

EUGENIO RÁUL ZAFFARONI
MATIAS BAILONE
ROSA MAVILA LEÓN

DOGMÁTICA PENAL y CRIMINOLOGÍA CAUTELAR

*Una introducción a la criminología cautelar con
especial énfasis en la criminología mediática*

2

Director

José Eduardo Prado Soriano



ideas
Solución Editorial

DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA CAUTELAR
*Una introducción a la criminología cautelar con especial énfasis
en la criminología mediática*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
MATÍAS BAILONE
ROSA MAVILA LEÓN

DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA CAUTELAR

*Una introducción a la criminología cautelar con
especial énfasis en la criminología mediática*

DIRECTOR
JOSÉ EDUARDO PRADO SORIANO



ideas
Solución Editorial

DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA CAUTELAR

© EUGENIO R. ZAFFARONI
MATÍAS BAILONE
ROSA MAVILA LEÓN

© IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL S.A.C.
Jr. Azángaro 1075 of. 403
Teléfono: (01) 457-2150 / Cel.: 949050813
E-mail: ideas.solucion.editorial@gmail.com
www.editorialideas.com

1ª edición: octubre 2017

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Nº 2017-13237

www.matiabailone.com

Diseño de portada: Melissa Stefany Chirinos Paucar

Diagramación de interiores: Enrique M. Tello Paravecino

Impreso en:

AGENCIA BRAND PERU S.A.C.

Av. Tomas Marsano Nº 3186 Urb. La Castellana Stgo. Surco -
Lima

R.U.C.: 20601221412

Octubre 2017

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú / Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

Presentación

José Eduardo Prado Soriano 9

***Laudatio* en honor al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni**

Rosa Mavila León..... 27

PRIMERA PARTE

Reflexiones en torno a la globalización y el Derecho penal

Eugenio Raúl Zaffaroni 43

Evolución de las categorías jurídico-penales desde una perspectiva política y filosófica

Eugenio Raúl Zaffaroni 55

La protesta social y el Derecho Penal

Eugenio Raúl Zaffaroni 83

SEGUNDA PARTE

La criminología cautelar: Una aproximación al pensamiento de Eugenio R. Zaffaroni sobre la cuestión criminal	
<i>Matías Bailone</i>	91
La incidencia de los medios masivos de comunicación en la construcción de la sensación de inseguridad ciudadana en referencia al crimen urbano	
<i>Matías Bailone</i>	115
Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicación	
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
<i>Matías Bailone</i>	127
Algunas notas aclaratorias sobre la criminología cautelar	
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	173

PRESENTACIÓN

José Eduardo Prado Soriano

I

En la mañana del miércoles 12 de junio de 2013 el claustro de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Decana de América, otorgó a Eugenio Raúl Zaffaroni la máxima distinción de Doctor *Honoris Causa*, merced a su relevante trayectoria y grandes méritos personales y profesionales. A raíz de ello entre los días 12 y 15 de junio del mismo año, se celebró en Lima el I Congreso Internacional de Derecho Penal, Política Criminal y Criminología en homenaje al galardonado profesor; organizado por el Taller de Ciencias Penales (R.D. N° 447-D-FD-09 y R.R. N° 03469-R-09).

En aquel entonces dado mi cargo como Coordinador General de dicho taller sanmarquino, asumí también con mucho entusiasmo, enervación y gran expectativa la presidencia del Congreso. Pero eso fue un título que me posicionó simplemente en calidad de representante, nada más; porque los ver-

daderos actores que hicieron posible que esto avanzara y concluyera exitosamente se debió a los esfuerzos desmedidos de los miembros que en esa época conformaban el Taller de Ciencias Penales, entre egresados y alumnos de pregrado; especialmente quiero referirme y reconocer a Gonzalo Castañeda Quiroz, Carmen Lizbeth Ancco Ramírez, Richard Loarte Quispe y Walter Zafra; que sin sus iniciativas, experiencias y tolerancia –sobre todo para conmigo– jamás se habría podido sacar adelante el justo homenaje. Asimismo, quisiera agradecer a los profesores Rosa Mavila León (Perú) y Matías Bailone (Argentina) que sin sus aportes el evento solamente hubiese sido un deseo hasta el día de hoy; puesto que ellos propiciaron las perfectas condiciones para que el maestro pueda estar con nosotros. No podemos dejar de pasar por alto tampoco a los destacados investigadores nacionales: Mario Pablo Rodríguez Hurtado, Germán Small Arana, Víctor Cubas Villanueva, Duberlí Rodríguez Tineo, Carlos Rivera Paz y muchos más; quienes nos acompañaron con sus magistrales exposiciones.

Recuerdo con alegría y añoranza que durante esos días el famoso teatro Felipe Pardo y Aliaga se encontraba hasta el tope, lo que hizo que, en más de una ocasión, la salida del homenajeado se vea ralentizada por una multitud que le exigía fotos y autógrafos; claro que todo esto acontecía bajo el calor del cariño, la admiración y el estima hacia su

persona, por eso en ningún momento aquello fue una molestia para nadie, mucho menos para el profesor Eugenio Zaffaroni. De igual forma, se me viene a la mente que gracias al magno evento pudimos entablar contacto, por primera vez, con brillantes jóvenes penalistas de distintas partes del país que en la actualidad no solo nos vincula el interés por las ciencias penales, sino también una inquebrantable amistad.

II

A todo esto, ¿qué nos motivó sacar adelante un congreso de esa índole?, ¿la sola visita de Zaffaroni a Perú por su investidura en grado de *Honoris Causa*? Por supuesto que no.

Después que San Marcos viviera durante muchísimos años inmerso en su “sueño dogmático”, la nueva generación de penalistas comenzamos a sentirnos insatisfechos con los límites de nuestras discusiones, que solo se restringían a legitimar un orden normativo pre-definido, así el análisis fuese llevado a una perspectiva de *lege ferenda*; pues la realidad nos iba colocando ante nuestros ojos el hecho de que la criminalidad no tenía que ser abordada únicamente de esa forma, por más cómoda que resultara; por lo que hubo la necesidad de llevar a la dogmática penal a un segundo plano —aunque en ningún momento la negamos— y enfocar nuestra atención en la criminología, lo que nos llevó a

encontrar entre las obras de aquel “hombre de la universidad pública y gratuita” una comprensión integral de la cuestión criminal especialmente desde la mirada latinoamericana.¹

Esa realidad aplastante la cual nos desorbitó del cíclico conocimiento dogmático fue darnos cuenta que en el Perú una investigación seria sobre el tema era ausente y los pocos datos que teníamos respondían a tendencias populistas que generaban soluciones de emergencia; por tanto, las teorizaciones propuestas no siempre podían resultar ser congruentes con las necesidades de desarrollo democrático y social de nuestro país.

En ese contexto fue que apreciamos con mayor nitidez que el estudio y el desarrollo de saberes no jurídicos pero de impacto en la contención del poder punitivo, como la criminología, habían sido relegados; y los pocos que existían, se habían reducido a estudiar los fenómenos delictivos provocados por los sectores más deprimidos de la población a fin de generar y aplicar “recetas” de represión con esperanza preventiva. Encontramos a la criminología académica convertida en un fiel vasallo de la

1 Sin embargo, cabe aclarar que no fue el único. Si nos ceñimos a los investigadores de esta parte del continente también acudimos a los trabajos de los inolvidables maestros: Carlos Alberto Elbert, Juan Bustos Ramírez, Lola Aniyar de Castro, Roberto Bergalli, Rosa del Olmo, Hurtado Pozo, Villavicencio Terreros, Solfís Espinoza, Pérez Pinzón; entre otros.

criminología mediática y de los políticos, perdiendo su fuerza como saber especializado, científico y crítico. Resultando esto más fácil en una sociedad donde aquella ciencia; así como la política criminal, no existen como carreras profesionales.

Tal escenario fue el que nos impulsó a realizar ese Congreso, no con el fin de perfeccionar una instrucción en el academicismo o tecnicismo criminológico y penal, sino a poner sobre la mesa y cuestionar la eficacia y legitimidad de las formas cómo se viene ejerciendo el poder punitivo, observando al fenómeno que llamamos delito en su real dimensión de conflictos sociales.

No nos cabe duda que el aumento galopante de las relaciones de intercambio económico en el Perú, el ascenso poblacional en la metrópolis, las constantes campañas publicitarias de corte etiológico biologista o sociologista, por parte de los medios de comunicación, y la exclusión de los sectores carenciados han generado en la ciudadanía la sensación de inseguridad e impunidad y la exigencia de un Derecho penal cada vez más violento, inclusive más allá de los parámetros legales y constitucionales.

En consecuencia, los objetivos del congreso se situaron en incentivar y promover el estudio de la criminología y, en general, de las ciencias penales –por algo así se llama nuestro taller– con un horizonte integral, crítico y acotante al poder punitivo;

además de poner a disposición de los juristas nuevos elementos a la hora de interpretar las leyes penales desde una mirada realista y democrática; por último, buscamos generar corriente de opinión en torno a las deficiencias del sistema penal para próximos trabajos serios sobre la cuestión —esto último creemos haber logrado con mayor éxito—. Somos absolutamente conscientes que así estos objetivos se vean plenamente cumplidos no se lograría casi nada si no es complementada con una labor política activa desde el Estado y fuera de esta.

III

Aunque tardíamente, con este trabajo se pretende actualizar y lograr un alcance mayor en el cumplimiento de los fines expuestos. Para eso se decidió que la publicación titulada *Dogmática penal y criminología cautelar —una introducción a la criminología cautelar con especial énfasis en la criminología mediática—*, sea presentada de tal forma que le permitiera al lector trasladarlo con total facilidad, convirtiéndola en una obra de bolsillo.

Así, al ser un libro *pocket* presenta la virtud de realmente poder llegar a todos los rincones del país por su bajo costo que implica; permitiendo, por sobre todo, a los estudiantes acercarse desde muy jóvenes a interesarse por abordar el delito desde una dimensión ontológica y que en el futuro puedan, con naturalidad, realizar trabajos que lleven hacer

investigaciones de campo; es decir, sacar el escritorio a la calle y, algunas que otras veces, tener que andar cargándolo.

Pero el aporte positivo del libro no solo se queda en la “accesibilidad económica”; sino además trae consigo el sello propio de los autores: la “accesibilidad académica”. Salvo el escrito agregado denominado *Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicación*, que termina por dibujar con mayor claridad un aspecto importantísimo de la postura de la criminología cautelar rescatada e impulsada por Zaffaroni; los demás textos son las transcripciones de las conferencias vertidas por dichos profesores argentinos durante sus estadias en Lima. Lo que significa, si hablamos de ellos, la sagaz capacidad de presentar las grandes intuiciones e ideas de un modo cristalino. No solo buscan dirigirse a los letrados, sino también siempre les ha importado que su mensaje cale a la población alejada de las bibliotecas y las universidades, especialmente en el lego que sufre día a día de la “enfermedad” del encierro, los perseguidos y los que se sienten inseguros en las calles. Por eso, en esa lógica, queremos demostrar con este libro que el tema criminal puede ser acercado a la población de un modo más objetivo, democrático y transparente que la sangre misma que inunda los medios de prensa.

Por si no fuera poco, y con las disculpas del caso, me he ha dado la libertad de agregar pies de páginas

para que la lectura del libro sea aún más agradable. Algunas son notas aclaratorias u otras permiten profundizar y ubicar al lector en la continuidad de las ponencias. Por su parte, exhorto a nuestros amigos leyentes que tales representaciones gráficas de las exposiciones verbales y las correspondientes revisiones han sido hechas por mí, lógicamente bajo la aquiescencia y confianza de los autores; por lo que si encontrasen algún error o una construcción indebida les digo sinceramente que el único responsable es mi persona. No obstante, debo reconocer que la publicación hubiese tenido mayores falencias si no es porque la miembro principal del Taller de Ciencias Penales, Estéfani Mendoza Inca, me advirtió de algunas faltas ortográficas y sintácticas en las que no había reparado.

IV

Ahora bien, aprovecho este espacio que se me concede para referirme puntualmente a un tema que siempre me ha incomodado; y lo hago no con el fin de hacer una apología basándome en el sentimentalismo propio del estima intelectual, sino porque es lo que corresponde frente a una acusación injusta por falsa y que encierra, a su vez, un prejuicio en su propia afirmación la cual debo denunciar públicamente. ¿A qué quiero llegar en específico? Ocurre que en más de una ocasión he escuchado por parte de amigos y profesionales, no siendo tampoco

una excepción durante los días del Congreso, que el peso gravitante de los reconocimientos al profesor Eugenio Zaffaroni se sostienen de los aportes que este ha servido a la criminología²; y otros colegas, entre ellos algunos destacadísimos juristas nacionales que prefiero mejor reservarme los nombres, de un modo enfático y con una seguridad atrayente, se han atrevido a expresar despóticamente que aquel investigador podrá ser grande como criminólogo pero es pequeño como penalista, lo que sugiere entender que poco o nada ha contribuido en el desarrollo de esa rama jurídica.

Es cierto que sobresalientes teóricos de la criminología nunca lograron llevar sus planteamientos al campo de la dogmática penal “pura” y que a lo mucho se asomaron a revisar sus fundamentos políticos y filosóficos. Suponemos que desde ahí es donde se basan quienes no ven a Zaffaroni además como un prolijo dogmático; lo que evidencia una ignorancia respecto a las obras iniciales y actuales del autor y, en algunos, les invade el sentimiento de desazón

2 Cfr. por citar algunos ejemplos: *La cuestión criminal*, Grupo Planeta, Buenos Aires, 2012; *La pachamama y el humano*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2012; *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011; *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007; *El enemigo del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006; *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 2003; *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

ante la confesión de una imponente capacidad enciclopedista y creativa que posee el homenajeado.

¿Entonces son mentira sus tratados³ y sus manuales⁴ de Derecho penal? Obviamente ellos me responderán que efectivamente existen pero eso aún no prueba nada porque bien han podido ser un *collage* de autores o un parafraseo de lo que los otros dijeron; cosa que sigue estando fuera de lo cierto y la fórmula es simple para corregirse de esos desatinos: abrir aquellos libros y leerlos.

No me complace continuar agotándolos en la lectura de esta presentación, pero en razón a lo dicho en las líneas anteriores, únicamente me circunscribiré a mencionar ligeramente algunas –de las muchas– contribuciones originales que el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni ha hecho en torno a los temas que clásicamente trata un dogmático “puro”; es más, en algunos aspecto él se ha visto obligado, para señalar correctamente el contenido de sus razona-

3 Cfr. *Derecho penal parte general*, 2° edición, Ediar, Buenos Aires, 2002; *Tratado de Derecho penal parte general*, I-V tomos, Ediar, Buenos Aires, 1981-1983.

4 Cfr. *El método en el Derecho penal*, en: *Ius Puniendi*, Ideas Solución, Lima, 2015, pp. xiii-xx; *Estructura básica del Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009; *Moderna dogmática del tipo penal*, Ara Editores, Lima, 2009; *Manual de Derecho penal parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005; *En torno de la cuestión penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005; *Manual de Derecho penal parte general*, I-II tomos, 5° edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986.

mientos y planteamientos, en acuñar terminologías propias que solo podrán encontrarse en sus obras.

De la equivocidad del Derecho penal: La expresión “Derecho penal” es equívoca, pues se la usa tanto para referirse a “ley penal” (lo hacen los legisladores), “poder punitivo” (lo ejercen las agencias ejecutivas) y “dogmática penal” (lo elaboran los doctrinarios y profesores). Para evitar confusiones es preferible designar este último significado al “Derecho penal”; vale decir, de “doctrina o saber jurídico-penal”.

Del método: Se propone construir un saber dogmático que respete e incorpore los datos de la realidad y que, a su vez, lo dote de sentido y fundamento expresamente orientado a una funcionalidad política que es la de impulsar progresivamente el Estado de Derecho, lo que implica contener y reducir el ejercicio —que siempre es irracional y selectivo— del poder punitivo. Esto es, asume un método de interpretación ontológico-teleológico.

De las leyes penales: Este saber debe abarcar todo el amplio espectro del ejercicio del poder punitivo si efectivamente pretende contenerla. En ese sentido, notaremos que hay leyes penales *manifestas* debido a que habilitan el ejercicio de ese poder político abiertamente (v.gr. el Código Penal); sin embargo, existen también otras leyes que lo hacen de un modo *latente* o *eventual* ocultas bajo otras formas jurídicas

(v.gr. el servicio militar obligatorio, las instituciones referidas al menor infractor). Lo que significa que el Derecho penal tendrá que incluir como objeto todas estas disposiciones, aunque sea solo para reclamar su inconstitucionalidad.

De la pena: Incorporando las referencias ónticas que ofrece la naturaleza del poder punitivo, concluye que la pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor que no repara ni restituye y, tampoco, detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Por tanto, se trata de un concepto de pena negativo porque no le asigna ninguna función positiva y se obtiene por exclusión de las otras formas de coacción; pero también consiste en un concepto agnóstico, porque en cuanto a su función parte de su desconocimiento.

De los principios limitadores: Replantea e introduce nuevos principios reductores del ejercicio del poder punitivo —aplicables tanto a la teoría del delito como a la teoría de la responsabilidad punitiva— que son clasificados esquemáticamente de la siguiente manera: 1) Derivados del mandato de legalidad (legalidad formal, máxima taxatividad, respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido e irretroactividad de la ley penal); 2) derivados del mandato de elemental respeto a los Derechos Humanos (lesividad, proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión, trascendencia mínima, humanidad,

prohibición de la doble punición, interpretación de buena fe y *pro homine*); y 3) derivados del mandato republicano (acotamiento material, superioridad ética del Estado, saneamiento genealógico y culpabilidad).

De la acción: La acción como sustantivo del delito es un concepto jurídico-penal pretípico, lo cual evidencia el replanteamiento de su posición que muchos años anteriores, influenciado enormemente por el finalismo, lo concebía como un concepto prejurídico. No queda de otra, ya que no hay ningún concepto jurídico que abarque toda la onticidad de la conducta humana, por lo que ese concepto debe de ser tomado de la realidad con un objetivo político reductor, lo que en pocas cuentas vendría a ser: voluntad y exteriorización.

De la tipicidad: Es la correspondencia entre el pragma conflictivo (hecho real) y el tipo penal (hecho legal); o dicho de otro modo, es la subsunción de la conducta y los datos fenoménicos que interesan para la prohibición o mandato con las fórmulas legales imperativas.

Del tipo objetivo doloso sistemático: Es el primer análisis de la tipicidad la cual se pregunta si existe pragma: exteriorización de la conducta, mutación del mundo, causalidad y la imputación objetiva al agente como obra propia; a esto se le agrega eventualmente los datos fenoménicos relevados que son ele-

mentos particulares que exige cada tipo. Para esto se tiene en cuenta únicamente la norma que se deduce de la ley penal aisladamente.

Del tipo objetivo doloso conglobante: En este nivel se cuestiona si ese pragma es conflictivo. Lo que es necesario comprobar su lesividad relevante y la consideración de la totalidad del orden normativo (que no haya actuado en cumplimiento de un deber jurídico).

Del error: No todo error que recae sobre los elementos del tipo objetivo constituye un error de tipo, porque el error sobre los aspectos de la tipicidad conglobante, que determinan la antinormatividad de la conducta, es un error de prohibición.

De la omisión por comisión: Los tipos omisivos impropios no escritos consisten en una construcción analógica judicial que se le hace al tipo activo doloso, lo que viola el principio de legalidad constitucional.

De la culpabilidad: Introduce en el análisis a la culpabilidad por la vulnerabilidad. Pues si solo nos quedaríamos con la culpabilidad de acto se ignoraría la selectividad estructural del ejercicio del poder punitivo. Lo único que puede reprochársele a la persona, sin sobrepasar nunca el máximo señalado por la culpabilidad de acto pura, es el esfuerzo personal que haya realizado a partir de su estado de vulnerabilidad para alcanzar la situación concreta

de vulnerabilidad puesto que no todo estereotipado es atrapado por el poder penal, sino que debe hacer por lo menos un mínimo de esfuerzo para ello y, viceversa, cuando alguien para quien la peligrosidad del sistema penal es bajísima por su alto *status* social termina siendo seleccionado por aquel poder cuando ha hecho un notable esfuerzo para llegar a esa situación. Esto se traduce con un descuento de una mayor cantidad de punición quien sea ha visto más vulnerable frente al poder punitivo de quién no lo ha sido en principio; es decir, resulta necesario medir el esfuerzo personal que el agente haya realizado para alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad.

Además fue Zaffaroni quien propuso una forma especial de error que denominó error de comprensión culturalmente condicionado. Dicha institución no solamente se conforma con el conocimiento de la norma prohibitiva, sino que es necesario su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo. Por tanto, si el sujeto conoce la norma prohibitiva pero no la puede internalizar por razones culturales, no se le puede reprochar. Esto ocurre cuando la diversidad cultural es un factor para la no exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad del comportamiento por parte del sujeto.

Asimismo, él sostiene que pese a estar incluido el trastorno sicopático en el Manual estadístico y

diagnóstico de los desórdenes mentales de la OMS, no es considerada por la mayoría de los tribunales como una anomalía mental, cuando dicho sujeto resulta ser un inimputable por la grave distorsión en sus capacidades afectivas con repercusión en la esfera intelectual que les priva apreciar la existencia ajena como valiosa.

De la tentativa: Distingue entre tentativa aparente del delito imposible. La primera se refiere en los casos que falta algún elemento del tipo legal, falta el medio *ex-ante* o el medio elegido carece en absoluto de idoneidad para consumar el hecho; mientras lo segundo se da cuando *ex-ante* el medio era idóneo y hubo peligro, pero *ex-post*: el medio fue usado inadecuadamente, el medio tenía un grave defecto, hubo un accidente del objeto o hubo una previa neutralización del peligro que implica la imposibilidad absoluta de consumación.

De la reincidencia y de la habitualidad: Las considera inconstitucionales por violar el *non bis in idem*. Cuando se invoca la reincidencia para imponer una pena superior al mínimo, el *plus* punitivo superior al mínimo no tiene nada que ver con el segundo delito, sino que es una pena por el primero. Por el contrario, puede ser y una fuente de menor culpabilidad, porque las anteriores intervenciones del poder punitivo han provocado en el agente un deterioro y una estigmatización que hayan elevado

su estado de vulnerabilidad o hayan reducido su ámbito de autodeterminación.

