Camelutti), en consecuencia, precisa recibir mejor atención cuando esté en discusión el proceso penal. En él, el interés colectivo es absolutamente preponderante, pero no en el sentido de la condenación y sí en aquél de tener una decisión justa. Por esa forma, es preciso tener presente que, en nombre de esto, puede el tiempo tener que ser más largo; y se ha de soportar la demora, bastando, para no ser excesiva, un dominio adecuado de las reglas procesales; y buena voluntad, para trabajar y, por otra parte, ofrecer los medios necesarios al buen funcionamiento de los órganos: son tantos los ejemplos de tal conjugación, pero la magistratura de Rio Grande do Sul tal vez sea aquella que mejor pueda servir aquí; y si puede funcionar en la Justicia riograndense es, por cierto, factible en otros estados del país. Se trata, no obstante, de una lucha ingloria: si se pudiera condenar sin proceso alguno, por cierto que así lo sería si dependiera de los neoliberales, cuando no fueran ellos los condenados, naturalmente.

4.4. La estructura se ha mostrado, esencialmente, como una lucha contra los *excluidos*, con una inflación legislativa en el ámbito penal, de modo a producir *culpa* en todos, siempre delincuentes y, por lo tanto, sujetos a la estigmatización (Becker) por el crimen y por el proceso. Atormentado por la angustia de ser *descubierto*, el agente busca protegerse, tratando de transferir a los otros, la *culpa* que

piensa tener. El mecanismo es *paranoico* y, por evidente, produce sus víctimas, como sucedió, por ejemplo, durante la llamada *peste negra* en Milán, cuando acabó por desaguar en un proceso temible (*Vermi*), registrado para siempre en la conocida *Columna Infame*.

Producidos los *excluidos*, en este campo, quizás su única oportunidad de mantenerse en el sistema sea a través de la *prisión* (Forrester). Es imprescindible, *antes de todo*, no permitir que se llegue a tal situación. Para tanto, hay que resistir.

4.4.1. La resistencia es determinada no por la pasión al pasado o por el mantenimiento del *status quo* (impedimento del progreso), sino por tratarse de garantizar la efectivación de la Revolución Francesa, en los países periféricos – y el Brasil es su mayor ejemplo –, de modo que, después, se pueda, quién sabe, tener una crisis de *tercera edad*. Se tiene, en fin, que seguir buscando una solución, en la vía democrática, porque ella es “un” sentido posible, en vista de la comprobada imposibilidad de tener “el” sentido, *perversamente* imaginable como factible en aquéllo que se convino en llamar de *dictadura del objeto*. Los *derechos y garantías individuales* continúan representando una *reserva de otro*, una individualidad que no se puede evitar por el mismo discurso productor de *fantasmas*, como intentaba hacer el cerdo Garganta, al servicio del poder (Orwell).

4.4.2. El precio a pagar para mantener las conquistas democráticas es no *deslizar en el imaginario*.

El *reconocimiento de la incapacidad humana* hecho por Hayek sólo parece ser un acto de *humildad en la apariencia*. Hay en su subterráneo, otra realidad, la cual merece un mínimo de reflexión. Claro, decir que *somos incapaces de tener el dominio cognociente de los resultados de todas las acciones* y, por lo tanto, que no podríamos preverlas – así como la *ciencia* –, razón porque habríamos de tener un *racionalismo de carácter eficiente* en su sentido puramente empírico, es ignorar la humildad con la cual nos presentamos delante lo desconocido. De hecho, al revés de ser un acto de grandeza (¡sé que no sé todo!), es simplemente un acto de *aparente viveza* pero, en el fondo, a lo que parece, *psicótico*, porque *paranoico*, desde que el *naturalismo del mercado* es tomado, aunque imprevisible, como *real posible* y decisivo para apuntar cual *orden natural espontáneo* debería regir la sociedad porque es más *eficiente*. Hay, por evidente, en este espejismo neoliberal, una creencia en una *verdad Toda, mercadológica*, que no permite cualquier *error*, cualquier *falta*. Sin ella, como parece elemental, no hay *representación de la pulsión*; sin ésta, no hay *límite*; sin límite, no hay *desea*, sin deseo, hay un mero *deslizar en el imaginario*, como diría Lacan (Miranda Coutinho).

4.4.3. El *pensamiento economicista neoliberal consume la ética*; y sin ella el hombre se consume a sí mismo.

Mirando para sí, no consigue reconocerse, en lo que se refiere al *yo*, como un extranjero y, así, no ofrece una oportunidad al *Otro* (Lacan) que allí está, como *centro ineliminable*, dígase de pasaje como siempre estuvo, desde el comienzo.

Mirando para su semejante, no consigue darse cuenta de la *diferencia*, en lo que es sustancialmente *diferente*. Se anula al *otro* que, extrañamente, demanda esa *anulación*.

Resistir, en este punto, es mantener una *ética de alteridad* (Dussel), donde el *otro* – y el *Otro* – sean tomados en consideración en sus efectivas dimensiones.

---

---