Por último, nuevamente reiteramos los agradecimientos a los profesores Eugenio Zaffaroni, Matías Bailone y Rosa Mavila León; así como al Taller de Ciencias Penales de San Marcos, por permitir que esta publicación peruana vea la luz y llegue fácilmente a la mano de todos nosotros con el fin de contar con las herramientas necesarias, aunque aún insuficientes, en la ardua tarea del “re-pensar la cuestión criminal desde una mirada realista y del margen”.

**LAUDATIO EN HONOR AL PROFESOR
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

*Prof. Rosa Mavila León**

Me corresponde el honor de proclamar la *laudatio* del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en el acto de su investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, a propuesta, por unanimidad, de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de esa destacada casa de estudios.

I

Conocí a Eugenio Raúl Zaffaroni por los años 70', cuando ya se vislumbraba como un sobresaliente penalista. Pronto él se encargaría de hacernos notar con su excelente pluma que también era muy versado en filosofía, sociología, criminología y política criminal. La vida lo volvió a poner en mi camino en las reuniones del Grupo Latinoamericano de

* Profesora Asociada de Criminología y Derecho Penitenciario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Jefa de la Adjuntía para los Derechos de la Mujer en la Defensoría del Pueblo. Ex-congresista de la República del Perú.

Criminología Crítica; así como en Costa Rica, donde tiene su sede el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, cuando tratábamos temas de Derecho penal y políticas de género.

Si bien el profesor Eugenio Zaffaroni estudió Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, graduándose de abogado en 1962. Su vasta y conocida obra trasciende el ámbito jurídico y se instala y posiciona en las ciencias sociales. Dicho interés interdisciplinario hizo que obtuviera el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral en 1964.

II

En la década de los 70' el mundo se encontraba dividido. Por un lado, estaban los países del primer mundo, liderados por los Estados Unidos de América, bloque constituido por estados capitalistas mayoritariamente industrializados. Del otro lado, estaban los países del segundo mundo o del bloque socialista, liderados por la extinta U.R.S.S. y compuesto por sus países satélites. Finalmente, ya casi en el margen, existían un grupo de países que, por diversas razones, se agrupaban en torno a su insignificancia para el poder hegemónico, se trataba de los llamados países del tercer mundo.

Este último grupo de países osaban hacer ciencia jurídica y desde su particular punto de vista que le permitía una aproximación más franca de los modelos teóricos, se elaboraron ciertos discursos que cuestionaban radicalmente el *statu quo* jurídico, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el académico. Es en este contexto que emerge la figura de Raúl Zaffaroni, destacado penalista y iusfilósofo argentino, que desde las postrimerías del tercer mundo decidió llevar a cabo una revolución: la revolución humanista y realista del Derecho penal.

Decimos que la obra del bonaerense Zaffaroni cuestiona el *statu quo* al diferenciar desde un primer momento el entrapamiento terminológico que supone el uso indiscriminado del vocablo “Derecho penal”. Así, distingue entre la ley penal, el ejercicio del poder punitivo y la dogmática penal. Esta confusión, nos dice el maestro, no es gratuita sino que responde en última instancia a la labor de desacralización de la ideología vigente, la ideología según la cual el Estado está por encima del individuo.

Este cuestionamiento de la posición y prevalencia del Estado sobre el individuo llevó a Zaffaroni a invertir el orden de los factores. Ahora era el individuo el que se encontraba en la cima del ordenamiento jurídico y de la sociedad. Esta convicción del humanismo como sustento del sistema penal se asienta en sus profundos conocimientos de la filo-

sofía y su defensa inquebrantable de los Derechos Humanos. Por lo tanto, la estructura antropológica del ser humano se convirtió en el criterio y en el fin de la aproximación hermenéutica de Zaffaroni al sistema penal y, al mismo tiempo, devino en la piedra angular de su discurso.

III

Es imposible resumir su vasta trayectoria bibliográfica sin omitir algunas de sus más importantes publicaciones; no obstante, admitiendo alguna arbitrariedad y cierto sesgo hedónico, puedo mencionar que sus obras más importantes son su *Manual de Derecho Penal*, su colosal *Tratado de Derecho Penal* de cinco volúmenes, el muy famoso libro *En busca de las penas perdidas* (traducido al portugués y al italiano), así como las obras *Criminología: aproximación desde un margen* y *La palabra de los muertos*, *Conferencias de Criminología Cautelar*. Cabe añadir que su obra *Derecho Penal, Parte General*, en coautoría con sus discípulos Alejandro Slokar y Alejandro Aliaga, batió el record de ventas y de uso en muchas universidades latinoamericanas.

Su conocimiento de los idiomas italiano y alemán lo llevaron a nutrirse directamente, en sus propias lenguas maternas, de los juristas más destacados. Esta cercanía le permitió poseer un fundamento iusfilosófico sólido para criticar al positivismo italiano y servirse de la escuela finalista, en boga en

Alemania durante esos años, gracias a los trabajos de Welzel y sus discípulos. Posteriormente, los periodos de investigación en aquellos países –sobre todo en el prestigioso *Max Planck Institut*– le permitieron profundizar sus conocimientos y fortalecer sus convicciones.

IV

El momento en que él visitaba Alemania no pudo ser mejor, pues se trataba de remontar la experiencia del Derecho penal nazi (Escuela de Kiel) y proponer candados jurídicos a nivel teórico para que tales sucesos no se repitieran. En ese aspecto, el sistema finalista del Derecho penal se basaba en las estructuras lógico-objetivas, postuladas como infranqueables ante cualquier orden del legislador. Dichas estructuras buscaban contrarrestar el terror que había significado el disfraz jurídico de la Escuela de Kiel a las atrocidades nazis.

El causalismo y el neokantismo habían sido utilizados a su antojo por la Alemania nazi, debido a la facilidad que encontraba su fundamento positivista para servir a cualquier orden legislativo. Latinoamérica atravesaba a finales de los 70' y comienzos de los 80' del siglo pasado una seguidilla de dictaduras, unas más atroces que otras, pero todas ellas hacían gala de su poder punitivo, revestido –claro está– de la teoría del delito causalista y la criminología positivista. En América Latina el sistema causalista del

delito imperaba, tanto en el plano jurisdiccional como académico.

Dentro de todo ese escenario la prédica finalista de Zaffaroni encontró una tierra virgen donde los primeros frutos no tardaron en aparecer. Su discurso cuestionaba el sistema clásico del delito, que en el fondo era positivismo puro y duro; cuestionaba a las agencias de ejecución del poder punitivo, que basa su tarea en la selección estereotipada; así como a los legisladores, que recogen los prejuicios sociales, etc.

V

Mientras su prestigio internacional crecía vertiginosamente y toda Latinoamérica reconocía su erudición y la coherencia de su sistema penal, el profesor Zaffaroni era invitado a muchos países a dar diversas conferencias. De esta manera, el homenajeado se convirtió en el embajador del sistema finalista en América Latina.

No tardó mucho en que las obras de Zaffaroni estuvieran publicadas en el Perú y fue gracias a él que los juristas peruanos –y latinoamericanos, por qué no decirlo– conocieron la doctrina final de la acción.¹ Pero el mayor aporte de Zaffaroni al Perú

1 Como testimonio más remoto de lo dicho se tiene la conferencia que dictó en la Universidad Pontificia Católica del Perú en agosto de 1966 titulada “el dolo del loco”. Esta fue publicada en la Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 25, Lima, 1966, pp. 64-69. En aquella oportunidad Zaffaroni, sosteniéndose evidente-

ha sido, sin duda, servir de guía en la elaboración del Código Penal de 1991. Sus ideas, su doctrina, su pensamiento, sus valores, su humanismo y su creencia en los Derechos Humanos, se ven reflejados, *grosso modo*, en nuestro Código Penal vigente.²

mente de los postulados del finalismo de la época, considera que el *loco*, término difundido socialmente, es un sujeto que es capaz de conducta típica (por ende de actuar dolosamente) y a la vez incapaz de culpabilidad (o sea, de no poder recibir el juicio de reproche por el indebido uso de su libertad). Lo curioso es que un año antes él, influenciado por la doctrina causalista, se había resistido a la escuela finalista y, sosteniendo todo lo contrario, negó abiertamente que el loco pueda actuar con dolo porque es un inimputable (vid. Del mismo autor: *La embriaguez en el Derecho penal*, en *Criminalia*, año XXXI, N° 6, México D.F., 1965, pp. 314-374. Trabajo que consistió en una síntesis de su tesis doctoral en la Universidad Nacional de El Litoral). Por fortuna, gracias a su agudeza mental y sensibilidad social, el maestro rápidamente pudo salir del entrampamiento de la paz dogmática que las bases de la filosofía positivista lo había atrapado en un inicio, cuando su formación académica aún era incipiente atraído por la lógica del discurso. También en esos años, como dato adicional, Eugenio Zaffaroni, junto a otros colegas suyos, pretendieron crear un nuevo método de análisis que consideraron altamente científico y estricto, este consistía en aplicar la lógica matemática a la elaboración dogmática de la teoría del delito y, en general, al Derecho penal; dejándose de lado a la lógica tradicional y a los razonamientos intuitivos. Para esto último véase De González Mariscal, Olga; Ramírez Hernández, Elpidio y Zaffaroni, Eugenio: *Notas preliminares sobre un modelo lógico-matemático del Derecho penal*, en *Derecho penal contemporáneo*, N° 14, México, 1966.

- 2 La profesora Rosa Mavila se refiere especialmente a la versión original del Código Penal de 1991. Cabe agregar por nuestra parte que el homenajeado, cada vez que se lo hemos solicitado, siempre ha estado totalmente presto a contribuir con la mejora de la legislación penal de nuestro país. Ejemplo de ello son las dos conferencias que nos brindó analizando minuciosamente la Parte General del Proyecto de

Sólo para nombrar un ejemplo debemos agradecerle al maestro la introducción del artículo 15º, relativo al error de comprensión culturalmente condicionado, que supera el tratamiento dado a los indígenas por el Código Penal de 1924, que los consideraba degradados por el alcohol.

VI

No podemos omitir su papel en el surgimiento de la criminología crítica, en boga también en América Latina en los años 70' y 80', sin cuyos aportes no sería posible la comprensión científica del fenómeno de la criminalidad. Zaffaroni fue explícito al señalar que la estructura social produce y reproduce los estigmas sociales y, de esta manera, crea los prototipos de delincuentes. Se trata de los procesos de criminalización primaria y secundaria.

La entrada de la criminología crítica supuso un giro de 180º grados en el análisis de la criminalidad, pues a partir de ello quedó explícito que existe una corresponsabilidad de la sociedad en la creación del proceso delictivo. Asimismo, la influencia

Código Penal de abril de 1986, esbozando sus críticas y propuestas durante la realización del 2º *forum* de Política Criminal llamado *Presupuestos Científicos para la Reforma del Código Penal*, organizada por el Círculo Cultural Javier Pérez De Cuellar de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). La transcripción de las conferencias de Eugenio Zaffaroni, así como la de otros connotados penalistas nacionales, fue publicado en A.F.A Editores, 2º edición, Lima, 1988.

del pensamiento marxista en la criminología crítica favoreció la comprensión según la cual los factores criminógenos encuentran su origen en la estructura y superestructura social. El análisis del fenómeno de la criminalidad implicaba la modificación de dichas estructuras criminógenas.

La perspectiva mencionada criticaba la labor de los criminólogos, quienes estaban acostumbrados a entender el fenómeno del delito desde postulados biólogos, y los compelió a “mirar más allá” del paradigma etiológico. El profesor Zaffaroni en este campo ha jugado un papel de suma relevancia. Podemos decir, sin temor a caer en la adulación, que el lugar intelectual, el prestigio académico y el referente ético que en Europa representaba Alessandro Baratta tiene su parangón en Latinoamérica en la figura del profesor Zaffaroni. Las mujeres penalistas peruanas también le debemos un acercamiento a la condición femenina desde la perspectiva criminológica.

Por todo ello, la comunidad jurídica peruana le debe al maestro Zaffaroni el sacarla del oscurantismo que suponía una sistemática del delito fundada en el positivismo jurídico y el neokantismo. Esta suerte de Edad Media en la que se encontraba la ciencia del Derecho penal nacional se acabó con la aparición y difusión de la obra del jurista hoy objeto de reconocimiento.

VII

Este autor prolijo también ha ocupado cargos muy importantes para la prevención del delito y la promoción de los Derechos Humanos en la respuesta punitiva. Ocupó el cargo de *Consultant in Criminal Policy*, contratado por la ONU para el Instituto Latinoamericano en la prevención del delito y tratamiento del delincuente (San José - Costa Rica); fue Director y coordinador, y luego miembro del Consejo Asesor del Programa de Sistemas Penales y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

De otro lado, Eugenio Raúl Zaffaroni ejerce la magistratura desde hace mucho tiempo. Ha sido Juez de la Cámara Segunda de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis, ha sido Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, así como Juez Nacional en lo Criminal de Sentencia de la Capital Federal y Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Finalmente, sus propios méritos hicieron que el profesor a partir del año 2003 ocupara el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.³

3 En la actualidad Eugenio Raúl Zaffaroni se desempeña como Juez integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el 1 de enero de 2016.

VIII

Es cierto que la visión dominante es la del poder punitivo limitado por el Derecho penal; sin embargo, en Europa y el mundo se están escuchando voces que reclaman por un endurecimiento de las penas, el recorte de los beneficios penitenciarios y el adelantamiento de las barreras de punibilidad en algunos supuestos delictivos.

Hoy –qué duda cabe– estamos en un contexto de endurecimiento del Derecho penal. Si bien la obsesión por la vigilancia ya había sido denunciada por Foucault a finales de los setenta, fue Zaffaroni quien le dio un carácter latinoamericano.

El funcionalismo normativista postula que “persona” es lo que la norma dice que es. Bajo esta premisa la persona y sus derechos son entidades jurídicas, dejan su estatus óntico para convertirse en meros instrumentos, tan fungibles como débiles. Frente a esta moda teórica Zaffaroni denuncia el instrumentalismo de aquel funcionalismo, que llevado a sus máximas consecuencias puede derivar en el genocidio.

Frente a la indiferencia respecto de las violaciones de Derechos Humanos, el maestro denuncia los programas estatales totalitarios que buscan la seguridad a toda costa, sin reparar en la violencia como método represivo. Incluso su propio país, Argenti-

na, sufrió una fortísima dictadura que violó muchísimos Derechos Humanos.

Estas reacciones propuestas encajan dentro de políticas criminales casi totalitarias y desmedidas que no provienen de una reflexión profunda de la naturaleza de la criminalidad sino de una demanda popular, entendida como clamor ciudadano, a la cual no pueden dejar de hacer caso los legisladores, que son quienes en última instancia proponen las leyes de un país.

Ante aquel populismo penal o Derecho penal *völkisch* —como suele denominarlo el maestro—, él reivindica la pre-juridicidad del ser humano, la vigencia de los Derechos Humanos y la lucha por el derecho a la igualdad.

IX

La teoría jurídico penal de Zaffaroni está constantemente actualizada y sometida diariamente a duras pruebas. Su mejor evaluación es el contraste con la realidad. Esta confrontación arroja un saldo favorable para él, pues su sistema penal ha demostrado una gran capacidad de rendimiento. Los llamados casos difíciles —según la terminología de Dworkin— son resueltos desde la teoría del delito propuesta por Zaffaroni sin mucha dificultad, resaltando sobre todo el carácter humanista de su teoría.

Es precisamente esta posición *sui generis*, de, por un lado, académico versado en filosofía y Derecho penal, y, por el otro, de magistrado supremo —que en Argentina se llama Ministro de la Corte Suprema—; lo que le permitía y permite tener ese criterio crítico de aplicación práctica y realista de la dogmática pura y nebulosa; esto es, un criterio de coherencia principista frente al mero pragmatismo.

X

Señoras y señores. El tiempo del que dispongo apenas me ha permitido hacer un brevísimo balance del esfuerzo que hay detrás de una vida consagrada a la investigación y a la docencia. Me gustaría dedicar estos últimos minutos a destacar lo que es un rasgo de su personalidad, algo que tiene, para mí, un significado especial.

No descubro ningún secreto si les confío que el profesor Zaffaroni ha huido siempre de las distinciones y de las lisonjas académicas. Si hoy está aquí con nosotros, recibiendo este gran honor, es porque una parte de su vida ha quedado vinculada a este país, que, estoy segura, lleva en su corazón. El profesor nunca ha cedido al oportunismo ni al cinismo del demócrata que esconde su juego sino que permanece en pie como ejemplo de rigor y de compromiso universitario.

Formulo finalmente un deseo: *Ojalá que el reconocimiento al profesor Zaffaroni, al recibir su inves-*

tidura como doctor honoris causa, nos impulse a imitar la virtud que ha desplegado a lo largo de su vida, para que sirva de ejemplo a sus discípulos, a los jóvenes investigadores, e incluso a quienes debaten y porfían con él. Y, por qué no, para dar ánimos a sus amigos.

Dignísimas autoridades, considerados y expuestos todos estos hechos, solicito encarecidamente que se otorgue y confiera al señor Eugenio Raúl Zaffaroni el supremo grado de *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. ¡La Decana de América!

PRIMERA PARTE

REFLEXIONES EN TORNO A LA GLOBALIZACIÓN
Y EL DERECHO PENAL

*Prof. Dr. H.C.Mult. Eugenio Raúl Zaffaroni**

Distinguido señor rector, decano, queridísima colega catedrática de criminología¹, distinguidas autoridades de la universidad, magistrados, estudiantes, amigas y amigos todos. Sinceramente siento en este momento el peso de la historia, son casi 500 años que nos observan de alguna manera. Recibir el grado de doctor *Honoris Causa* de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos –Decana de América–, la más antigua universidad de nuestro continente, es para mí un honor enorme que les agradezco inmensamente. Realmente las limitaciones del lenguaje no me permiten expresar en toda

* Profesor de Derecho penal y criminología. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex-ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Ex-director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires. Galardonado por el jurado mundial independiente con el premio Estocolmo en Criminología en el 2009.

1 Dirigiéndose a la profesora Rosa Mavila León.

su extensión la emoción que estoy sintiendo. Hay ideas y hay sentimientos, las ideas se pueden expresar, los sentimientos son más difíciles; para expresar sentimientos se necesita ser poeta y eso no soy. Les reitero mi más profundo y sincero agradecimiento.

Agradezco infinitamente las palabras de la doctora y distinguida colega que pronuncio la *laudatio*. De la opción que señalaba Aristóteles entre la amistad y la verdad, creo que la colega se ha desplazado un poco hacia el lado de la amistad. Le agradezco profundamente también la comparación con el inolvidable Alessandro Baratta. Es demasiado.

I

Creo que desde hace mucho en las obras más o menos tradicionales, se sintetiza la idea que hay un Derecho penal autoritario y un Derecho penal liberal; como si fueran dos concepciones en un sentido inmóvil, intactas, o dos ideas del Derecho penal que se contraponen pero que están dadas de una vez para siempre. No es así. Primero, al hablar de un Derecho penal liberal como opuesto a un Derecho penal autoritario, debemos comprender qué se entiende por liberal. Se la entiende como “el resaltar o exaltar la importancia del individuo”, pero muchas veces este individuo se vuelve objeto, se vacía y se convierte en algo incomprensible, por la enorme contradicción que siempre ha existido entre recla-

mo de igualdad y las diferencias económicas y sociales de nuestra sociedad.

El individuo es válido si lo entendemos “persona”; esto es, un ser humano valorado y respetado en todas sus dimensiones, incluyendo, por supuesto, la dimensión de posibilidad de desarrollo humano.

Muchas veces cuando escucho cómo se sintetizó la evolución de los Derechos Humanos clásicamente desde el centro y se dice que hay primera, segunda y tercera generación; yo voy pensando que para nosotros, en América Latina, ha sido al revés. Cuando se habla de tercera generación entiéndase como el derecho al desarrollo humano, éste ha sido el primero de nuestros derechos. Empezamos a pelear por la independencia, que es el primer paso hacia el desarrollo. Claro que este derecho al desarrollo comprendía y abarcaba a los otros derechos; es decir, a los sociales, pues no hay independencia y no hay desarrollo si no hay condiciones de vida mínimamente dignas; de la misma manera que tampoco no existen derechos individuales sin un Estado que las respete, que ante todo no mate. En esencia estas son las ideas que asumieron nuestros libertados.

Después el nombre del liberalismo, que es el nombre de la libertad y de los derechos, lo usurparon nuestras oligarquías para esclavizar a nuestros pueblos, que hoy, con toda razón, desconfían cada vez que se les habla de derechos, garantías, Consti-

tución y de instituciones. Nos corresponde reivindicar todo eso, nos corresponde retomar el sentido originario y prístino de todas estas ideas, pero hacerlo es difícil porque no vivimos en un momento fácil del mundo.

II

Naturalmente nosotros solemos ver lo que pasa en cada uno de nuestros países y creemos que es algo inminentemente vernáculo o folklórico, pero no es coyuntural. La globalización no es una broma, es una realidad. Hay un tercer momento del poder planetario que estamos viviendo; así como se vivió después de la revolución mercantil el poder colonialista y con la revolución industrial el poder neocolonialista, después de la revolución tecnológica estamos viviendo la globalización. Y este momento no es para nada un momento tranquilo. La meta de reproducción de tipos penales, la fabricación abusiva de delitos, el pretendido remedio de que todo problema se trata a través de soluciones punitivas, la habilitación del poder punitivo en forma creciente y en forma irracional es una realidad en todo el mundo.

Hubo un cambio que se produjo alrededor de los años 80' aproximadamente, que llevó a los EE.UU ha convertirse en una increíble empresa de prisionización masiva, después de haber sido durante muchísimos años un país más o menos prome-

dio, alcanza en estos tiempos los índices más altos del mundo en cuanto a prisionización, quintuplicando o sextuplicando la media mundial y pasando de lejos a Rusia que siempre había sido la campeona. A su vez, si leemos al norteamericano Joseph Stiglitz nos vamos dando cuenta de que a este fenómeno corresponde otro fenómeno, que es el de la polarización de riqueza; o sea, del pronunciamiento de las diferencias sociales y de la concentración de la renta. Lógicamente si se concentra la renta en la cúpula, la base se va achicando y alargando, los que van quedando en la base naturalmente no están muy conformes y hay que controlarlos; ¿cómo se los controla? Represivamente. Más del 50% de los dos millones y medios de presos que tiene los EE.UU son afroamericanos, lo que indica una enorme sobre-representación de población penal. El resto no lo sé, pero presumo que en buena medida deben ser latinos.

Ningún país del mundo puede copiar semejante programa, pero su publicidad se traslada a todos nosotros. La recibimos todos los días a través de la televisión, y en general, a través de las técnicas de los comunicadores sociales. Son grandes monopolios mediáticos en América Latina los que manejan la opinión pública, cuyos intereses son convergentes a los intereses de las grandes corporaciones transnacionales. En realidad, como dice Johathan Simon en su libro *Gobernar a través del crimen*, significa que se

terminó el modelo *Roosevelt* y pasamos a un modelo *Reagan-Bush*. En el modelo *Roosevelt* el ciudadano medio era el ciudadano trabajador; en cambio, en el modelo *Reagan-Bush* el ciudadano medio es el ciudadano-víctima.

Esto va dejando presos y va matando la agenda político criminal de todas las legislaturas del mundo. Los políticos están amenazados por los medios masivos de comunicación social. Algunos oportunistas se montan sobre el discurso reproductor de aquellos medios y otros por temor lo hacen. De cualquier manera, ni el oportunismo ni el temor son buenas motivaciones en una sala política republicana. De este modo, a los mensajes que mandan los medios masivos de comunicación social, los políticos entienden que deben responder con nuevos mensajes o contra-mensajes que nos van llenando los penales.

Nunca América latina ha vivido un momento de caos, confusión, inseguridad y oscuridad en su legislación penal, desde su emancipación hasta hoy. No tenemos casi códigos penales, sino ruinas de los códigos que antes estuvieron más o menos bien elaborados. Tenemos legislaciones penales extra-codificadas, contradictorias, incomprensibles, redactadas en muy mal castellano, sin técnica legislativa, también disposiciones penales en leyes no penales; es decir, estamos viviendo un momento legislativo peor que la legislación penal del Derecho indiano (el

Derecho colonial), incluso con la desventaja de que en el derecho colonial se escribía en buen castellano.

III

Lo mencionado anteriormente es el resultado formal, pero ¿cuál es el resultado material de todo esto? El resultado material lo tenemos en nuestras cárceles. ¿Quiénes están presos? los estereotipados, ¿por qué están presos? en su mayoría delitos contra la propiedad o pequeño tráfico de estupefacientes. Esa es nuestra clientela reproductiva permanente.

¿Cuál es hoy el estereotipo de delincuente?, hace 30 o 40 años el estereotipo era el terrorista, o sea, cualquiera que parecía medio raro, fumaba marihuana, pelo largo y barba. El estereotipo que tenemos hoy de delincuente es el joven de barrio precario que proviene de la favela, pueblo joven, villa-miseria o como se lo quiera llamar. Claro que esto es un estereotipo residual, no es el chivo expiatorio ideal, porque si fuera el ideal se le podría atribuir peligro en noción de una cierta capacidad conspirativa. No se puede atribuir una conspiración internacional de adolescentes de barrios precarios, de modo que a falta de algo más tenemos a ese; o sea en cualquier momento nos fabrican uno mejor.

IV

Estamos viviendo algo que también es alarmante. Tenemos a unos señores que firman tratados in-

ternacionales contra todo y que van obligándonos a tipificar distintas conductas, y esto lo hacen de la mano con otros señores burócratas que amenazan después con calificar a nuestros países para producirnos daño en el aspecto económico y en el comercio internacional si no les hacemos caso.

Dentro de poco, nos decían los europeos, no vamos a tener más códigos penales, sino vamos a tener un montón de tratados internacionales. ¡Cuidado!, cuidado con lo que estamos haciendo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Organismos Jurisdiccionales que están surgiendo; así como los Tribunales Internacionales van perfilando tímidamente una suerte de comienzo de Estado planetario, pero ¿qué estado planetario estamos configurando?, ¿estamos configurando el Estado planetario que declaramos respetuoso de la dignidad y de la persona humana? o ¿estamos configurando un Estado represor?

En definitiva no hay un Derecho penal liberal y un Derecho penal autoritario. Esto no es algo inmóvil, lo que hay es un movimiento a lo largo de toda la historia que dice: «Paremos el poder punitivo represivo del Estado, contengámoslo en alguna medida en homenaje al ámbito o espacio de libertad y dignidad de la persona», y otro que dice: «No lo contengamos nada, barramos contra la dignidad y libertad» No hay una única versión de uno y de otro, hay muchos caminos por lo que se valieron.

V

Tengamos prudencia con lo que importamos a la facultad de Derecho. Aprendamos técnica y aprendamos tecnología, pero decidamos para qué usarla y cómo usarla. No tenemos por qué importar teorías como si fuesen el último modelo de la *Volkswagen*, ya que esas teorías son programas políticos. Detrás de ellas hay objetivos, buenos o malos, pero por lo menos si los importamos hagámoslo conscientemente, no caigamos en más contradicciones.

VI

Desgraciadamente estas configuraciones del momento que está viviendo el mundo del siglo XXI es interesantísimo. Es un siglo crucial para la humanidad. Les diré que voy hacer el máximo esfuerzo por ver si llego al final de siglo, pero la realidad es que no voy a poder.

Con todo esto, bueno en parte sí hay una cuestión represiva, pero ya la técnica de control social no es la misma. La técnica de control de nuestros segmentos más carenciados de la sociedad se hace de otra manera: Se producen contradicciones, entonces ¿qué hacemos? A algunos lo victimizan, otros son los victimarios y a otros los contratamos como policías y hacemos que se maten entre ellos. De esta manera mientras desincentivamos las contradicciones y mientras se van matando, no pueden cobrar

conciencia política-social. No pueden insertarse en el dinamismo político. Esa es una técnica de control.

VII

Por otra parte, ¿qué es esto de meter todo lo que no nos gusta en un tipo penal?, ¿qué pensamiento mágico hay detrás de esto? Dentro de poco vamos a poner al cáncer y al sida en el tipo penal y lo vamos a prohibir diciendo que con esto los estamos resolviendo. Acá hay algo de fondo que resulta sumamente grave y efectivamente se nos está ocultando el verdadero riesgo de este siglo, que es la impresionante y urgente necesidad que tenemos de un cambio civilizatorio.

En el último siglo, y más expresamente en los últimos 60 años, hemos destruido las condiciones de habitabilidad humana del planeta en mucha mayor medida de lo que había sucedido en todos los milenios del ser humano caminando sobre la tierra. Cuando digo esto hay quienes piensen en “delito ecológico”, entonces vámonos a meter preso algún pobre sujeto que para sobrevivir está cazando nutrias. No tengo nada contra las nutrias pero con eso no resolvemos absolutamente nada. Una vez más ponemos al cáncer y al sida en un tipo penal y creemos que con eso desaparece, pero en realidad no desaparece nada. ¡Complicamos todo! Habilitamos un poder punitivo que inevitablemente va a ser

selectivo, va a caer sobre el más vulnerable, nunca va ir sobre el que tiene poder y si alguna vez caen los que tienen poder es porque en algún momento chocó con otro que también tiene poder y en esa lucha de oligarcas uno perdió; en consecuencia, le logró alcanzar el poder punitivo porque le quitaron la cobertura.

VIII

He llegado a una altura en que no puedo mentir y especialmente no puedo mentirle a los jóvenes. Los penalistas no podemos ser empleados del mostrador de una tienda de ilusiones. No podemos vender la ilusión de que el tipo va a resolver todo. La ley penal habilita un ejercicio de poder que siempre es en gran medida perverso y estructuralmente siempre ha de dirigirse sobre el más débil y sobre el más vulnerable.

¡Me felicito haber sobrevivido para poder decir impunemente todo esto!

EVOLUCIÓN DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICO-PENALES
DESDE UNA PERSPECTIVA POLÍTICA Y FILOSÓFICA

Prof. Dr. H.C.Mult. Eugenio Raúl Zaffaroni

I

Ciertamente cuando nuestros países terminaron con las cruentas guerras intestinas después de sus independencias, se configuraron como Repúblicas Oligárquicas con Constituciones liberales y democráticas, pero con realidades cuasi-feudales¹.

Esas Repúblicas Oligárquicas (el porfiriato mexicano, la oligarquía vacuna argentina, la república *velha* brasileña o el patriciado peruano, entre otros), se fundaron básicamente en una ideología del reduccionismo biológico racista de corte spenceriano que venía coincidir con la ideología penal dominante que era el positivismo. Y bueno, el positivismo penal, el positivismo criminológico y el peligrosismo no era más que el resultado de una

1 El autor no se atreve a decir “feudales” porque el feudalismo fue un fenómeno exclusivamente europeo.

alianza entre la agencia policial y la prensa médica que resultó legitimante de las minorías ilustradas, legitimante del neocolonialismo, legitimante también de los genocidios que Europa practicó en África después del Congreso de Berlín en 1885 y legitimante de las injerencias de las potencias, generalmente gran Bretaña, en nuestra región.

Llegó un momento en que esas repúblicas entraron en crisis, fundamentalmente desde hace unos 100 años, a partir de la más sangrienta guerra civil que tuvimos en la región que fue la revolución mexicana. Al mismo tiempo el positivismo entró en dificultades, ya ese reduccionismo biológico racista era insostenible y entonces nuestro saber jurídico-penal se orientó hacia Alemania. Hoy podemos decir que la doctrina jurídico-penal alemana domina en toda nuestra región; o sea, la técnica de la dogmática alemana es la que marca la pauta al saber jurídico-penal de nuestros países.

II

No hubo una escuela alemana que no haya repercutido en América Latina. Hubo una especie de pre-historia de la doctrina de ese país que entró por vía de Brasil de la mano de la exclamada escuela de *Recife* con Tobías Barreto hacia 1870 y 1880, quien es el primer penalista latinoamericano que nos trae directamente doctrina alemana. Asimismo, hacia 1898 la primera traducción del tratado (*Lehrbuch*) de Franz von Liszt a una lengua extranjera fue al

portugués. Pero realmente la influencia de la doctrina jurídico-penal alemana se produce a fines de los años 30' y comienza a dominar a mediados de nuestro siglo pasado.

Nosotros hemos ido trayendo a América Latina cada teoría nueva que aparecía en Alemania como si fuera una teoría meramente técnica, como si importásemos un nuevo modelo de la *Volkswagen*.² Cada una la considerábamos técnica o tecnológicamente superadora de la anterior, pero lo que quisiera es reflexionar un momento sobre la naturaleza de estos elementos dentro del propio pensamiento alemán. No puedo dejar de lado la contradicción que ha habido entre los difusores de estas doctrinas y el marco del pensamiento político de cada una de ellas.

2 Actualmente, gracias a la proliferación de las traducciones, al intercambio fluido de nuestros estudiosos y a la revolución comunicacional, nos encontramos muy cercanos a los desarrollos de la dogmática alemana presente. Pero esto no fue siempre así, entre ambas regiones existió una gran distancia en la evolución del pensamiento penal. Mientras que en Latinoamérica en la década de los 70' y 80' estábamos inmersos en la famosa y "moderna" lucha de escuelas del causalismo versus el finalismo (Vid. Novoa Monreal, Eduardo: *Causalismo y finalismo en Derecho penal*, 2ª edición, Editorial Temis, Colombia, 1982); ya en Europa, desde el 60', la discusión había sido llevada a otro nivel; esto es, presentar una propuesta superadora a la concepción finalista (Vid. Mir Puig, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, España, 1976; Hassemmer, Winfried: *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg, Deutschland, 1974; Roxin, Claus: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2º Auflage, Deutschland, 1973 o *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, auf ZStW, N° 74, 1962).

Creo que hay algo que tenemos que tener en cuenta siempre: ¿Es posible un Derecho que corresponda a un Estado neutro en una sociedad? Bueno, hay quienes dicen que sí. Y si hay un Derecho objetivo y hay un Estado neutro, ese Estado neutro, por su propia naturalidad, no se mete en cuestiones de distribución de la renta. Cuando el Estado quiere modificar la renta, es decir, re-distribuirla, entonces ese Derecho se convierte en un obstáculo para cualquier política distributiva.

Dicho más claramente, hay un aparato jurídico que está compuesto por una legislación; por una jurisdicción, que es el aparato judicial y sus aledaños; por agencias de reproducciones biológicas que somos nosotros, la ciencia jurídico-penal emergente de las academias. Es el trípode: legislación, jurisdicción y doctrina.

Ese aparato jurídico se dispone en un determinado momento histórico, en una sociedad que tiene un específico sector hegemónico que naturalmente lo configura a la medida de sí mismo, pues ellos son los que mandan porque tienen poder.

¿Qué pasa cuando se quiere modificar esa hegemonía redistribuyendo la renta hacia abajo? Ese aparato jurídico se constituye en un obstáculo y ese obstáculo puede ser vencido de muchas maneras; algunas brutales, otras que pueden ir a parar en un Estado de policía directamente, en otras el aparato

cobra cierta flexibilidad, como fue el caso de Roosevelt en la década de los 30' que entró en conflicto con el aparato jurídico norteamericano al intentar hacer una política re-distributiva de tipo keynesiano para salir de la enorme crisis del 29'.

III

Hubo un fenómeno muy interesante, y aquí vuelvo a Alemania, de no acomodamiento del aparato jurídico. Para esto tenemos que profundizar en un periodo de la ciencia penal alemana que está muy poco estudiada, o por lo menos no muy difundida, pese a las frecuentes citas que se hacen. Me refiero a la etapa de la dogmática entre 1933 a 1945, o sea, la época del Derecho penal alemán en su momento nazi.

Normalmente cuando se menciona esto se dice “la escuela de Kiel” y se mencionan inmediatamente a dos autores: George Dahm y Friedrich Schaffstein. Esto en la manualística corriente se pasa muy rápido y se los toma como si aquellos autores fueran dos “marcianos” que dijeron una serie de cosas y el resto sigue igual. Con ello se crea la ilusión de que las demás técnicas que nosotros hemos traído a lo largo de estos últimos 70 años son todos instrumentos propios de un Derecho penal de garantías. ¡No es así!, ¡de ninguna manera! Sin embargo no solamente no es así, sino que hoy estamos desprotegidos, desde el punto de vista de un Derecho penal

de garantías, con los instrumentos dogmáticos que disponemos en estos tiempos. Creo que la historia del año 33' al año 45' nos clarifica bastante eso.

Vamos a revisar brevemente qué elementos trajimos. Lo primero que importamos fue el Derecho penal en la versión de von Liszt, pero esto tiene una historia que se remonta a los últimos años del siglo XIX (alrededor de 1890) y primeras décadas del siglo siguiente. En esa época en Alemania habían dos autores que se disputaban por la hegemonía del discurso penal, aunque se ha pretendido que sean dos escuelas, uno era Binding y otro era von Liszt. En términos actuales diremos que el primero era normativista; mientras el segundo, era positivista.

Karl Binding era el penalista de los años de la Unidad Alemana y del régimen de Otto von Bismarck. Por cierto no era un régimen muy liberal que digamos, autoritariamente formó grandes y fuertes corporaciones verticalizadas en forma de ejército (burocracia judicial, médica, docente, etc.); porque tenía que reforzar el poder del Estado pues recién se había formado el Imperio Alemán en 1871.

Binding era el penalista de aquellos tiempos. El Derecho penal, según él, no necesitaba una justificación ni explicación, simplemente consistía en algo que lo imponía el señor Estado. Notemos que Binding no era ni siquiera hegeliano, porque para los hegelianos de alguna manera el Estado tiene la obli-

gación, en aras de asegurar la estabilidad del propio derecho, de suprimir el delito con el asunto de que el delito es la negación del Derecho y la pena es la negación del delito, por ende como la negación de la negación es la afirmación, la pena es la afirmación del Derecho. En función de esta rara dialéctica el Estado estaba obligado a usar pena. En cambio para Binding esto no es así porque el Estado no estaba obligado a la pena. ¿Entonces por qué la imponía? Por ser Estado, cuando quería la imponía y cuando no quería no lo hacía; es decir, prescindía de la justificación de la pena y la pena era retribución.

De otro lado, para von Liszt esto no funcionaba así. Él era un positivista y por tanto la pena tenía la medida de la peligrosidad. ¿Pero cómo, si von Liszt hablaba de culpabilidad? Sí, pero hablaba de una “culpabilidad distributiva”, era lo que hoy en la moderna dogmática llamaríamos “el aspecto subjetivo del tipo o del injusto”; o sea la culpabilidad era formas de dolo o culpa.

Ambos autores parece que tenían posiciones distintas y da la impresión de que Binding era más garantista. Otros dicen que el sistema más liberal era la de von Liszt. Lamentablemente ninguno de los dos eran liberales. Las dos posiciones eran absolutamente autoritarias.

Si leemos el famoso programa de Marburgo de Franz von Liszt, que debemos examinarlo con

cuidado, hay una parte donde él se ocupa de los “molestos”. Como ustedes saben para la política criminal los grandes criminales; por ejemplo los homicidas en serie, nunca fueron un gran problema, antes los mataban, ahora se les da cadena perpetua y listo se terminó. El verdadero dolor de cabeza de la política criminal han sido los “molestos”, los que hacen una cosa de mediana gravedad o hacen cosas simples pero que la van realizando siempre o reiteradamente.

En el siglo XIX estos “molestos” eran reprimidos por los países europeos conteniéndolos en las colonias. Por su parte, von Liszt dice: «Nosotros no los podemos decapitar y no tenemos colonias a dónde mandarlos. ¿Qué hacemos? Encerrémoslos toda la vida a pan y agua. Aunque no es justo que con nuestros impuestos los tengamos que mantener; vale decir, penas eliminatorias para todos ellos» A buen lector el programa de Marburgo decía esto. Por supuesto que luego decía que el Derecho penal era la carta magna del delincuente, con el Derecho penal tenemos que frenar la política criminal, etc. Muñoz Conde señala que pareciese haber dos personas al escribir realmente esto, uno que quiere ponerle límite a las cosas y otro que no.

Binding, frente a la pregunta de qué hacemos con los “molestos”, mencionaba: «Por la obcecación podríamos llegar a imponerle la pena de muerte»

Sinceramente ninguno de los dos eran liberales.

Luego el destino del positivismo entra crisis porque las bases de su filosofía ya no se sostenían, por lo que sale del cuadro y se pasa a un idealismo que fue el neokantismo. Este tiene una teoría del conocimiento totalmente distinta del positivismo, ellos dicen que la realidad existe como material del mundo, pero está todo muy desordenado y lo único que pone orden a las cosas de afuera son los valores; es decir, capto el mundo pero solo puedo disponer en la medida que me ordene el valor. Los neokantianos sostienen que hay ciencias naturales y ciencias del espíritu o de la cultura, en la primera está la criminología hecha por los médicos y en la segunda pertenece el Derecho.

Desde su perspectiva los valores ayudan a ordenar el mundo, pero, ¿qué son los valores? Los neokantianos nos contestan inmediatamente: «Los valores no son, los valores valen» Un poco mística la respuesta, habría que responderle con otra pregunta: ¿Para quién vale los valores? Supongo para quien los establece y el que lo establece es el Derecho; no obstante, ¿quién establece el Derecho? El poder político. En consecuencia, los valores valen para el poder político y claro, lo que no me incluya el poder político dentro del valor o del desvalor, yo como científico jurídico no lo puedo tomar en cuenta. Menuda metodología, o mejor dicho, inte-

resantísima metodología para que pueda estar caminando sobre montañas de cadáveres sin tomarlos en cuenta porque no los incluyeron en la valoración. Así fue, el esquema neokantiano dominó el panorama doctrinario de los años 20' del siglo pasado hasta 1933.

IV

¿Qué pasaba con la jurisdicción? Como ustedes saben el Imperio Alemán cae en 1918 como resultado del desastre de la primera guerra mundial y Europa queda arrasada luego de la guerra (se suicida entre el 14' al 18'). EE.UU no ratifica el tratado de *Versalles*, en consecuencia estaba toda Europa inhabitable, destruida económicamente, por lo que no se le ocurrió nada mejor que cobrarle las indemnizaciones de guerra a Alemania. Donde una vez caído el Imperio se establece la República Democrática de Weimar con su famosa Constitución Social. Esta República, un poco agotada por los otros que le cobraban las deudas, intentaba hacer una política social. La gobernaron social demócratas una época pero se fue debilitando, las masas le pedían una política fértil al no poder salir de la crisis; por otro lado, habían nostálgicos del Imperio que querían llevarse abajo la República y había una extrema izquierda bastante suicida. El resultado de esto fue que la Republica entró en aprietos y vino el nazismo en el año de 1933.

La magistratura de Weimar era una magistratura que se formaba fundamentalmente de clase media alta. Para fabricar un juez en el Imperio Alemán era necesario que tuviera una familia que lo pudiera mantener más o menos hasta los 30 años y luego entraba en esa corporación vertical que era el ejército de jueces que había montado el príncipe Bismarck e iba subiendo gradualmente de jerarquía. En efecto, estos magistrados al principio vieron con mala cara a la República de Weimar y su oposición se hacía cada vez más manifiesta a medida que veían que había avances de la izquierda, el terror del comunismo, etc. De este modo aquellos jueces se hicieron abiertamente enemigos de la República y fueron garantizando la impunidad de todas las barbaridades que iba cometiendo el partido Nazi en su ascenso hasta llegar al poder.

Cuando los nazis ascendieron al poder, los jueces los recibieron con bastante beneplácito. ¿Qué hicieron los nazis? Lo primero fue expulsar de la magistratura a los judíos. El resto que quedaban; con ímpetu, alegría y premura; fueron trepando o ascendiendo más rápido pues tomaban el lugar de los expulsados.

V

Así llegamos a 1933. Una magistratura identificada con un régimen, una doctrina neokantiana que en base a su metodología uno puede hacer un

Derecho penal liberal si es liberal, pero si uno es autoritario puede hacer, entonces, un Derecho penal autoritario.

Hubieron neokantianos liberales³, pero también nazis. El más notorio de este último grupo fue sin duda, muy citado por nosotros, Edmund Mezger.

El sistema de Mezger era una construcción siempre autoritaria⁴; por ejemplo, integró la comisión que introdujo la analogía derogando el principio de legalidad en el Código Penal Alemán y en el año 1944 fue autor de un proyecto de internación de los extraños a la comunidad en los campos de concentración que lo hizo al lado de un famosísimo criminólogo⁵. En realidad con el neokantismo se puede inventar cualquier cosa y Mezger era un genial inventor. A nivel de la doctrina jurídico-penal había creado una figura llamada “la ceguera ante el derecho”, que se daba cuando *falta dolo pero el sujeto no podía dejar de tener consciencia de la antijuridicidad aunque no la actualizara*. ¿En qué casos pasaba? Los ejemplos que ponía son muy claros; en caso

3 Entre ellos Gustav Radbruch y Max Ernst Mayer.

4 Vid. Muñoz Conde, Francisco: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4º edición, Tirant Lo Blanch, España, 2003.

5 Se trataba del criminólogo Franz Exner quien escribió en 1939 (editados en 1944 y 1949) su famoso tratado: *Biología criminal*.

de matrimonio mixto el hechor no podía dejar de darse cuenta de la antijuridicidad cuando un judío tenía relaciones sexuales con una aria, y ese hecho era penado con muerte según la legislación nazista. El otro elemento del cual se valía en su construcción dogmática era “la culpabilidad por la conducción de la vida”, así *el sujeto no es culpable del hecho pero es culpable por toda su conducción de vida que lo ha llevado apartarse del equilibrio de la virtud*; para lo cual buscaba de garante al pobre Aristóteles.

También en aquellos años hubo una interesantísima y penosa discusión e intercambio de ideas entre dos afamados catedráticos: uno alemán (Edmund Mezger) y otro italiano (Filippo Grispigni⁶).

Filippo Grispigni era uno de los últimos representantes del positivismo penal en Italia. El debate se publica en la revista penal italiana *diritto e procedura penale* en los años 41’ y 42’. Es un debate penoso, quizá el más vergonzoso de los debates de Derecho penal del siglo pasado. Ellos discuten quién era capaz de proveer mejor y con mayor coherencia los elementos de legitimación de la legislación penal

6 Vid. Muñoz Conde, Francisco: *Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista* y Grispigni, Filippo: *La función de la pena en el pensamiento de Benito Mussolini. Afirmaciones del Duce de histórica importancia para el Derecho penal italiano*; ambos en: Revista de Derecho penal y criminología, Dir. Eugenio R. Zaffaroni, año IV, N° 2, marzo, Argentina, 2014.

nazista. La discusión era para ver quién era más nazi de los dos. ¡Qué terrible!

La verdad es que los argumentos de Grispigni, dejando de lado el asco que produce ese encuentro, son bastante más legitimantes que los balbuceos que a veces hace Mezger. Los argumentos de Grispigni son más naturales para respaldar la pena de muerte de menores, la castración, la esterilización, etc. Mezger, por su parte, se defendía con su culpabilidad por la conducción de la vida. Pero por qué uno siente que cala más coherentemente el argumento positivista de Crispigni; porque era corporativo, vale decir, partía como todo positivismo de una concepción organicista de la sociedad (la sociedad como organismo).

Pero volvamos a nuestro tema. Mezger y los demás neokantianos no estaban solos en Alemania. En ese contexto aparecen dos jóvenes penalistas⁷ que le hacen frente a toda la doctrina penal alemán abiertamente nazi y de plano les dice: «No, ustedes están en contradicción ya que hacen una dogmática liberal que no puede servir para un Estado autoritario» Estos representantes de la escuela de Kiel o bien no querían darse cuenta o bien ocultaban que aquella dogmática de los neokantianos de Marburgo no era liberal; sin embargo tenían razón en algo, una

7 Habla de la escuela de Kiel y de sus dos mayores representantes: Georg Dahm y Friedrich Schaffstein.

construcción dogmática para un modelo de Estado no sirve para otro modelo de Estado. La dogmática de un modelo de Estado anti-distributivo no puede servir para un Estado distributivo.

Ahora bien, esa dogmática que en realidad no era nada liberal sirvió bastante bien para legitimar la legislación penal nazista. A tal punto que lo de Mezger se siguió aplicando en la justicia nazi del día a día. Hay un artículo de él de 1938 que se llama *El Derecho penal como totalidad*, donde se pelea con los de Kiel respondiéndoles: «Con mi sistema esa legislación se puede aplicar mucho mejor que con la concepción del Derecho penal como totalidad de ustedes»

Como vemos, el gran debate dogmático penal del 33' al 45' es el debate entre los neokantianos, con Mezger a la cabeza, pero no era el único pues habían muchos otros más tales como Sauer y Gallas; y los de Kiel del otro bando, para ver cuál de los dos legitimaba mejor la legislación hitleriana.

Los neokantianos, según hemos notado, tenían un claro sentido práctico y jamás habían citado la Constitución de la República de Weimar. En lo legislativo Hitler no aprobó dicha Constitución, él decía: «Bueno, hago uso de la excepción y de la excepción asumo todos los modelos y al final todos los modelos se concentran en mí y en función al *Führerprinzip*, quien era el último intérprete de la

Constitución» Tampoco cambió el Código Penal, no necesitó hacer otro Código, se valió del que había que lo completó con una profusa legislación penal especial, leyes de policía, etc. El trabajo sucio en los juicios puramente políticos los conocía un pretendido Tribunal del Pueblo (*Volksgesicht*).

Esto era la judicatura del discurso neokantiano y en oposición a ello estaban Dham y Schaffstein. Hay un trabajo pionero donde se limitan a la crítica de la dogmática anterior sobre la base de las contradicciones que tenía la sistemática mezgeriana, contradicciones que se había ocupado en dar salida otros neokantianos como Helmuth Mayer. Ese es un trabajo poco nítido, pero luego comienzan a definir con mayor claridad una teoría mucho más significativa y que debemos tener muy en cuenta.

Existe un artículo de Georg Dahm donde precisa la diferencia que hubo entre el Derecho penal nazi y el Derecho penal fascista, él dice: «Bueno, nosotros nos hemos preocupado de criticar el Derecho penal liberal, pero nunca nos ocupamos mucho en distinguir el Derecho penal fascista; esto es, ¿qué significó el Derecho penal fascista?, ¿en qué se distingue del Derecho de nosotros?» Este autor lo aclara perfectamente, pues es un artículo diáfano en la forma que lo expresa: «Los dos somos anti-liberales, pero para el Derecho penal fascista el Estado es la única vía o el único instrumento de expresión

de pueblo, no hay otro. La nación se expresa a través del estado» Esto es cierto conforme la frase de Mussolini: “Todo en el Estado, todo para el Estado, nada fuera del Estado.” Claro que hay una serie de antecedentes ideológicos al respecto, pero lo cierto es que en el fascismo el Estado era el único camino a través del cual podía expresarse el pueblo y justamente por eso es que no se derogó el principio de legalidad. No obstante, este principio no estaba en una función de garantía al ciudadano, sino era un principio donde la legalidad fungía como expresión de la voluntad del Estado. El Estado expresaba su voluntad punitiva a través de la ley, era más una garantía para el Estado que para el ciudadano.

Cuidado que el principio de legalidad puede tener esta doble cara. Cuando a un juez le dicen que en razón de la Ley se viola la Constitución y este responde: «Yo no puedo tocar la ley y debo imponer la pena» Y sigue peor aun reafirmandose por más que le digan que también está el principio de culpabilidad, el principio republicano, de proporcionalidad y que todos ellos figuran en la Constitución. Ese es un juez fascista, no lo sabe pero está repitiendo exactamente la formula fascista.

Luego Dahm aclaró algo muy interesante, en una sola línea dice: «Binding está vivo en el Derecho penal fascista» Efectivamente era así, lo que les dije hace rato, ¿qué legitimaba, para Binding, al poder punitivo? La voluntad del Estado.

¿Por qué en el nazismo no ocurría lo mismo? Pongamos atención, para ellos el Estado no era un fin, sino que el Estado era un instrumento de la comunidad del pueblo (*volksgemeinschaft*)⁸. La comunidad del pueblo no eran todos los habitantes, sino estaba integrada por aquellos seres humanos que pertenecían a la misma raza aria, sin importar

-
- 8 Así, véase Dahm Georg y Schaffstein, Friedrich: *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?*, título original: *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, traducido por Leonardo G. Brond, Ediar, Argentina, 2011. A continuación citamos algunos extractos: Por el contrario, un Estado que cree en sí mismo y en la idea de Nación que conlleva, no tendría oportunidad alguna para poner en duda su superioridad moral frente al que quebranta el Derecho. En este Estado no habrá ningún privilegio para el delincuente por convicción (p. 79). Se encuentra en contradicción con esta experiencia una praxis que trata básicamente a cada delincuente como educable, que malgasta sus fuerzas en intentos de corrección sin sentido, que únicamente abarca un lado de la prevención especial –precisamente la idea de educación– pero que renuncia a la seguridad y a la inocuización. El Derecho penal del Estado autoritario deberá reestablecer el equilibrio entre la educación y la seguridad, es decir, la verdadera prevención especial, e imponer la salvaguarda de la seguridad (p. 97). El Derecho penal del Estado autoritario no podrá renunciar, en especial, a la pena de muerte, que está viva en la conciencia del pueblo, no contradice en verdad las visiones culturales de nuestra época y parece apropiada para fortalecer la vigencia de la idea de autoridad estatal. Además cabe agregar su idoneidad como medio de inocuización e intimidación (p. 101). El Derecho penal del Estado autoritario marchará también por nuevos caminos en la valoración de los bienes jurídicos. Dado que el pensamiento estatal autoritario se basa en la creencia en valores transpersonales y absolutos y pone al Estado al servicio de un orden general de valores éticos vinculantes, le incumbe precisamente una protección permanente de estos valores éticos y espirituales (p. 102).

que se encontraban en el territorio o fuera de ella; por contraposición, los extraños a la comunidad del pueblo son los sujetos que no pertenecían a esa raza. Dicha comunidad del pueblo tenía historia, no se la integraba por voluntad, sino por sangre. Era una estructura donde cada uno ocupaba un lugar y tenían deberes que emergían del espacio que disponían dentro de la comunidad del pueblo. Uno el deber de militar, otro el deber de policía, de juez, de profesor, de padre, etc. A tal punto que Dham y Schaffstein mencionaban: «La esencia del delito no es la lesión a un bien jurídico; la esencia del delito es la negación del deber que emerge de la comunidad del pueblo» Si en algún momento el Derecho escrito por el Estado, que solo era un instrumento de la comunidad, no coincidía con la voluntad del pueblo, que eran mandatos éticos; entonces tenía que predominar la voluntad de la comunidad sobre el Derecho escrito. ¿Y quién era el intérprete último de la voluntad del pueblo? El *Führer* encarnaba, conforme el *führerprinzip* (el principio del conductor), la máxima expresión interpretativa de la voluntad del pueblo.

Por tanto, ¿qué significó esta comunidad del pueblo? Fue un sistema dentro del cual habían subsistemas que eran estas posiciones que se ocupaban. Si la esencia del delito no era una lesión al bien jurídico, sino la violación del deber ético que emergía de la comunidad del pueblo; por un lado borraban

los límites entre ética y derecho, pero por otro, el delito consistía siempre en el incumplimiento de un deber, y si es así, la estructura del delito dejaba de ser activa y pasaba a ser omisiva. La esencia del delito era el incumplimiento de un deber emergente de la comunidad, es decir, asumía la forma de una omisión.

Si pensamos bien, nos daremos cuenta por qué nos parecía más natural las argumentaciones de Grispigni (positivista) que las razones de Mezger (neokantiano). Lo que pasa es que el positivismo también era sistémico. El organicismo es una especie o una variable del pensamiento sociológico sistémico. Hay un famoso historiador de la sociología que dice: «Cada vez que leo un sistémico me parece dar la sensación de que esto es una banalidad o ya se dijo antes, y cuando se dijo antes, se dijo por vía de alguna concepción organicista de la sociedad» Esta idea de violación del deber de cuidado que emerge de la comunidad del pueblo, es una idea que no solo nos lleva al delito como omisión, sino que le da al delito una característica particular, lo convierte en una traición a la comunidad. En el fondo de todo delito ven una traición que lleva a una pérdida de confianza respecto del sujeto y entonces ahí vienen las clases de autores. En ese sentido, todo el Derecho penal no se tiene que limitar al análisis de los tipos, sino que se tiene que usar los tipos para descubrir a los traidores a la comunidad.

No confundamos, ellos hacen dos distinciones muy sutiles pero clarísimas: Una cosa es el sujeto ajeno o extraño a la comunidad y otra cosa es el traidor a la comunidad. El que es extraño es casi un enemigo natural que hay que tenerle desconfianza siempre; en cambio, el traidor es alguien quien pertenece al sistema pero la debilita desde adentro. Todo el Derecho penal se dedica a buscar traidores a través de este programa jurídico y político.

VI

Queridas amigas y amigos llegó el año de 1945, terminó la guerra, el Derecho penal comenzó a reconstruirse y surge el finalismo con Hans Welzel, que es una tentativa de dar vuelta al neokantismo e irse al realismo.

Para aquel entonces los neokantianos desaparecieron en sus obras las menciones al sano sentimiento del pueblo o la raza superior y siguieron interpretando el Código Penal de 1871. Por su parte, Welzel intenta dar un paso hacia el realismo a través de las estructuras lógico-objetivas. Él se dirige a todos los neokantianos del siguiente modo: «La realidad no es un caos, en verdad hay órdenes; si ustedes hablan de una fuente real lo primero que tienen que hacer es respetar la estructura del ente, de lo contrario la norma va a ir hacia otra cosa. Nada nos prohíbe hacer la vaca jurídica, puedo definir la vaca con forma de perro negro, aúlla y tiene colmillo; no está

prohibido definir a la vaca de esa manera, el único problema es que vamos a mandar al juez a ordeñar un lobo y eso sí trae inconvenientes»

Bien, pero el Derecho penal alemán tampoco avanzó debidamente, porque si uno lee el tratado de Hans Welzel, da la impresión que hay dos personas que lo escriben. Uno que redacta la teoría del delito y otro que escribe la teoría de la pena. En la teoría de la pena no funcionan las estructuras lógico-objetivas; en la teoría del delito sí. Claro, si llevamos las estructuras lógico-reales a la teoría de la pena, la estantería se cayó. Imagínense llevar tales estructuras a la idea de resocialización, reeducación, reinserción, etc.; nos quedamos sin suelo.

VII

Hoy nos encontramos con una dogmática jurídico-penal alemana que significa de cierta manera una vuelta al neokantismo. Tenemos a Claus Roxin y a Günther Jakobs.

Yo me resisto fundamentalmente al deporte de repartir etiquetas, sobre todo etiquetas políticas, creo que eso nos lleva a un campo de injurias incompatible con las ciencias jurídicas. No lo reparto, pero me quedo con lo metodológico y lamentablemente lo que veo es que estamos con los mismos elementos metodológicos de los años 30'.

Ustedes saben que entre la primera y la segunda guerra mundial los franceses construyeron una línea

de defensa que decían que los alemanes no podían pasar nunca, fue la famosa línea *Maginot*, esta línea se superó en 20 minutos, pasaron los alemanes y ocuparon toda Francia. Yo tengo la sensación que en el Derecho penal metodológicamente hemos re-construido la línea *Maginot* y estamos sentados tomándonos un par de copas debajo de ella; es decir, en términos metodológicos estamos desarmados en un momento complejo del mundo donde el poder punitivo arrecia, donde avanza una legislación penal absolutamente autoritaria, donde se justifican las prohibiciones, donde los políticos son acosados por los medios masivos de comunicación social marcándoles la agenda legislativa sin descansar en la creación de tipos penales todos los días, donde los diplomáticos firman cualquier estupidez en forma de tratado que después nos imponen sancionar casi todo, donde hay un falso ídolo: el poder punitivo. Que el poder punitivo va a salvar el Amazonas, que el poder punitivo va a controlar el crimen organizado, que el poder punitivo va a lograr contener el reciclaje de dinero, que el poder punitivo nos va a resolver el problema de la droga, que el poder punitivo en definitiva va a resolver todo. Si el poder punitivo tiene el poder para hacer esto, el poder punitivo es Dios, pero claro es un falso Dios. Cuidado con ese becerrero que no está hecho de oro, sino de un material mucho más asqueroso y detestable.

Este es el momento del mundo en que vivimos y se nos hace necesario confrontarlo con el impulso para re-construir el Derecho penal de garantías y, sin embargo, no tenemos los elementos dogmáticos que nos garanticen de alguna manera esta construcción. Los elementos dogmáticos dominantes de hoy son los mismos que permitieron, metodológicamente hablando, el desastre de los años 30' en Alemania.

VIII

Lo más riesgoso que podemos hacer es pretender, como pretendió la dogmática penal alemana, que hay un Derecho objetivo y un Estado neutral. Todo el Derecho es política y toda construcción dogmática también es política porque simple y sencillamente la dirigimos a una rama del gobierno del Estado. ¿Para qué hacemos dogmática jurídica? Naturalmente que escribimos nuestros manuales con el fin de entrenar a nuestros “pichones”, pero independientemente de eso también para que la aplique alguien, ¿y quién es ese alguien? Es un poder del Estado, en específico el Poder Judicial. Entonces, si hacemos un proyecto de jurisprudencia para que lo ejerza un poder, eso es político en el sentido del gobierno de la polis. Toda construcción dogmática responde a una determinada política, por lo que nada aquí es ingenuo.

La edificación dogmática de Binding era Bismarckiana; la de von Liszt era de la segunda época del Imperio; la de Mezger era a la medida de una magistratura que pasaba por encima sin ver las peores masacres del siglo pasado; la de Welzel impulsó la re-construcción de la República Federal Alemana; Roxin es socialdemócrata⁹ y la de Jakobs, me permitiría decir, que es a fin a Helmut Kohl¹⁰.

No podemos importar estos modelos como modelos acrílicos. No lo son en su país de origen. Si nosotros los des-politizamos, estaremos importando modelos políticos a la medida de otros programas y de otros países. El mismo Estado de bienestar europeo está en jaque. ¿Qué tiene que ver un programa hecho para una sociedad donde cada uno abre una libreta de ahorros porque dentro de cuatro años quieren irse de vacaciones y cada dos años se cambian de *Volkswagen*? ¿Eso qué tiene que ver con nuestras sociedades?

No digo que tengamos que abandonar la dogmática, sino lo que tenemos que hacer es tomar de la dogmática lo técnico, pero hacia dónde va esa dogmática, es algo que lo tenemos que decir de

9 De la mano del político Herbert Ernst Karl Frahm (conocido también como “Willy Brandt”) quien fomentó un Estado de Bienestar bajo una política social demócrata en Alemania.

10 Que corresponde al momento de temor social generado por los inmigrantes del este Europeo; esto es, el neoconservadurismo europeo continental.

acuerdo a los modelos de nuestros países. Si tengo que construir un puente es aconsejable que adquiera la mejor tecnología para construirlo y los mejores materiales; pero para qué sirve el puente y dónde lo tengo que hacer es una apreciación nuestra. Eso no lo ve el técnico importado, por eso, insisto y reitero lo que digo siempre: «Imitemos a los alemanes pero no los copiemos» Imitemos hacer programas o construcciones dogmáticas como las hicieron ellos, a la medida de su mirada política, buena o mala no importa, eso es otro problema, pero no nos limitemos a copiarlos.

Toda edificación dogmática tiene un objetivo y si hay un fracaso en las construcciones que no lograron un Derecho penal suficientemente garantizador, insisto que ese fracaso reside en que todas aquellas partieron de la base de una legitimidad del poder punitivo del Estado. Frente a ello qué hicimos, elaboramos doctrinas partiendo de determinada función de la pena, decíamos: «La pena debe servir para tal cosa» y a partir de ahí construíamos todo un tratado de varios tomos. Ese “debe” está en el ámbito del “deber ser”; con nuestros tratados los jueces hacían sentencias e imponían penas y las penas se cumplían pero no en el campo del “deber ser”, sino en el “ser” (donde nunca era ni nunca son como el tratado decía que deberían ser). De esa manera nos ocupamos de legitimar un poder punitivo que no ejercemos, porque lo único que tenemos en

el Derecho penal es un semáforo con el cual le decimos con una luz roja al poder punitivo que no puede pasar, una luz verde que dice: «Metamos preso al que mató a la abuelita» y una luz amarilla que nos indica: «Esperemos un rato»

El poder jurídico nuestro es poder de semáforo, o sea, es poder de contención; no es poder de ejercicio del poder punitivo. Tengámoslo muy claro: *El Derecho penal si sirve para algo es para hacer programas de contención y reducción del poder punitivo*. No nos dediquemos a legitimar algo que no ejercemos, dediquémonos a legitimar lo que sí ejercemos. Esto es indispensable para mantener el Estado de Derecho, sin el Derecho penal el Estado de Derecho desaparece; no porque desaparezca el poder punitivo sino porque el poder punitivo se ejerce sin límite. Simplemente es así.

Pueden expresar algunos: «¿Qué me importa que desaparezca el Estado de Derecho!» Pero cuando desaparece el Estado de Derecho, ¿qué se viene? El genocidio o la masacre. Las agencias punitivas operan sin control y sin límite y eso lleva a la masacre. En el siglo pasado por lo menos dos de cada 50 habitantes del planeta fueron aniquilados por los Estados, estos superan con creces el número de homicidios por iniciativa privada que hubo en el siglo anterior; supera incluso el número de muertos en guerras y todo esto pasa porque el semáforo no fun-

ciona. Cuando deja de funcionar el semáforo jurídico de contención del poder punitivo, se establece el Estado de policía y el paso siguiente es la masacre.

Si queremos prevenir dichas masacres no nos quedemos tranquilos pensando que esto se logra con tribunales internacionales; sino eso se previene con un Derecho penal de contención y de garantías. Tenemos que elaborar una nueva dogmática jurídico penal que no pretenda legitimar al poder punitivo, sino que trate de contenerlo y reducirlo. Soy consciente que estamos a contra-mano del ejercicio de ese poder que presiona fuertemente por desbocarse en el planeta, soy consciente de que esta tarea es difícil y soy consciente que muchas veces es penosa. Sí, es verdad.

Becarria escribió su *Dei delitti e delle pene* y lo tuvo que publicar en anónimo y aun así lo pasa mal. Friedrich Spee, que era un jesuita, escribió la *Cautio criminalis* y casi lo “fritan”; hubieron otros que corrieron con menos suerte porque sí llegaron a ejecutarlos. Nuestros padres del Derecho penal liberal no la pasaron bien y realmente no la pasa bien alguien que confronta con el poder punitivo. Pero bueno, eso es una elección existencial.

¡El Derecho penal cuando sirve para algo es para contener; y si no, lamentablemente no sirve para nada!

LA PROTESTA SOCIAL Y EL DERECHO PENAL

Prof. Dr. H.C.Mult. Eugenio Raúl Zaffaroni

I

En Argentina desde hace casi 30 años, poco después de la vuelta a la democracia, las fuerzas armadas no pueden intervenir en casos de disturbios o conflictos internos. Este servicio civil es una función que queda reservada exclusivamente a la policía. Aunque sí es cierto que hemos tenido, en caso de protesta, algunas dificultades como violencias u homicidios practicados por la policía, pero que han sido llevados a juicio.

II

La forma en que se ha tratado de reprimir la protesta social usando el poder punitivo se ha centrado fundamentalmente en buscar maneras de sancionarla sin que medie afectación contra la integridad física o contra la propiedad de terceros; esto es, enfocándolo en el mero hecho de protestar. Se ha pretendido canalizar esto a través de un artículo del

Código Penal que es la interrupción de servicios o vías de comunicación¹.

Este delito de interrupción de vías aparece tardíamente en una reforma que se le hace al Código Penal que reemplaza el viejo artículo que penaba el levantamiento de rieles ferroviarios. El legislador al introducir el tipo penal de interrupción de medios de comunicación no hizo ningún comentario, pero entendemos que es bastante dudoso tipificarse la protesta a través de aquella mera interrupción, sea una calle, una carretera, etc.

Dado el antecedente histórico sabemos que el tipo exige no solo la mera interrupción, sino algún peligro para un bien jurídico importante como es la vida e integridad física; por lo que en tanto no vaya acompañada la interrupción de una vía de comunicación con este peligro, entonces típicamente no está configurado el delito, que en el peor de los casos se tratará de una infracción de carácter contravenacional y no de carácter penal.

1 De forma análoga a ese delito en el Perú lo hallamos en el tercer párrafo del artículo 200° del Código Penal, regulada erróneamente como una modalidad de extorsión: *“El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.”*

III

Esta es una de las interpretaciones jurisprudenciales de las que nos hemos valido, pero incluso aceptando la posibilidad de una tipicidad respecto de la acción de protesta social colectiva con interrupción de una vía de comunicación, si avanzamos en la estratificación de la teoría del delito nos encontraremos con el problema de la justificación. ¿Hasta qué punto si esto fuese típico se puede justificar? Depende del grado de necesidad.

La pretensión de que en una democracia no es admisible la protesta masiva porque están abiertos los canales institucionales de petición a las autoridades para contener los beneficios y ventajas que se solicitan o reclaman, es una idea absurda. No hay ningún Estado en el mundo que sus instituciones funcionen perfectamente, de manera tal que no sea necesario de vez en cuando acudir a una protesta colectiva.

La protesta, por supuesto, no podría justificar una tipicidad si no es por una cuestión de urgencia o de una necesidad. Por ejemplo, si luego de agotar los protocolos y alternativas institucionales se genera una protesta porque en una región falta un hospital bajo un contexto de peligro de muerte de personas y agravamiento de las dolencias y, además, no hay otro modo de llamar la atención; en consecuencia se toman e interrumpen los medios de comunicación

para centralizar justamente esa atención. En ese caso nos encontraremos en un supuesto de estado de necesidad.

Pero no termina ahí la cuestión, normalmente cuando hay una protesta social masiva, hay negociadores quienes interceden para establecer puentes y resolver el conflicto, por lo que me pregunto sustancialmente lo siguiente: ¿Cuál es el grado de conciencia del injusto que puede tener quien participa en una protesta social si ve que las mismas autoridades están tratando de solucionar el conflicto?

De otro lado, aunque los bienes jurídicos no sean dispares que permita que funcione la causa de justificación del estado de necesidad, aun así podemos encontrarnos también con situaciones de estado de necesidad exculpante.

En líneas generales, creo que estos serían los principales puntos de análisis cuando nos encontramos frente a una protesta masiva; lógicamente sin que se cometa ningún delito contra la vida o integridad de las personas, de lo contrario esos últimos delitos serían enfocados de modo independiente individualizando al autor del hecho de la conducta típica realizado en medio del núcleo de la protesta.

IV

Todas estas legislaciones que tratan de resolver situaciones de violencia y disturbios por medio de

tipificaciones, en definitiva terminan siendo arbitrarias. Un delito que se comete en un estadio resulta que tiene más gravedad que si se cometiese fuera del estadio.

Asimismo, debemos decir que cualquier reunión interrumpe una vía de comunicación, de la misma manera como cualquier tránsito de una manifestación la interrumpe también. De modo que esto no resulta más que un pretexto para reprimir determinadas protestas sociales estratégicamente seleccionadas por razones económicas y políticas.

V

¿Entonces la protesta no es antijurídica? Es posible que la interrupción de una vía de comunicación sea antijurídica, pero una cosa es que sea antijurídica administrativamente por configurar una mera contravención y otra cosa es convertir esa contravención en delito cuando no involucre peligro inminente a otro bien jurídico valiosísimo.

Esto no ha sido el criterio que ha sostenido toda la jurisprudencia Argentina, ha habido una sentencia llevada a casación hace aproximadamente 10 años en un sentido totalmente contrario a lo aquí expuesto, aunque no la hemos revertido en la Corte Suprema porque prescribió. Pero como se ve, hay distintos razonamientos en el país. Lamentablemente nosotros tenemos un sistema de gobierno federal, que no es como en EE.UU, porque tenemos ley

única con centro penitenciario unitario para todo el país y 25 posibles interpretaciones distintas de la ley, ya que las cuestiones de Derecho común la Corte Suprema no puede entrar para unificar criterios.

Lo que acabo de explicar es sustancialmente mi criterio personal que he tenido en votos de la Corte.

SEGUNDA PARTE

LA CRIMINOLOGÍA CAUTELAR: UNA APROXIMACIÓN AL
PENSAMIENTO DE EUGENIO R. ZAFFARONI SOBRE LA
CUESTIÓN CRIMINAL

*Prof. Dr. Matías Bailone**

I

Como reflexión preliminar, diremos que el tema de la criminología mediática implica focalizarnos en la cuestión concreta de cómo los medios masivos de comunicación interactúan para producir un discurso sobre criminalidad, sea a nivel lego o a nivel jurídico, pero siempre con sustrato emocional. Realizan estas operaciones mediáticas sin estar preparados académica y técnicamente; incluso, la mayoría de las veces sin tener una buena intención detrás¹.

* Profesor de Derecho penal y criminología de la Universidad de Buenos Aires. Secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. www.matiashailone.com

1 La buena intención sería el direccionar nuestras fuerzas (intelectuales, políticas, administrativas, etc.) para reducir los niveles de violencia en la sociedad; ya sea la violencia privada, la delincencial o la ignorada violencia del control del delito.

II

Ahora bien, analizando la criminalidad desde un marco más amplio, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni ha planteado una nueva teoría que ha denominado “criminología cautelar”. Desarrollada en dos importantes libros: *La palabra de los muertos* del año 2011 y *La cuestión criminal* del 2012.

Naturalmente la pregunta que cae por su propio peso y la cual nos proponemos responder es la siguiente: ¿Qué es la criminología cautelar? Para ello debemos ubicarla primero dentro de la evolución del pensamiento criminológico.

Pasaremos por alto la historia de la criminología como estudio científico causal del delito de tradición positivista, para iniciar el desarrollo desde la llamada “criminología crítica”. A este enfoque inicialmente se la denominó “criminología de la reacción social”. Con ella se identificaba a un nuevo actor en escena, un novedoso objeto de estudio; pues mientras que la criminología clásica se enfocaba en el delito y la criminología positivista, en el delincuente; por su parte, la criminología de la reacción social, como su nombre lo dice, tuvo como objeto primordial a la reacción de la sociedad frente al delito. Lo cual no quiere decir que se olvidaron de la pregunta causal; en sí los crimi-

nólogos críticos también siguieron estudiando al delito causalmente².

Las diversas criminologías críticas comenzaron su trajinar en la deconstrucción del paradigma posi-

-
- 2 Alessandro Baratta, sin duda alguna, es el más destacado representante de la criminología crítica. Con ánimos de respaldar lo dicho por Matías Bailone cito una parte del libro del maestro Carlos Elbert, del que comparto también en cuanto a lo referido ahí sobre el objeto de la criminología: *Manual básico de criminología*, 4° edición, Eudeba, Argentina, 2007: De Baratta tomo la idea de que hay dos “órdenes de realidades” que conforman el objeto de la criminología científica: *la realidad de los procesos de criminalización y la realidad de los comportamientos humanos dañosos, conflictuales o problemáticos*. Baratta remite a Chapman, autor que sostuvo que no hay diferencias ontológicas entre los hechos definidos como delito y cualquier otro hecho. Por ende, tales diferencias no deben existir en el objeto de la criminología. En consecuencia, se puede trabajar etiológicamente sobre situaciones o hechos sociales problemáticos: *siempre que la muestra no sea tomada de las definiciones legales sino de la universalidad de los fenómenos estudiados* (En otras palabras, una conducta puede ser problemática con independencia de que el sujeto que la exteriorice haya sido definido como delincuente. Las conductas de conformidad con las normas, o en violación de ellas, son fenómenos humanos óptica-mente similares) En esos casos, la criminología debería incluir como objeto de estudio cuestiones de sicología, sicopatología y antropología social que tengan que ver con la dinámica de comportamientos que, *eventualmente*, ocurran en el contexto de hechos definidos como delictivos. Esos comportamientos poseen las características individuales de los sujetos actuantes, y no de las infracciones que los hayan puesto bajo control institucional. Por lo tanto, incluye comportamientos de víctimas y victimarios (p. 210). Con el fin de profundizar en ello recomendamos leer a Baratta, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Traducido por Álvaro Búnster de la versión de 1982, Siglo XXI, Argentina, 2004, p. 233 y ss; de igual manera del mismo autor: *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Temis, Colombia, 1990, p. 110 y ss.

tivista, pero al mismo tiempo y como consecuencia de ello, se centraron en algo que en la historia de la criminología nunca había sido materia de preocupación; esto es, la reacción al delito como factor criminógeno, un modo de ofensa a los Derechos fundamentales debido a las medidas que los Estados toman frente a la delincuencia; por tanto, es un cambio epistemológico fundamental ya que por primera vez se la pone en cuestión y se crea toda una rama que luego es llamada *criminología crítica*. Ello porque es crítica del desarrollo histórico que ha tenido siempre la criminología y es crítica de la propia criminología que hasta por esos tiempos se desarrollaba.

Recordemos que estamos hablando de fines de los años 60', hasta ese momento toda la criminología obvió estudiar la reacción social. No lo hacía por muchos motivos, sobre todo, como bien dijeron algunos criminólogos críticos como Colin Sumner, porque el objeto de la criminología tradicional siempre lo ha fijado un acto de poder, es decir, la criminología surgió como un estudio "científico" siempre delimitada por el poder político; por ejemplo, los hechos objeto de análisis de aquel conocimiento criminológico solamente está restringido a lo que la legislación penal de un Estado me dice lo que es delito, por lo que no se puede incorporar otros datos delictuales o criminógenos que no estén dentro de ella.

Esta nueva criminología tiene como ámbito de estudio a los procesos de criminalización primaria, o sea, los procesos que llevan a la construcción social y estatal de un delito, pero no solamente dentro de la imagen iusconstructivista de la sociedad, sino que también se incluye a la tipificación penal. Pero no solo eso, sino que además muestra interés por la criminalización secundaria, que es el proceso de atribución concreta de desvalor de una conducta a un sujeto, a través de la selectividad penal.

Por eso Massimo Pavarini dijo en su famoso libro de introducción a la criminología: «La criminología siempre le sirvió al príncipe, siempre ha sido un fiel vasallo del Estado, del poder, del *status quo*» Esta nueva criminología, por su función crítica, se dedica principalmente a cuestionar todo ese saber que hasta ese momento no había sido puesto en duda, concretamente, sobre los procesos de criminalización que se dan en cada sociedad.

III

La criminología crítica tuvo un tratamiento dispar en ambos lados del Atlántico. Por un lado, estaba el mundo europeo continental (Italia, Alemania y algo de Francia) e insular (Gran Bretaña), que desarrollaron por vez primera los postulados fundamentales de dicho pensamiento; de modo paralelo en Estados Unidos se estaba construyendo una sociología que provenía del urbanismo de

Chicago. El diálogo entre ambos desarrollos críticos pudo producir un pensamiento criminológico todavía vigente en términos generales.

Como un digno representante de la criminología crítica británica y uno de los criminólogos más importantes del siglo XX tenemos a Stanley Cohen, que lamentablemente falleció el 7 de enero de 2013. Además, está toda la herencia de la escuela de Chicago que es la primera escuela criminológica en suelo norteamericano. Básicamente entre ellas dos hubo un intercambio fecundo de ideas que llevó, por ejemplo, a incorporar datos marxistas en el análisis de la cuestión criminal.

Todos sabemos que EE.UU se encuentra acorazado o blindado a la toma de elementos que puedan ser o parecer marxistas; esto es, que se construyó sobre un profundo anti-marxismo. En cambio en Gran Bretaña no es así, no solamente porque el mismo Karl Marx se encuentra enterrado en ese país; sino que claramente el marxismo ha tenido un ulterior desarrollo muy importante allí, por lo que tuvo un gran influjo en la criminología crítica británica. Pero luego del encuentro de ambos mundos a través de las correlaciones de libros, conferencias, etc., donde se contrastaban datos, experiencias y teorías; surgió un pensamiento profundamente más crítico.

No obstante, hay que tener también en cuenta que esta criminología sufrió, después de su apogeo

de los 60' y 70', un gran retroceso. Este retroceso se debió, entre diversos factores, principalmente por el surgimiento a fines de los 70' del neoliberalismo; más aún, en el año de 1981 convergen tres personajes claves para entender todo lo que se vendrá posteriormente. Estos son: Margaret Thatcher de Gran Bretaña, Ronald Reagan quien en el año 81' asumió la presidencia de los EE.UU y Juan Pablo II, que de alguna manera toma la batalla contra el bloque del este (el comunismo que se encontraba, por cierto, ya en decadencia).

A estos tres personajes se les conoce como la nueva santa alianza contra el pensamiento crítico. Ellos arman una nueva cruzada internacional, resultando obviamente muy exitosa porque lograron la consolidación del neoliberalismo que hoy todos conocemos y que, en mayor o menor medida, hemos sufrido su impacto. Estos sujetos convergen en una nueva narrativa de la geocolonialidad que tiene que ver con el nuevo orden mundial que se instaura en el mundo en ese momento. Esto en Gran Bretaña trajo como consecuencia la formación de la llamada criminología del realismo de izquierda o realismo marginal³, que tiene que ver con la idea central de

3 Aprovechamos en mencionar que William Young (o Jock Young) ha trascendido como uno de los criminólogos más importantes de la historia. Luego de fundar la criminología crítica, inició y desarrollo también la criminología del realismo de izquierda. Para mayor detalle revisar Anitua, Gabriel: *Jock Young (1942-2013): El «causante»*

que uno debe brindar propuestas concretas para la politización de las sociedades y no de simplemente quedarse en la mera crítica; lo cual hasta cierto punto es muy necesario, pero en la práctica concreta de esas sociedades del primer mundo sirvió para el fortalecimiento del orden neoliberal de cara a la claudicación del pensamiento verdaderamente crítico.

Por eso que hablar de criminología cautelar en la teoría de Zaffaroni significa tomar todas esas experiencias, positivas o negativas de las últimas décadas para saber sobre qué material crítico, teórico y práctico podemos estar trabajando.

IV

Entonces volvamos a la pregunta inicial: ¿Qué es la criminología cautelar? Es la última teoría emanada del pensamiento de la criminología crítica latinoamericana que pretende, fundamentalmente, producir un cambio epistemológico considerando aquellos delitos que la criminología nunca tuvo en cuenta y que son, para decirlo muy resumidamente, los delitos de lesa humanidad y el genocidio; en otros términos, los delitos cometidos por el Estado (*State Crime*).

Ocurre que casi toda la criminología, aún en su vertiente crítica originaria que decía que el pensa-

de la herencia crítica de la criminología, en *Ius Puniendi*, año 1, N° 1, Ideas Solución, 2015, pp. 497-516.

miento tradicional solo se limitó a estudiar la tipificación de cada Estado, excluyó por completo al genocidio como objeto de análisis. Siendo ese el delito más grave y a su vez un ilícito madre, porque puede abarcar toda la criminalidad social y estatal.

Hoy en el ámbito británico, al calor de los discípulos de Stanley Cohen, se le denomina a ese novísimo enfoque: criminología supranacional. El concepto de “supranacionalidad” es más englobante que el de “internacionalidad”, porque implicaría no solamente los delitos previstos en los tratados y en organismos internacionales, sino que además alcanza a la criminalidad que, aunque es producida por los mismos Estados dentro de su propio territorio, tiene las características de una masacre. El argentino Daniel Feierstein, quien es una de las personas que más conoce a nivel mundial sobre sociología del genocidio, en sus libros ha desarrollado estudios cuantitativos acerca del impacto del genocidio en nuestras sociedades contemporáneas y cómo ello ha producido mucho más daño social que el cúmulo de todos los delitos privados producidos en la historia, específicamente hablamos de la extinción de vidas humanas. Si sumamos todas las muertes producidas por los Estados no en función bélica, supera en más del 60% las muertes producidas en todas las guerras de la humanidad.

Eugenio Zaffaroni, en su libro *La cuestión criminal*, refiere que el genocidio cometido por los na-

zis fue producido por el ejército en función policial y no en función bélica. Tomemos en cuenta que el contexto de guerra lo determina el Tratado de Ginebra, donde se dice en el primer artículo que para que se hable de un conflicto bélico se necesita que haya igualdad ofensiva de las partes; por lo que claramente las guerras del siglo XXI no son guerras en sí, sino que muchos de ellos son genocidios o masacres camuflados como guerras, pero que propiamente no califican como tal dentro del orden internacional. Por lo tanto, todas las muertes causadas en los campos de concentración del nazismo no ingresan dentro de la idea de víctimas de guerra, sino que formarían parte de toda la trama la cual hemos denominado: víctimas del Estado por masacre directa o por genocidio.

Igualmente en las dictaduras del cono sur de América, la mayoría fueron crímenes cometidos por policías o el ejército en función policial, puesto que una persona que está siendo atacada y torturada en un contexto concentracionario no está en posición de repeler la agresión, ni siquiera de defenderse mínimamente; en consecuencia, estamos frente a una masacre de Estado que saca ventaja de su poder ante alguien que está en una situación de vulnerabilidad absoluta.

Así, este es el crimen más grave que puede existir y los países lo saben, hasta el punto que han ra-

tificado el Estatuto de Roma⁴. Por tanto, respecto a la dosimetría de las sanciones, la pena privativa de libertad para el genocidio es el tope máximo; o sea, no puede haber pena mayor de un delito más allá del genocidio⁵, pues este implica el *animus* de aniquilar un pueblo, una comunidad o una nación.

V

Ahora bien, el profesor Zaffaroni distingue entre genocidio y masacre. El genocidio es una

4 Mediante este documento, ratificado por nuestro país el 10 de noviembre de 2001, se instituye por primera vez una “Corte Penal Internacional” que va a trabajar de modo continuo juzgando y sancionando a los autores y cómplices de los crímenes más graves para la humanidad (genocidio, de guerra, de lesa humanidad y de agresión). Delitos que también se encuentran regulados en el mismo tratado. Por nuestra parte, cabe recordar que si bien sus antecedentes se sitúan en las distintas cortes penales anteriores motivadas por las masacres más representativas del siglo XX (el Tribunal de Nüremberg, el Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente, Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, etc.); la primera gran teorización y propuesta sería de una única corte permanente, tal como ahora lo es, fue presentado por Gustave Moynier el 3 de enero de 1872.

5 Sin embargo, en el Perú el populacherismo penal ha venido, además de desordenar la proporcionalidad que deben guardar las sanciones, a desvirtuar completamente el mensaje político criminal aludiendo que sale más a cuenta agredir de modo sistemático a una población civil que a una sola persona de la manera menos elaborada; esto es, que en determinadas situaciones más conviene realizar actos que encierran un reproche mayor en el injusto o en la culpabilidad que uno de menor reproche. Por ejemplo, tenemos al delito de lesa humanidad en la modalidad de esclavitud y violación sexual que se sanciona con pena privativa de libertad no mayor de 30 años (art. 77° del Estatuto de Roma); mientras un delito de violación sexual se puede castigar tranquilamente con cadena perpetua (art. 173° CP.).

conducta definida por la normativa convencional. Contamos con una regulación del genocidio internacionalmente aprobada en 1948 por las Naciones Unidas. Esto fue así porque en ese momento se tomó la sabiduría teórico-práctica de un jurista polaco llamado Raphael Lemkin, quien acuñó el término “genocidio” y en su libro *Europa bajo el dominio del triple eje*, escrito a fines de la guerra; describe y explica, de manera magistral, todo lo que necesitamos saber acerca de ese fenómeno. Con el *plus* que Lemkin redactó dicha obra mientras se encontraba exiliado de los campos de concentración; es decir, alguien quien había sufrido en propia carne, la de su familia y la de su pueblo el crimen del cual estaba teorizando.

Entonces se toma de la experiencia de Raphael Lemkin, pero, como dice el profesor Zaffaroni, se lo traiciona inmediatamente; puesto que la Convención del Genocidio del 48’ produce consecuencias detestables. Primero, de acuerdo a la terminología de la convención internacional, solamente se puede cometer con dolo directo de primer grado; segundo, el grupo político queda fuera del *numerus clausus* de los grupos protegidos por la convención.

Estas limitaciones tienen una explicación histórica-política muy concreta. Los dos bloques que reinaban en la asamblea general de las Naciones Unidas: el soviético y el norteamericano, no se querían

ver envueltos en una criminalización de tal magnitud, porque claramente si lo hacían, como Raphael Lemkin pedía y como la comunidad internacional reclamaba, hubiesen sido responsables de aberraciones como lo ocurrido con el pueblo japonés en Hiroshima y Nagasaki, por parte de EE.UU; así como Rusia sobre los países del bloque de este.

En ese sentido, los dos bloques dominantes de esa época, los mismos que se repartieron Alemania, los que se quedaron con los resultados de la segunda contienda mundial y los que construyeron el nuevo orden mundial; son los mismos que a su vez fijaron cómo debe definirse, catalogarse y reprimirse el genocidio. Claramente lo hicieron de la forma en que no puedan salir perjudicados. No obstante, a pesar de aquella limitación en la estructura del tipo, con el desarrollo jurisprudencial de los tribunales internacionales y de los juristas; y en general, de la comunidad internacional, se ha logrado avanzar en mucho respecto a la comprensión de dicha figura en aras de evitar espacios insoportables de impunidad.

Asimismo, hay una cosa muy importante que se señala en la convención del genocidio, en uno de sus artículos se reclamaba a la comunidad la creación de un Tribunal Penal Internacional. Tribunal, que como todo sabemos, se viene a crear en 1998 con el Estatuto de Roma.

Pero como hay hechos sumamente relevantes en la historia que no podrían ser previstas como genocidio conforme a la convención del 48', a raíz de eso Zaffaroni dice: «Como no todo lo que debería ser genocidio es genocidio, de acuerdo a la limitación legal internacional, es que preferimos usar el término masacre» Por ende, “masacre” es un término sociológico y no jurídico.

Masacre supone un crimen de masa –que es como se llama uno de los últimos libros del maestro argentino–, donde la victimización es hacia un colectivo; aunque a un grupo entero no se lo mate, sino que mediante sus actos demuestre el deseo de aniquilar a la generalidad de la población.

VI

Según notamos, esta criminología pone en cuestión toda la evolución del Derecho penal internacional. Lo central de la criminología cautelar es que coloca en el *quid* del asunto a la “masacre” como problema principal. Salvo esporádicos esfuerzos de algunos autores⁶, no hay dentro de la criminología un desarrollo orgánico fundamental acerca

6 Estos son Álex Álvarez, quien es un investigador mexicano que trabaja en los EE.UU por lo que sus libros solo están en inglés y no se encuentran traducidos en otra lengua; también, William Laufer, famosísimo criminólogo que en los años 80' escribió un pequeño pero muy esclarecedor artículo acerca de la necesidad de que el genocidio sea estudiado criminológicamente.

de este objeto; esto es, estudiar los crímenes que mayor daño han producido a lo largo de la historia y que aún siguen latente en nuestras sociedades.

Surgió un libro muy importante escrito por Samantha Power titulado *Un problema infernal—Estados Unidos en la era del genocidio—*, que ganó el premio Pulitzer y que ha sido traducido a varios idiomas. Esa obra hoy en día se cita en diversos ámbitos de las ciencias sociales como el libro más importante acerca del genocidio. Es un libro que tiene intenciones enciclopedistas porque comienza hablando de todos los genocidios de la historia, pero a su vez, tiene un epílogo y un desarrollo conceptual que claramente identifica una posición política. Explico esto último.

Samantha Power es una jurista norteamericana que su última función pública fue la de asesorar al presidente Obama; perteneciente al partido demócrata, lo cual no quiere decir que sea de izquierda y en realidad está muy lejos de serlo. Si uno analiza los informes de los organismos de Derechos Humanos, de las ONGs, demás grupos y lo que se ve en la prensa; notaremos que en algún punto el gobierno de Barack Obama ha sido mucho más sangriento que los últimos años de Bush, sin contar con las incursiones bélicas hechas en Afganistán e Irak. El presidente Obama logró tener la facultad directa de eliminación de enemigos políticos a través de la eje-

cución de pena de muerte por órdenes presidenciales con su sola firma. Esto es algo que ni los grandes dictadores de la historia se animaron a hacer, salvo alguna excepción que nunca falta. Por ejemplo, Franco cuando tenía que firmar una ejecución de pena de muerte, hacía refrendar a todo el Consejo de Ministros, que por cierto eran empleados de él por lo cual tampoco significa mucho, pero al menos no salía con su única firma como sí sucedió con Obama.

Bueno, la señora Samantha Power fue la que escribió el primer discurso de Obama, el inaugural, en el cual dijo cosas que si uno lo escucha nuevamente parece una vil burla. Se mencionó cerrar Guantánamo, de mejorar la calidad de la *accountability* sobre los Derechos Fundamentales y la ejecución de la guerra contra el terrorismo bajo la óptica del respeto a los Derechos Humanos, etc.

Si uno lee el libro de Power, notará que ella concluye, más o menos del siguiente modo: «Menos mal que está EE.UU comandando el mundo, ya que de esa forma estamos protegidos de los genocidas que van rondando por ahí. ¿Por qué?, pues tenemos una gran ventaja que no es la Corte Penal Internacional (que al momento de redactar el libro no existía todavía), ni los tribunales internacionales, ni el orden jurídico internacional; sino todo es gracias al ejército norteamericano que siempre está

dispuesto a intervenir en un país y masacrar para prevenir un genocidio, pues sin este ya todos estaríamos aniquilados» De esta forma termina el libro.

Su postura lleva a una legitimación activa de lo que Jean Bricmont llamó el “imperialismo humanitario”; vale decir, con el argumento de llevar democracia y de extender los Derechos fundamentales, se producen masacres. La finalidad imperialista de dominar países, guiando campañas bélicas de agresión, con la excusa de protegerlos de genocidios eventuales.

Concretamente hablando, son los dictadorzuelos del tercer mundo y no los de los países centrales quienes son sometidos a procesos por genocidio. Si uno ve el desarrollo de las sentencias de la Corte Penal Internacional y a quiénes han enjuiciado; claramente observaremos que son todos los dictadores de poca monta que han perdido la cobertura de poder y que se enfrentaron a una orden fiscal de acusación refrendada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tal y como lo dispone el Estatuto de Roma.

El análisis de todo eso nos lleva a pensar en el avance del Derecho Penal Internacional, que obviamente forma parte del objeto de la criminología cautelar. Claro, si estudiamos el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, se tiene que también examinar al orden normativo que busca perseguir y castigar a esos delitos.

VII

En ese sentido, ¿cómo ha ido evolucionando el Derecho Penal Internacional desde los inicios de la guerra fría hasta la actualidad?

El desarrollo fundamental que parecía venirse luego de los juicios de Nüremberg, con el establecimiento de comisiones internacionales y con el impulso de un nuevo orden jurídico realmente preocupado por la defensa de los Derechos Humanos, quedó suspendido; lo cual llevó a que la mayoría de los grandes genocidios producidos durante la década de los 50' hasta los 90' fueran, y lo son todavía, impunes. Sin embargo, algún avance significó cuando con las Naciones Unidas se instalaron los tribunales internacionales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda.

Además hay que reconocer que el desarrollo jurídico internacional lo llevan a cabo los Estados, pero concretamente, son los diplomáticos, en casi todos nuestros países, quienes se dedican a estas cuestiones aunque no sepan absolutamente nada sobre ello. Si uno ve la lista de personas que han firmado las declaraciones y convenciones internacionales en representación de sus respectivas naciones, nos daremos cuenta que estos sujetos no tienen ninguna experiencia teórica o práctica en torno al Derecho Penal Internacional, ni siquiera con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De otro lado, hubo un avance interesantísimo que no fue detenido por la guerra fría pero que ningún manual o tratado de Derecho penal lo menciona, parece haber un desconocimiento acerca del llamado modelo de Tribunal Russell, que se creó en los años 60' por el intelectual británico Bertrand Russell para juzgar los crímenes cometidos por el ejército norteamericano en Vietnam, debido, como ya se dijo, a la impunidad absoluta reinante en esa época. Ese tribunal, que tuvo inspiración sartriana⁷, fue popular y estuvo conformado no por jueces, sino por intelectuales de notable visibilidad pública⁸. Las pruebas se actuaron en igualdad de armas con una defensa técnica, pero no se podía imponer ninguna condena, porque era una corte popular, por lo que simplemente lo que se buscaba era el conocimiento de la verdad a través de una controversia judicial.

En 1971 el Tribunal Russell tuvo su segunda edición en Latinoamérica convocado por el jurista y activista italiano Lelio Basso, con motivo de conocer los sucesos acaecidos luego del golpe de Estado en Chile por parte de Pinochet y la Junta Militar contra el gobierno de Salvador Allende; así también para los crímenes cometidos por las dictaduras de Brasil, Paraguay, Argentina, etc. De igual modo que en la

7 Por eso a esta corte se la conoció también como: Tribunal Russell-Sartre.

8 Entre ellos: Julio Cortázar (argentino), Sartre y Simone de Beauvoir (franceses), etc.

anterior, se contó con la participación de connotadas personalidades del mundo académico⁹. Posteriormente este modelo Russell en 1979 pasó a llamarse “Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP)” que sirvió para investigar respecto a hechos delictuosos de gran alcance que vinieron surgiendo y que en diversas ocasiones participaron Eduardo Galeano, Adolfo Pérez Esquivel, el propio Zaffaroni y mi persona; teniéndose como casos emblemáticos la complicidad del gobierno colombiano y dos empresas transnacionales¹⁰ en la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad. Lamentablemente dichos sucesos no figuran normalmente en ningún libro de Derecho Penal Internacional y tampoco esto saltó a algún medio de comunicación masivo y concentrado.

El orden penal internacional en los años 90’ tuvo marchas y contra-marchas. Recordemos que el principio de “jurisdicción universal”, planteado en los siglos XVIII y XIX, fue revivido y reeditado a finales del siglo XX de la mano del gran jurista Joan E. Garcés. Este personaje presenta, ante el juzgado de instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional Española donde Baltasar Garzón era el magistrado a cargo, el pedido de detención internacional de Augusto Pinochet en Londres; después también solici-

9 Participaron Gabriel García Márquez (colombiano), Julio Cortázar (argentino), Vladimir Dedijer (yugoslavo) y más.

10 Por ejemplo Coca Cola Company y Nestlé.

ta lo mismo contra los criminales argentinos por los casos de lesa humanidad producida por la última dictadura.

VIII

Ojalá logremos construir un orden jurídico internacional realmente justo, que no sea una oportunidad invasiva de los Estados, que no sea concebida como un imperialismo humanitario, que no se convierta en una ventaja para una colonización jurídica de un Estado fuerte por sobre los Estados débiles; sino tiene que mirarse como la vía idónea para brindar memoria, verdad y justicia a las sociedades que desgraciadamente han padecido situaciones tormentosas, y en general, para toda la humanidad; una oportunidad a las víctimas para que sean escuchadas en todas las instancias e instituciones.

Tal es nuestra urgencia de justicia, que luego que terminara en 1976 el abominable genocidio franquista en España hasta la actualidad, todavía no se ha podido ni siquiera otorgar a los afectados el reconocimiento, por parte del Estado, de víctimas de lesa humanidad. Hace un par de años en Argentina se presentó, por primera vez en la historia de ese país, una causa por crímenes de genocidio y lesa humanidad ante el Juzgado Federal por ataques del franquismo, justamente invocándose ese principio de jurisdicción universal; es decir, así como Garzón juzgó el caso argentino en España por reinar en el

país de origen la impunidad, de igual modo, Argentina ahora juzgará el caso español.

Hace poco murió Videla en una cárcel común, él fue condenado en cumplimiento de todas las garantías del debido proceso y en respeto de sus derechos individuales. En terminología de Zaffaroni: «El autor reconocido como persona fue incorporado a la comunidad jurídica, por lo que no se masacró al masacrador»; sino se le juzgó de acuerdo a todas las reglas que forman parte del Estado de Derecho, tampoco no tuvo ningún trato especial en la ejecución de la condena pues estuvo en una prisión común. Pero esto es un cambio de paradigma fundamental, porque en Argentina estábamos acostumbrados a vivir bajo la impunidad; y ahora, de a poco, vamos teniendo respuesta de justicia de graves y terribles violaciones a Derechos Humanos. Es necesario tener en cuenta que mientras no se resuelvan (jurídicamente) los terribles hechos del pasado, no podemos construir verdaderamente un futuro. También debemos conocer históricamente el fenómeno para saber las deficiencias de las construcciones jurídicas anteriores y de esa forma perfeccionar aquellos modelos con el fin de resolver el pasado atroz.

IX

En ese contexto, la criminología cautelar de Zaffaroni es pieza importante para estudiar todos estos acontecimientos que, como se dijo en un ini-

cio, nunca habían sido puestos en cuestión por la criminología. Por tanto, el objeto de la criminología cautelar es analizar todos los instrumentos discursivos alrededor de estas cuestiones; además de la criminología mediática, que es el pensamiento criminal de los medios masivos y concentrados de comunicación; también se analiza los discursos de la academia, lo que se dijo o se quiso decir en las obras para, por ejemplo, fortalecer nuestras herramientas críticas y entender el desarrollo del orden jurídico y social.

Finalmente, ¿por qué “cautelar”? Es en homenaje a Friedrich Spee por su libro *Cautio Criminalis*, en el cual Zaffaroni lo ubica como el inicio del pensamiento crítico en criminología. En la época de Spee el poder punitivo estaba produciendo masacres que eran cometidos por la inquisición medieval, frente a ello él manifestó que había que tener cautela ya que el poder se estaba desorbitando. De la misma manera, en la actualidad Zaffaroni nos dice lo mismo: «Cautela respecto a los poderes punitivos desbocados, que no tienen límites o contornos precisos» Esta criminología nos indica que los Estados no pueden ocasionar mayor criminalidad al pretender combatir otros delitos. La prudencia está en mantener a raya y en buena salud democrática y republicana a nuestros sistemas punitivos nacionales e internacionales; esto es, un poder punitivo con límites impuestos provenientes del Derecho penal.

LA INCIDENCIA DE LOS MEDIOS MASIVOS DE
COMUNICACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA SENSACIÓN
DE INSEGURIDAD CIUDADANA EN REFERENCIA AL CRIMEN
URBANO

*Prof. Dr. Matías Bailone**

I

Siempre el tema de la “inseguridad” hace referencia a una cuestión de mera sensación térmica acerca de algo que se quiere instalar, en este caso un miedo o pánico moral con respecto al delito más común, que es el delito urbano.

Claramente esto es un tema que ha escrito mucho el profesor Zaffaroni bajo la etiqueta de “criminología mediática”; es decir, la sensación de pánico y de miedo que se quiere colocar a través de lo que, usando la terminología de Bolívar Echevarría, podría ser un “ventrilocuismo mediático”; o sea, cómo los medios de comunicación masivos y concentra-

* Profesor de Derecho penal y criminología de la Universidad de Buenos Aires. Secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. www.matiashailone.com

dos –luego explicaremos por qué no cualquier medio de comunicación– pretenden instalar una idea paralizante acerca de la relación entre la sociedad y los conflictos inter-personales que denominamos delitos o crímenes. Lo cual nos lleva a una relación directa entre criminología y periodismo.

La primera escuela de sociología criminal en EE.UU fue la escuela de Chicago, cuyos actores principales o padres fundadores fueron periodistas. Esta escuela surge por tanto con la metodología o formato de trabajo del periodismo de la época que, por otro lado, también era una forma de trabajo completamente novedosa. En pocas palabras, la metodología de la investigación relacionada con la criminalidad urbana nace relacionada con la forma de ejercer el periodismo.

Por supuesto que el periodismo de esa época dista mucho de los medios de comunicación de la actualidad. La cultura popular norteamericana trató siempre de insuflar la función del periodista como un libre pensador solitario que lucha por el establecimiento de la verdad frente a poderes concentrados, omnívoros y opacos. Claramente esa no es la razón de ser del periodismo y de los medios de comunicación hoy en día. La función actual del periodista es más la de un empresario que está dedicado al entretenimiento que a la información real, o perseguir interés económico más que un interés al establecimiento de la verdad.

Los medios que nos interesan concretamente analizar en el asentamiento de esta sensación de inseguridad con respecto al crimen urbano son los medios masivos y concentrados de comunicación. Como dijimos, estos medios funcionan más como conglomerados empresariales de recaudación que, por lo general, en la mayoría de nuestros países están vinculados con grupos económicos que tienen un banco o una entidad crediticia y financiera.

Ahora bien, aún así se pretende hacer creer con una imagen idealizada de que el periodismo siempre busca una supuesta verdad, en realidad la mirada política de dicho relato es que se trata de no mencionar o busca hacer olvidar a los ciudadanos de que los medios funcionan como empresas económicas con intereses concretos. Estos intereses que llegan hasta el último periodista del medio masivo y concentrado de comunicación hacen que haya una especie de bajada de línea acerca de cómo se debe producir información.

Uno de los datos más importantes de la criminología mediática radica en que la producción de la información proviene de un mismo sitio; luego están los medios que difunden la información producida por las cadenas de noticias. Por eso hay que saber distinguir entre los medios que simplemente hacen una *difusión* viral de la información de aquellos que *crean* esa información. Por lo tanto, es muy

importante conocer la modalidad y el alcance de trabajo de los medios en nuestros países.

II

En criminología la idea del miedo paralizante que se construye mediáticamente o socialmente con ocasión del crimen urbano se lo conoce como discurso político en 1972 con una obra fundamental del criminólogo, probablemente el más importante del siglo XX, Stanley Cohen, quien falleció en el 2013, que en su libro *De los demonios locales y los pánicos morales* desarrolla el principio del “pánico” que un año antes había sido establecido por Jock Young¹; aunque Stanley no crea dicha figura, sí es el primero en analizarlo con un enfoque más amplio desde la perspectiva de la criminología crítica.

Hay dos funciones del miedo, como *positivo* para la vida individual y comunitaria porque es pedagógico y aleccionador, nos enseña a cuidarnos y a manejarnos socialmente; sin embargo, puede tener una función *negativa* que es la exacerbación irracional del miedo que paraliza. El pánico moral justamente es la paralización de los vínculos sociales a

1 Aprovechamos en mencionar que William Young (o Jock Young) ha trascendido como uno de los criminólogos más importantes de la historia. Luego de fundar la criminología crítica, inició y desarrollo también la criminología del realismo de izquierda. Para mayor detalle revisar Anitua, Gabriel: *Jock Young (1942-2013): El «causante» de la herencia crítica de la criminología*, en *Ius Puniendi*, año 1, N° 1, Ideas Solución, 2015, pp. 497-516.

través de la exaltación de un miedo, que en este caso es la criminalidad común.

De otro lado, en 1977 el criminólogo Gregg Barak, quien es pocas veces citado, fija el principio de la *Doing newsmaking criminology*; es decir, la criminología que tiene que intervenir en los medios de comunicación para hacer una crítica desde adentro y con la metodología de los mismos medios. Este desarrollo tiene, entre otras cosas, una implicancia muy interesante e importante con respecto a ciertas metáforas que políticamente se fueron usando y se usan todavía para establecer esta relación entre miedo y criminalidad y que muchas veces, en general, es usada para establecer vínculos de poder directo o relaciones de gobernanza.

Para demostrar eso voy a usar uno de los conceptos que Jonathan Simon menciona en un libro fundamental de las últimas décadas que es *Gobernar a través del crimen*, siendo el profesor Zaffaroni uno de los mayores difusores de dicho libro en lengua española. Esta obra es importantísima porque narra acerca de cómo en EE.UU el cambio de mentalidad acerca del instrumento de gobernanza comienza a ser el miedo, se instrumentaliza ese temor para construir relaciones de poder y gobierno; al mismo tiempo esas relaciones están fundadas en metáforas concretas.

Una de las metáforas naturales de la gobernanza en este sentido es la metáfora bélica; o sea, la guerra.

El concepto de guerra, que a su vez tiene otras consecuencias que luego veremos, surge con la clase política norteamericana que creció durante la segunda guerra mundial; porque la sensación de tal conflicto para el pueblo americano fue completamente distinta a como pasó verdaderamente en el campo de batalla; o dicho de otro modo, EE.UU como no fue escenario de batallas en la contienda del siglo pasado, lo tomó entusiastamente como una oportunidad de crecimiento buscando constituirse en país potencia en la construcción de la hegemonía imperialista, pero además como una oportunidad de la narrativa común que llevó al establecimiento de un espíritu de unidad norteamericana que en tiempos bélicos florece, a pesar de las limitantes económicas que la propia sociedad tuvo en su momento. Según vemos, el concepto de guerra se asocia con el concepto de oportunidad económica para EE.UU y esto sucede hasta en la actualidad.

A la sazón, la clase política norteamericana dominante, a finales del año 60' y en la década de los 70', inician la narrativa bélica acerca de una novedosa metáfora natural para una nueva relación de gobernanza. En el caso concreto está el discurso en 1971 del presidente de EE.UU, Richard Nixon, en el cual declara una guerra contra un fenómeno: el cáncer. En ese discurso realizado 10 años antes de la llegada al poder de Ronald Reagan, es decir, antes de la instauración plena del neoliberalismo en mate-

ria económica y criminológica; el presidente Nixon declara la guerra al cáncer, por ser un fenómeno novedoso que causaba zozobra en aquella sociedad fomentada por los medios de la época.

El cáncer fue tomado por el presidente como una oportunidad de crear nuevas razones de gobernanza; gracias a que la enfermedad tenía un grado de fatalidad mucho mayor de lo que ahora es, pero además lo vinculaba con un discurso altamente moralistas que se preguntaba por qué surgía este fenómeno que traía muerte y desolación. La respuesta consistía en la pérdida de sentido y la brújula moral de la sociedad actual, el mismo origen de la enfermedad estaba relacionado con el mal manejo de los avances técnicos y tecnológicos.

Por consiguiente, la idea de una razón vinculante con la moralidad de este fenómeno concreto, la amenaza que se pretende conjurar y el nacimiento de la industria farmacéutica norteamericana respecto al cáncer está relacionada en toda la metodología y hasta en las metáforas usadas con esta guerra. Lo que después el mismo Nixon también declara el enfrentamiento contra las drogas, que se va a terminar por perfeccionar en el gobierno del presidente Reagan.

La declaración de la guerra contra la criminalidad de la droga fue hecha públicamente, obteniéndose dos consecuencias políticas muy importantes;

primero, el establecimiento de un planeamiento federal con estructuras burocráticas y de control que superen y que estén por encima de cada Estado de Norteamérica, para así asegurar que el presidente tenga un poder central por sobre los Estados de la unión; la segunda, es el discurso claramente identificado de la autoridad ejecutiva, concepto lamentablemente famoso por la última guerra declarada que es la guerra contra el terrorismo; o sea, la idea de que el presidente es el comandante de la guerra y tiene el poder absoluto. Lo dicho se instaura plenamente en el 2001 de la mano de George Bush hijo.

Con estas tres guerras la metodología y las razones legitimantes son prácticamente las mismas. La excusa siempre sigue siendo esta amenaza incontrolable que puede ser el cáncer, las drogas, el terrorismo o, en general, el delito y que sirve como oportunidad central para construir burocracias de control, lo que Nils Christie había llamado “la industria del control del delito”; o sea, la co-relación directa entre una declaración de guerra, constitución de una amenaza, explotación de un miedo y explotación directa económica de una industria.

En ese sentido, observando como todo esto tiene una concatenación natural es que esa sensación de inseguridad sobre el delito ordinario es una construcción de tipo empresarial que responde a estos cánones y que debemos conocer hasta el más mínimo detalle.

III

En la Corte Suprema Argentina hemos realizado una investigación criminológica acerca de las características, calidad y cantidad de los homicidios dolosos consumados que se comenten en un ámbito geográfico específico como es en la ciudad de Buenos Aires en el ámbito metropolitano circundante. Tres años de análisis han arrojado conclusiones muy interesantes acerca de cómo un estudio serio nunca había sido hecho antes por un agente estatal y, además, cómo esa producción concreta sobre datos duros es leída luego por los medios masivos de comunicación de forma muy distinta dependiendo el marco político en el que se encuentran. Un mismo dato duro que puede ser una cantidad concreta de homicidios por cada 100 000 habitantes es leída por un medio concentrado de comunicación de derecha u opositora al gobierno como un mero dato de aumento de la criminalidad; mientras que otros medios, relacionándolos con micro realidades, puede dar a entenderlo como una concentración de homicidios con un tipo de finalidad y motivación en un ámbito determinado como son las zonas más precarias de la ciudad. Cuando la información se da circunstanciada o con datos de realización y geolocalización se vuelve mucho más importante que cuando se lo presenta solamente como un número abstracto y general. Por ende, los medios masivos

respecto a algún dato de la realidad lo leen de acuerdo a su conveniencia.

No es que se pretenda la anulación de estos medios, sino que tenemos que ser conscientes de que ninguno de ellos son paladines de la verdad ni de la lucha por la información; sino son empresas que buscan rédito económico. Teniendo en cuenta ello es que uno cuando accede a la información mediática, vinculada especialmente con la criminalidad, debe activar las defensas intelectuales para poder leer la información de acuerdo a quién la está produciendo y quién la está difundiendo. Sabiendo la motivación que pueden tener los grupos económicos que funcionan como medios de comunicación en la exacta relación de la real política de cada país es que podemos entender, visualizar y comprender en su justa medida ese dato sobre la criminalidad.

Estamos hablando sobre información en torno a un dato de extrema sensibilidad para las sociedades, que es el dato de la conflictividad urbana; por lo que los Estados tienen la obligación de proveer en general esa información de la forma más seria y rigurosa posible. Si el Estado no cumple con esa función de otorgar datos duros y concretos es cuando deberían intervenir con mayor intensidad las ONGs, las universidades, los grupos de estudios, institutos, etc., para brindar esa información que el Estado no da. Aunque en principio hay una obligación del Estado de proveer tales informaciones a los medios de

comunicación privados para que estos medios no se vean obligados a inventar o hacer con poca seriedad esa producción y difusión de datos. Es fundamental que los Estados cumplan con esa obligación y esto depende de cada forma del país, de cómo pueden hacer una contabilidad concreta de la difusión de datos sensibles.

El profesor Zaffaroni ha dicho muchas veces, como ejemplo, de que si se dice que hay un brote de cólera en un país determinado, sale su Ministro de Salud alegando que es un absurdo y lo demuestra con cifras. Lo mismo ocurre con otras ramas. En cambio, cuando un medio informa falsamente sobre un dato de la criminalidad de nuestros países, generalmente nunca sale ningún Ministro a desengañar a la población porque no cuenta con un dato que logre desmentir la afirmación de la prensa.

De esta manera teniendo en cuenta estos datos que criminológicamente se estudió y con el nuevo concepto de Zaffaroni de “criminología mediática” se abre todo una puerta para entrar a analizar especialmente la producción de contenido y pretendido discurso criminológico de los medios de comunicación. Debemos volver a poner acento en eso y darlo todo desde una mirada crítica circunstanciada y focalizada con este tipo de fenómenos.

DELITO Y ESPECTÁCULO.
LA CRIMINOLOGÍA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

*Prof. Dr. H.C.Mult. Eugenio Raúl Zaffaroni**

*Prof. Dr. Matías Bailone***

El poder configurador de los *mass-media*

Las diversas formas de pensamiento criminológico han tenido su expresión académica pura y su formato de operatividad en los sistemas punitivos o en la gobernanza de los hombres y sus crímenes. En paralelo a las palabras de la academia y a las palabras de la administración, los medios de comunicación masivos han creado una realidad a través de la infor-

* Profesor de Derecho penal y criminología. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex-ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Ex-director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires. Galardonado por el jurado mundial independiente con el premio Estocolmo en Criminología en el 2009.

** Profesor de Derecho penal y criminología de la Universidad de Buenos Aires. Secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. www.matiashailone.com

mación, subinformación y desinformación mediática en convergencia con prejuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica.

Los medios de comunicación masivos son la encarnación del otrora apostolado del periodismo. Como remarca Horacio Gonzalez: «En todas las épocas y en cualquier tiempo que busquemos, hay monjes o *scriptores* que procuran que el tiempo no se escurra sin inscripciones en las hojas candorosas de la memoria»¹. Se pensaba en la objetividad, “en la ansiedad de compaginar el tiempo”, en el retrato vívido de los eventos históricos, pero aun en las crónicas galias del César o en cualquier bitácora de viajero o conquistador, queda impregnada la visión particularísima del evento reseñado.

El candoroso intento de mitificar el relato periodístico o la crónica histórica de los vencedores, siempre chocó contra las alternativas y subversivas lenguas de los colonizados vencidos. Pero es recién en los albores de la sociedad red, que aquella profesión-mito del cronista del presente muta en un negocio corporativo, lo que asociado a la revolución de la técnica hace a la masividad de la transmisión de la información.

1 González, Horacio: *Historia conjetural del periodismo*, Colihue, Buenos Aires, 2013, p. 23.

Alguna vez Borges dijo que la periodicidad de los diarios debería medirse por lustros, dependiendo de la ocurrencia de eventos históricos insoslayables, lo que significaba que la profesionalización de la prensa gráfica trajo aparejada la sobredimensionalización del presente y el exceso de información innecesaria. Hoy estamos muy lejos de poder redimensionar el caudal de información producida y difundida por las redes del poder mediático, pero podemos teorizar sobre su mecánica de control social.

Los nuevos productores del sentido común social del presente son las corporaciones financieras globales que alternan el gobierno de la economía mundial con la generación de noticias y opiniones públicas. “En el proceso de reproducción ampliada del capitalismo, el sistema mediático desempeña un doble rol estratégico: [primero] su condición de peculiar agente discursivo de la globalización y el neoliberalismo, (...) [pero también] como agentes económicos”². Es decir, que además de ser los nuevos oráculos del sentido común global, son personas jurídicas que buscan su enriquecimiento, la optimización de ganancias económicas, y que como tal, piensan y actúan en esos términos.

El sistema mediático posee entonces cuatro características centrales: tiene la capacidad de fijar los

2 De Moraes, Denis; Serrano, Pascual y Ramonet, Ignacio: *Medios, poder y contrapoder. De la concentración monopólica a la democratización de la información*, Biblos, Buenos Aires, 2013, p. 22.

sentidos e ideologías del imaginario social dominante, se apropia de los diferentes léxicos sociales para neutralizar su capacidad crítica, celebra y exalta la vida del mercado y del neoliberalismo económico, y está comprometido con “el control selectivo de las informaciones y opiniones, a través de la interdicción, silenciamiento y estigmatización de ideas antagónicas, del mismo modo que en la descontextualización intencional de noticias”³.

El poder mediático está concentrado en megagrupos económicos globalizados que detentan la propiedad de los medios de producción de noticias, la infraestructura tecnológica necesaria para la difusión mundial y el poder político y económico suficiente para influir en gobiernos y corporaciones.

Los fenómenos más contemporáneos de auto-gestión de la información y de “autocomunicación de masas”⁴ (tal la definición de Manuel Castells) ya no representan la “Comuna de París” en el imaginario revolucionario, ya que “las estrategias empresariales de rentabilidad y expansión de mercados son las que procesan y modelan la revolución de las tecnologías de la comunicación y las nuevas culturas de comunicación autónoma”⁵. Al mismo tiempo que

3 Moraes, Denis: *Op. Cit.*, p. 22

4 Vid. Castells, Manuel: *Comunicación y poder*, Editorial Alianza, Madrid, 2009.

5 Castells, M.: *Op. Cit.*, p. 123.

también son cooptadas, sin hesitación ni diplomacia alguna por las agencias de inteligencia y control de los países centrales⁶.

La criminología mediática

El crimen, como el cenit de las pasiones humanas ha llamado la atención del periodismo en todos sus formatos. Desde el hagiógrafo que nos ilustra el homicidio cainesco, y el mismo sacrificio fundacional del cristianismo, que reúne exponencialmente la calidad de crimen y castigo, siempre lo criminal suscitó la atención del cronista. Así la literatura universal ha moldeado las reacciones ante semejantes sucesos, y el periodismo abrevó en el interés popular por ellos.

Los folletinescos relatos de los novelistas decimonónicos explotaron el interés por la sangre, las insidias y las más bajas pasiones humanas. El hecho de que este formato de literatura haya nacido asociado indisolublemente al periodismo gráfico, habla de las interconexiones entre prensa y criminología. Pero el tipo de crimen que suscita la atención periodística es en términos porcentuales, apenas una décima parte del catálogo de delitos de la modernidad. Sólo la sangre y el sexo venden periódicos.

6 Assange, Julian: *Criptopunks. La libertad y el futuro de internet*, La Marea, Buenos Aires, 2013.

En los orígenes mismos del discurso ilustrado de la criminología se puede rastrear la relación de la prensa con los críticos del antiguo régimen de la penalidad. Pero esta relación no es la que interesa más, sino la utilización de las noticias rojas⁷, de la sangre derramada por la criminalidad en los tabloides y pantallas digitales de la prensa moderna.

Como señala Anitua: «Fue la criminología positivista la que más insistió en la responsabilidad de la prensa y la literatura en la difusión de las conductas delictivas»⁸ El efecto “contagio” y el factor criminógeno de la publicitación del crimen eran un común predicador de las preocupaciones de Lombroso, Ferri y especialmente de Scipio Sighele. Dice Armand Mattelart: «El objetivo del sociólogo italiano se encuentra (...) en la “literatura de los proce-

7 Se denomina crónica roja a aquella información que da a conocer con muchos detalles y relieve los delitos, suicidios y hechos de sangre. La prensa resiste denodadamente todo intento de restricción en éste aspecto, pues el rubro proporciona un público abundante que se solaza con él. Entre los científicos no existe un criterio uniforme para juzgar los efectos que esta clase de información pueda tener en el medio social. La mayor parte de los criminólogos, psicólogos y educadores piensan que ella ejerce una influencia nociva, como factor preparante o desencadenante de una conducta delictiva, sobre individuos ya predispuestos, sobre jóvenes y sobre ciertos adultos con tendencias psicopáticas, fácilmente sugestionables (Novoa Monreal, Eduardo: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1979, p. 212.

8 Anitua, Gabriel: *Medios de comunicación y criminología*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley – Thomson Reuters, año I, N° II, 2011, p. 59.

sos”, estos dramas que tienen su epílogo en la sala de lo criminal y de los que dan cuenta los periódicos y los libros que “hurgan en los más secretos abismos de la vida de los criminales” con la fría y lúcida impasibilidad del bisturí, estos dramas que apasionan más al lector que los dramas imaginarios y en los que encuentra “no sólo la satisfacción de su curiosidad, sino una extraña emoción egoísta y felina”. Conductista por antonomasia, Sighele estigmatiza los “efectos” que esta “apoteosis del crimen” tiene sobre los lectores de periódicos: «La literatura de los procesos (...) alcanza excesos a los que la empuja la curiosidad jamás saciada de la multitud (...) Está fuera de duda que la prensa aumenta esta orgía al describirla y difundir sus detalles por todas partes: pero la aumenta inconscientemente. Ella es el artífice ignorado de otros crímenes que se llevan a cabo por sugestión (...) yo diría que periodística» El ejemplo es contagioso: la idea se apodera del alma débil y se convierte en una especie de fatalidad contra la que toda lucha es imposible»⁹.

La consecuencia lógica de esta criminógena influencia de la prensa era la censura, la que justificaron todos estos criminólogos positivistas¹⁰. La

9 Mattelart, Armand: *Un mundo vigilado*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 44. Citando a Sighele, Scipio: *Litterature et criminalité*.

10 Cualquier excusa era válida para reforzar los presupuestos inquisitivos en el proceso, a la par que la dominación de los expertos sobre las cuestiones políticas como la penal. La prensa como factor

criminología posterior, especialmente la de cuño crítico, determinó la complejidad del fenómeno criminal y de la función social de los espectadores de los medios de comunicación. No es tan sencillo hablar de simples televidentes receptores de designios criminales, todo es más complejo. Quienes siguen pensando en el paradigma etiológico, les puede resultar sencilla esta asociación.

Sin embargo, el ascendente de la prensa gráfica en el siglo XIX comienza a trastocar los paradigmas de la gobernanza. A finales de ese siglo el poder de los diarios y de su construcción de la realidad alcanzó límites hasta entonces sin precedentes, en particular en Francia con motivo del caso Dreyfus, lo que impresionó mucho a Gabriel Tarde, que en 1898 advertía sobre el enorme peligro que implicaba. “Desgraciadamente —escribió— la prensa es beneficiaria de una enorme impunidad legal o ilegal

criminógeno se presentaba como un argumento ideal para reforzar esos controles. Los positivistas de izquierdas caerían en las mismas apreciaciones, movidos por los principios científicos del momento. También un jurista de la talla de Jiménez de Asúa temió los efectos criminógenos de difundir hechos penales, aunque su espíritu democrático prevaleciera sobre el “hombre de ciencia” influido por el positivismo, y finalmente se opusiera a la censura, a pesar del contenido criminógeno que atribuía a la prensa y al cinematógrafo”. “[Jiménez de Asúa] sólo insistía en la prohibición del cinematógrafo para los menores, pero por no verlos en lugares que no sean al aire libre. Como indicara él mismo, no hacía la propuesta “el penalista deseoso de impedir delitos, sino el apasionado de la higiene (Anitua, Gabriel: *Op. Cit.*).

y puede predicar el asesinato, el incendio, la expoliación, la guerra civil, organizar un gran chantaje, aumentar la difamación y la pornografía a la altura de dos instituciones intangibles. La prensa es el poder soberano de los nuevos tiempos”¹¹.

En 1900 Tarde volvió sobre el tema afirmando que en el presente, el arte de gobernar se ha convertido en gran medida en la habilidad de servirse de los diarios. Se percató claramente de la fuerza extorsiva de los medios masivos, de la gran dificultad para neutralizar los efectos de una difamación periodística y de la explotación de la credulidad pública. Pero fue más lejos en sus advertencias, pues destacó el poder inverso al de extorsión, o sea, el del “silencio cómplice”: cerrar los ojos y la boca ante ciertos hechos como la dilapidación de Panamá o las masacres de Armenia, los accidentes ferroviarios o los suicidios en las casas de juego de Mónaco. Puede decirse que descubrió el inmenso continente de la construcción social de la realidad que anunciaba su creciente poder a fines del siglo XIX.

Jean Jaures había denunciado en su discurso del 5 de noviembre de 1896 en la Cámara de Diputados francesa, el absoluto silencio cómplice de la gran prensa nacional ante las masacres de armenios, por-

11 Tarde, Gabriel, citado en Zaffaroni, Eugenio Raúl: *La palabras de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 366.

que sus principales directivos eran beneficiarios de las empresas otomanas. Eran los tiempos en que los diarios reaccionarios e integristas franceses llevaban adelante sus campañas antisemitas, preludios del genocidio nazista, difundiendo el invento de “Los Protocolos de los Sabios de Sión”, encabezados por el delirante Édouard Drumont con *La France juive* y por Charles Maurras, quien terminaría sus días imputado como ideólogo del régimen vergonzoso de Vichy.

La criminología mediática, entonces, es una criminología paralela. Cuyo predominio en la realidad social es mucho más notorio que cualquier teoría o tratado científico sobre la materia.

La influencia decisiva del relato que emana de los grandes medios de comunicación, sobre la población entera, así como también sobre los políticos asustados, obliga al criminólogo a recepcionar lo que los medios dicen sobre la cuestión criminal y analizarlo críticamente. El hecho de que estos medios tengan potencialidad de llegada a una gran cantidad de personas, así como que el discurso de los mismos sea fraguado por muy pocas (lo que se dio en llamar el *media-military industrial complex*¹²)

12 Es un concepto que se aplica a los intereses económicos y sociales aplicados al armamentismo y a una política militarista o imperialista. Su divulgación se realizó a partir de un discurso del presidente estadounidense Dwight Eisenhower al terminar su mandato (1961),

hace que todo lo que se produzca y se difunda a través de ellos, sea en principio susceptible de ser potencialmente peligroso para el bienestar general. Para analizar dichas pretensiones discursivas deben tomarse todos los dispositivos al alcance, usarse como una útil caja de herramientas, donde confluyan los saberes relacionados con la cuestión social, antropológica y etnológica.

La criminología mediática había sido prefigurada por el pensamiento de Gregg Barak en lo que llamó *Newsmaking criminology*. Y definió como un proceso por el cual los criminólogos utilizan la comunicación masiva con el objeto de interpretar, justificar y alterar las imágenes del delito y la justicia, el delito y su sanción, y los delincuentes y sus víctimas.

Gregg Barak en 1988 acuñó la expresión *análisis criminológico de los medios de comunicación* para explorar las relaciones entre el estudio y la producción de las noticias policiales, y la interacción entre los criminólogos y otras personas que participan en los procesos de la comunicación masiva.

Como los demás estudiosos de la relación entre los medios y el delito, quienes se dedican al análisis

aplicándolo a los grupos industriales (tanto soviéticos como estadounidenses) interesados en mantener la carrera de armamentos entre los Estados Unidos y la Unión Soviética durante la Guerra Fría. Cfr. Bailone, Matías: *El antiterrorismo y el Estado de Derecho*, Tesis doctoral, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2012.

sis criminológico de los medios de comunicación se ocupan del grado de distorsión de las noticias, o de la distancia entre la realidad social del delito y la realidad mediática del delito. Como otros analistas de los medios informativos, los criminólogos del área también se interesan por ver que los medios “cuenten las cosas como son” o, mejor aún, “como podrían ser” o “como deberían ser”, en base a una visión científica y con fundamento del delito y la justicia¹³.

El concepto de análisis criminológico de los medios de comunicación remite a una serie de esfuerzos y actividades conscientes por parte de los criminólogos que tienen por objeto interpretar, influenciar y moldear la presentación de informaciones o historias “de interés periodístico” sobre temas ligados al delito y la justicia. Se trata de una disciplina que busca desmitificar imágenes del delito y su sanción situándolas en el contexto de la totalidad de las conductas ilegales y perjudiciales; que aspira a incidir en los pensamientos, actitudes y discursos sobre el delito y la justicia de modo tal que afectar las políticas sociales en materia de control del delito; y que insta a los criminólogos a asumir su papel de voceros autorizados para salir al espacio público

13 Barak, Gregg: *Newsmaking Criminology: Reflections on the Media, Intellectuals, and Crime*, en *Justice Quarterly*, 88-5, 1988, pp. 565-587.

y compartir sus conocimientos sobre el delito y la justicia. En resumen, el análisis criminológico de los medios de comunicación busca analizar las imágenes del delito y la justicia construidas socialmente por los medios de comunicación y consumidas en forma colectiva, así como participar y, en lo posible, influir en ellas.

Hay diversos estilos de análisis criminológico de los medios: 1) el cuestionamiento de los datos; 2) el cuestionamiento de la actividad periodística; 3) la elaboración de autoinformes y 4) el enfrentamiento con los medios. Cada uno supone ventajas y desventajas para los criminólogos. Con el desarrollo del campo, se han ido introduciendo ajustes en sus estrategias y se han ampliado sus métodos. Por ejemplo, el crecimiento de la red ha impactado en la difusión de las comunicaciones masivas y está cambiando la forma de ofrecer y de buscar información. Hoy en día, los grupos informativos, las organizaciones políticas, las agencias de justicia penal, las asociaciones de criminólogos y los criminólogos en forma individual se valen de la Red para influir y moldear los conocimientos y actitudes de la ciudadanía en materia de delito y justicia¹⁴.

En Estados Unidos ha tenido mucha importancia el desarrollo de la teoría llamada agenda *setting*

14 Barak, Gregg: *Op. Cit.*

o “establecimiento de agenda”, mentado en 1922 por Walter Lippman y completado en la década del 70¹⁵. Allí se intenta problematizar la relación incesante entre prensa y política, y cómo esta termina delineando la idea misma de opinión pública. La agenda mediática como creadora y seleccionadora de eventos de la realidad para ser mostrados por sus pantallas o tabloides, como “canalizadora de la atención del público hacia unos repertorios de temas de preocupación general en detrimento de otros que no se mencionan o no se destacan, lo que delimita las fronteras y el contenido de lo que el público conoce”¹⁶.

El interés por la sangre y la presencia cíclica de las menciones sobre “olas de criminalidad”, destacan que el objeto fetiche de la comunicación periodística es claramente el delito. McCombs cita una famosa frase usada por el periodismo gráfico de los años 20: «Dame treinta minutos en la comisaría para hojear los informes policiales y te daré una oleada de crímenes»¹⁷.

El punitivismo televisivo actual: el “ellos” y el “nosotros”

15 McCombs, Maxwell: *Estableciendo la agenda. El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*, Barcelona, 2006, p. 169.

16 Pozuelo Pérez, Laura: *La política criminal mediática*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 25.

17 McCombs, M.: *Op. Cit.*, p.67.

En otro sitio dijimos que las diversas vertientes de la criminología mediática presentan variaciones históricas en razón de las técnicas de comunicación de cada época¹⁸; también de las necesidades históricas, podríamos agregar. Imbricación necesaria entre poder y comunicación, que termina unificando intereses de gobiernos y medios. Esas variantes seculares tuvieron un punto en común, se construyeron siempre en base a una causalidad mágica, como la que manejaba la medicina en tiempos de la teoría de los humores, en que se untaba el arma lesionante para curar al lesionado. La causalidad distorsionada no siempre fue consecuencia de la ignorancia o del desconocimiento causal fáctico, aunque siempre fue su causa remota.

El discurso —o por lo menos la pretensión discursiva— de la criminología mediática actual no es otro que el llamado neopunitivismo de los Estados Unidos, que se expande por el mundo globalizado. La característica central de la versión actual de esta criminología la proporciona el medio técnico empleado: la televisión. Por eso, cuando hablamos de discurso, no lo hacemos en el sentido del puro lenguaje hablado o escrito, sino del mensaje que se impone mediante imágenes. Esta última característica dota a la criminología mediática actual del singular poder que es propio del medio comunicacional que utiliza.

18 Zaffaroni, Eugenio: *Op. Cit.*

A veces la imagen ni siquiera necesita sonido, recordemos que los episodios de las torres gemelas cayendo era muda, no había ruidos, gritos, nada, sólo la interpretación del comentador, que le señala al destinatario indefenso qué es lo que está viendo. La imagen no habla, habla el intérprete¹⁹. Por otra parte, tampoco informa mucho, porque la televisión hace suceder imágenes sin contextualización.

Esta interpretación a veces tiene contenidos implícitos, porque hay espacios de explicitación cuya dimensión social no permite que sea más o menos explícita. Así, el espacio de explicitación del racismo está hoy culturalmente limitado por todo lo que no es políticamente correcto. En esos casos mucho se insinúa, dando la impresión estudiada de que se deja ver, lo que halaga la inteligencia del destinatario, que cree que deduce el contenido implícito, cuando en realidad es víctima de una alevosía comunicacional.

La criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos,

19 En octubre de 2001, el entonces director de la cadena de noticias CNN, Walter Isaacson, escribió un memo a sus periodistas ordenando que cada vez que salieran imágenes de los devastadores bombardeos contra civiles inocentes en Afganistán, se proyectaran imágenes de los atentados del 11 de septiembre, así el público televidente –al que se le dice qué pensar– podría sentir empatía sólo por las víctimas neoyorquinas. Cfr. Bailone, Matías: *Op. Cit.*

que configuran un “ellos” separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de diferentes y malos.

Los “ellos” de la criminología mediática molestan, impiden dormir con puertas y ventanas abiertas, perturban las vacaciones, amenazan a los niños, ensucian en todos lados y por eso deben ser separados de la sociedad, para dejarnos vivir tranquilos, sin miedos. Para eso es necesario que la policía nos proteja de sus acechanzas perversas sin ningún obstáculo ni límite, porque nosotros somos limpios, puros, inmaculados.

Esta “otredad” se construye por semejanzas, para lo cual la televisión es el medio ideal. El “ellos” no se compone de delincuentes, no se trata del conjunto relativamente pequeño de criminales violentos, sino del mucho más amplio de estereotipados que no cometieron ningún delito y que nunca lo han de cometer.

Para eso la criminología mediática juega con imágenes, seleccionando a las que muestran a los pocos estereotipados que delinquen y de inmediato a los que no delinquieron o que sólo incurren en infracciones menores, pero son parecidos. No necesita verbalizar para comunicar que en cualquier momento los parecidos harán lo mismo que el criminal.

No se trata más que de la vieja afirmación de Talât ante el embajador Morgenthau, en el contex-

to del genocidio armenio, que no nos cansamos de reiterar porque es la más acabada síntesis de esta táctica: «Se nos reprocha no distinguir entre armenios culpables e inocentes, pero esto es imposible, dado que los inocentes de hoy pueden ser los culpables de mañana»

La formación de este “ellos” selecciona cuidadosamente los delitos de los estereotipados más o menos cargados de perversidad o violencia gratuita, los otros se minimizan o se presentan de modo diferente, porque no sirven para mostrar que cualquier estereotipado habrá de cometer una atrocidad semejante.

El mensaje es que el adolescente de un barrio precario que fuma marihuana o toma cerveza en una esquina mañana hará lo mismo que el parecido que mató a una anciana a la salida de un banco y, por ende, hay que separar de la sociedad a todos ellos.

Pero no basta con crear un “ellos” para concluir que deben ser criminalizados o eliminados, sino que el chivo expiatorio debe ser temido, infundir mucho miedo y, para eso, nada mejor que mostrarlos como los únicos causantes de todas nuestras zozobras.

El único peligro que acecha nuestras vidas y nuestra tranquilidad son los adolescentes del barrio marginal: “ellos”. A tal punto es esto cierto que la criminología mediática construye un concepto de

seguridad del todo particular, abarca sólo la prevención de la violencia del robo. Cuando un homicidio fue por celos, pasión, enemistad, pelea entre socios o lo que fuere, para los medios no se trata de una cuestión de seguridad, lo que también suelen afirmar las propias autoridades en declaraciones públicas y en tono de alivio. El homicidio de la mujer a golpes dentro del santo hogar familiar no produce pánico moral, no es ningún riesgo visible. Más aún, casi los ignoran y si alguno de estos homicidios tiene amplia cobertura periodística es por sus ribetes de morbosidad sexual.

Cuando se expone con mero sentido común la realidad de los riesgos para la vida, se produce una sensación de extrañamiento, porque en la vida cotidiana la conducta se determina conforme a la particular y curiosa creencia de que el único riesgo de victimización es por robo violento cometido por adolescentes de barrios precarios o de los bajos fondos urbanos.

Esta creencia se construye sobre bases bien simplistas, pero profundamente internalizadas a fuerza de reiteración y bombardeo de mensajes emocionales mediante imágenes; indignación frente a algunos hechos aberrantes, pero no a todos, sino sólo los de los estereotipados; impulso vindicativo por identificación con la víctima de esos hechos, pero no con todas las víctimas, sino sólo con las de los es-

tereotipados y si es posible que no pertenezcan ellas mismas a ese grupo, pues en tal caso se considera una violencia intragrupal propia de su condición inferior; miedo a la propia victimización y reclamo de mayor represión sobre la base de una causalidad mágica, según la cual mayores penas y mayor arbitrio policial producen mayor prevención de los delitos²⁰.

Esto se debe a que la introyección de la criminología mediática es muy temprana y potente, sin contar con que se la confirma todos los días en la interacción social. Se trata de obviedades; o sea lo que en términos de Berger y Luckmann es algo que se da por sabido, por efecto de larga y paulatina sedimentación del conocimiento, como era una obviedad el poder de las brujas hace seiscientos años. Se trata de lo que para Pierre Bourdieu sería lo habitual, el sentido común, lo cotidiano. Es lo que muestra la televisión, lo comentan todos entre sí, se lo confirman unos a otros en la sociedad, se verifica por lo que me cuenta el otro. De este modo se construye el “ellos” como el mayor –casi el único– peligro social.

20 Se recomienda la investigación cuanti-cualitativa que venimos desarrollando desde el año 2011 en el Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, con un equipo coordinado y dirigido por Matías Bailone, sobre los homicidios dolosos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Conurbano Bonaerense. Ver más en : <http://www.csjn.gov.ar/investigaciones>

Los prejuicios que se sintetizan en el estereotipo que define la diferencia o la otredad son muchos y varían en cada sociedad y tiempo. La criminología mediática delimita más el “ellos” cuando los identifica étnicamente, como en el caso de los negros e indios, en tanto que queda más abierto cuando señala una clase o estamento social, como los jóvenes pobres de barrios precarios o una categoría política (subversivos, burgueses).

De eso depende que el “ellos” sea más o menos poroso. La mayor porosidad permite una mayor arbitrariedad, aunque –si bien no siempre– la menor porosidad suele dar lugar a una mayor crueldad, parece que cuanto más identificable sea el grupo mayor es la intensidad de la pulsión vindicativa.

No es posible sintetizar cuáles pueden ser estas características del grupo estigmatizado, pues son mutables conforme a tiempo y lugar. Basta recordar el estereotipo del subversivo de los años 70', que abarcaba a todos los adolescentes pelilargos y barbados que fumaban marihuana alguna vez y que hoy son pacíficos abuelos. Hubo incluso sentencias en las que se expresó que afectaban la seguridad nacional. Todo signo de inconformismo o desviación de cualquier naturaleza era estereotipado en esos tiempos oscuros.

Según las circunstancias, ellos son caracterizados como violentos, confundiendo violencia con

agresividad, sin reparar en que el comportamiento agresivo e incluso en alguna medida violento no necesariamente es criminal, pues también se lo exige en ciertos deportes y en muchas relaciones sociales e incluso en ciertos casos de contención policial necesaria.

La criminología mediática despacha hacia el “ellos” y estigmatiza como violenta cualquier manifestación en contra de su construcción de la realidad.

Este “ellos”, por poroso que sea, dibuja un mundo de nosotros los buenos y ellos los malos, que no deja espacio para la neutralidad, como no lo hay en la guerra. La prudencia no tiene espacio en la criminología mediática, toda tibieza es mostrada como complicidad con el crimen, con el enemigo, porque construye un mundo bipolar y macizo, como el agustiniano en tiempos de la inquisición.

La porosidad del “ellos” no aumenta a expensas del nosotros, sino de todos los que miran con desconfianza y eventual resistencia la política criminal derivada de lo mediático. El “ellos” se agranda a expensas de los tibios o sospechosos.

Si bien la enorme mayoría de “ellos” no ha cometido ningún crimen, se los proyecta a todos como potenciales delincuentes, alegando que nunca sabremos cuándo pasarán de la acechanza a la acción, pero asegurando que lo harán; por eso “ellos”

son malos y temibles y nadie debe asumir su defensa ni discutir lo que muestra la imagen, que es la única realidad mediática.

El *three strikes out* es la máxima expresión de este discurso. La tolerancia cero del hoy desbancado demagogo municipal neoyorkino pero que vuelve en el siniestro *Tea Party*, tan exitosa en el mundo mediático, es la suma síntesis de la aspiración higiénica contra “ellos”.

Al “*tres veces y afuera*” no le interesa la gravedad de las infracciones, pues le basta con tres muy pequeñas para tener por acreditada su pertenencia al “ellos” y por eso debe ser eliminado. Se afirma que si no se lo elimina, el ladronzuelo de supermercado acabará siendo Dillinger, y se lo confirma mostrando que Dillinger comenzó siendo un ladronzuelo.

Debe quedar muy claro que no es contra los asesinos, violadores y psicópatas que la emprende, que siempre fueron y seguirán siendo condenados a penas largas en todo el mundo, sino contra un “ellos” poroso de parecidos que abarca a todo un grupo social joven y adolescente y, en el caso de New York, negros.

“Ellos” nunca merecen piedad. “Ellos” son los que matan, no los homicidas entre ellos, sino todos “ellos”, son todos asesinos, solo que la inmensa mayoría aún no mató a nadie.

Identificados “ellos”, todo lo que se les haga es poco, pero, además, según la criminología mediática no se les hace casi ningún daño, todo es generosidad, buen trato e inútil gasto para el Estado, que se paga con nuestros impuestos, lo que implícitamente está reclamando muerte, exigencia que de vez en cuando hace explícita algún desubicado que viola los límites del espacio de explicitación y rápidamente es disculpado como un exabrupto emocional, porque el desubicado pone en descubierto a Tánatos, la necrofilia del mensaje, el grito del siniestro Millán Astray, a quien hoy le dirían: «General, eso se piensa pero no se dice»

No obstante, la criminología mediática no puede ocultar del todo su necrofilia, pues usa un vocabulario bélico expreso, sin tapujos, lo que implícitamente está instigando a la aniquilación de “ellos”, que en ocasiones se hace en forma de ejecuciones sin proceso o fusilamientos policiales. Cada noticia de esta naturaleza se acompaña con los supuestos datos del estereotipo –frondoso prontuario, cuantiosos antecedentes, drogado– en forma automática, confiando en que nadie razone que un par de robos a mano armada sacan de circulación a una persona hasta casi los cuarenta años, cuando casi todos los ejecutados escasamente pasan los veinte, que el tóxico criminógeno por excelencia es el alcohol y que nadie puede cometer un delito violento bajo los efectos de la marihuana.

La efebofobia se manifiesta en todo su esplendor. Escuadrones de la muerte y vengadores justicieros completan el panorama de las penas aniquiladoras sin proceso en toda América Latina, centrada en jóvenes y adolescentes. Basta mirar las estadísticas para verificar que son muchos los países donde hay más adolescentes muertos por la policía que víctimas de homicidios cometidos por adolescentes.

La criminología mediática naturaliza estas muertes, pues todos los efectos letales del sistema penal son para ella un producto natural (inevitable) de la violencia propia de ellos, llegando al máximo encubrimiento en los casos de ejecuciones sin proceso disfrazadas de muertes en enfrentamientos, presentadas como episodios de la guerra contra el crimen, en que se muestra el cadáver del fusilado como signo de eficacia preventiva, como el soldado enemigo muerto en la guerra.

Es interesante señalar que cuando las ejecuciones sin proceso alcanzan una frecuencia significativa, su práctica puede verificarse mediante los datos de la propia criminología mediática correctamente interpretados.

Como todos los muertos en esa guerra se contabilizan y publican porque se consideran enemigos abatidos, es posible seguir el fenómeno por las noticias. Cuando la frecuencia es muy irregular (desaparece cuando se cuestiona a un Ministro o se

aproximan elecciones), la buena puntería es excesiva (aumentan los muertos y bajan mucho los heridos), la concentración es inexplicable (se producen en cierto circuito y no en los vecinos) y la suerte es notoria (los únicos muertos y heridos son “ellos”), podemos concluir que indudablemente nos hallamos ante una práctica habitual de ejecuciones sin proceso.

Muy a su pesar, la criminología mediática puede prestar este servicio. Todas estas muertes y muchas más que dejan cadáveres mudos, son producto de la necesidad de purificar, de limpiar, de eliminar los gérmenes patógenos del cuerpo social, la escoria social.

La criminología mediática asume el discurso de los leucocitos sociales. La metáfora bióloga suele hacerse expresa en la comunicación social, aunque en el último tiempo se sabe que no es de buen tono, pero desde el positivismo y aún antes el lenguaje de la higiene social es bien expreso. La metáfora escatológica es bien gráfica, ellos son para la criminología mediática las heces del cuerpo social. Continuando el razonamiento –que aquí suele interrumpirse– resultaría que este producto normal de descarte debe canalizarse mediante una cloaca, que sería el sistema penal. Para esa criminología, nuestra función sería la de limpiadores de heces y el Código Penal un reglamento para desagües cloacales. Policías, Jue-

ces, Magistrados, Fiscales, catedráticos, penalistas, criminólogos, podríamos todos despojarnos de uniformes y togas e imaginar el atuendo que pretende ponernos esta criminología que nos amedrenta.

La criminología mediática entra en conflicto cuando el poder punitivo comete un error y victimiza a alguien que claramente no puede identificarse con “ellos” y al que como víctima no puede negarse espacio mediático. Es el *collateral damage* de la guerra al crimen.

En esos casos innegables las agencias entregan al ejecutor material para calmar la ola mediática y de este modo aprovechan para demostrar que se depuran de elementos indeseables. En realidad entregan a un policizado seleccionado de un sector social humilde al que entrenaron con singular negligencia para hacer eso y que le tocó perder.

Detrás de cada cadáver hay un drama, una pérdida, un duelo. Basta con destacar lo cometido por el estereotipado en toda su dimensión real o dramatizarlo un poco más y comunicar asépticamente otro en mucho menor espacio, para que el primero provoque indignación y miedo y el segundo no.

Cuanto más patológico es el delito de un estereotipado más útil le resulta a la criminología mediática, pero la fijación sexual que la caracteriza desde los tiempos de la inquisición hace que en algunas ocasiones se olvide del estereotipado y se deslice

hacia la explotación de la curiosidad morbosa con detalles escabrosos, sin el menor reparo ético por el daño a la víctima o a su familia, pues de paso sigue siendo útil para insistir en la relajación de la moral.

En cualquier cultura la causalidad mágica es producto de una urgencia de respuesta. Esto no obedece a desinterés por la causalidad, sino justamente a la urgencia por hallarla. En la criminología mediática sucede lo mismo. Debe responderse ya al caso concreto, a la urgencia coyuntural, al drama que se destaca y dejar de lado todos los demás cadáveres; la falta de una respuesta inmediata es prueba de inseguridad.

Por supuesto que reclama una respuesta imposible, porque nadie puede hacer que lo que sucedió no haya sucedido. Frente al pasado la urgencia de una respuesta imposible sólo puede ser la venganza. Como la urgencia es intolerante, no admite la reflexión, ejerce una censura inquisitorial, pues cualquier tentativa de responder invitando a pensar es rechazada y estigmatizada como abstracta, idealista, teórica, especulativa, alejada de la realidad, ideológica, etc. Esto se compadece a la perfección con la televisión, donde cualquier comentario más elaborado en torno de la imagen se considera una intelectualización que quita *rating*.

Cabe aclarar que esto no significa que la televisión carezca totalmente de programas y presenta-

ciones que hagan pensar. Por supuesto que hay comunicadores responsables, pero estos deben resignarse desde el comienzo a un menor *rating* y a una creciente reducción de espacio por obvios intereses empresariales.

La urgencia de respuesta se acentúa con la presencia de algunas víctimas previamente seleccionadas por su funcionalidad a la publicidad. Frente al dolor de las víctimas, el comunicador exige una respuesta inmediata.

Puede reunir muchas víctimas e incluso fomentar su organización e impulsar el discurso vindicativo; o sea, desorientarlas de la peor manera y del modo más impiadoso. Pero volveremos en un momento a hablar sobre la manipulación de las víctimas, porque la cuestión es bastante más compleja y cruel.

La urgencia de respuesta concreta y coyuntural lleva a dos grandes contradicciones etiológicas, pues por un lado atribuye la criminalidad a una decisión individual y por otro estigmatiza a un conjunto con caracteres sociales parecidos; además, proclama una confianza absoluta en la función preventiva disuasoria de la pena, pero al mismo tiempo promueve la compra de todos los medios físicos de impedimento y defensa.

El interés mediático no sólo se centra en el robo violento o en el homicidio aberrante del estereotipa-

do sino también en algunos delitos sexuales, porque son hechos cuyas imágenes provocan mucha indignación y también despiertan gran interés morboso. Cabe aclarar que tampoco en todos los delitos sexuales, porque los intrafamiliares no le sirven.

Un plato fuerte de la criminología mediática son los violadores seriales y los pedófilos. En Europa ha habido explosiones de caza de pedófilos impulsadas por los medios y desde los Estados Unidos las empresas ofrecen su negocio de registros de ADN de violadores seriales.

Por supuesto, no se dice que los violadores seriales son pocos, en tanto que la gran masa de delitos sexuales contra niños se produce dentro de los grupos familiares, no siempre irregulares y tampoco siempre por el compañero de la madre ni en barrios precarios ni sobre adolescentes, sino sobre niños, que son un objeto sexual diferente. Todas esas víctimas no aparecen en la televisión, supuestamente para protegerlas, aunque en realidad porque ponen de manifiesto la inutilidad del poder punitivo para resolver el conflicto; lo cierto es que no existen para la criminología mediática.

Pero en definitiva, no nos cansaremos de señalar que la gran paradoja de la criminología mediática es que no busca nada contra los criminales violentos, porque en ningún país suele dejarse a los homicidas y violadores sueltos, sino que son sometidos a penas

largas, salvo coberturas oficiales. Discutir si a estos criminales deben imponerse cinco o diez años más de pena es un detalle menor en cuanto a la magnitud social, aunque pueda lesionar el principio de proporcionalidad, pero carece de toda significación en cuanto a la prevención de hechos futuros.

No se necesita ningún conocimiento técnico para percatarse de que si un homicida es penado con veinticinco años en lugar de veinte, eso es algo que no tiene incidencia alguna sobre el riesgo de que mi vecino sea asaltado cuando abre la puerta de su casa o de que me hurten la billetera en el subterráneo. Pero eso no tiene ninguna importancia para la criminología mediática ni para los que asimilan la inyección de venganza de ésta.

Lejos de interesarse por los homicidas y violadores, lo que realmente interesa a la criminología mediática es fabricar un “ellos” mucho más amplio, o sea, abarcar a todos los que presentan caracteres estereotípicos análogos, a los parecidos y, por extensión, a todos los que defienden el libertinaje, que en el pensamiento mágico es la causa del delito, o sea, todo lo que se aparte de la normalidad controlada, del orden —que en realidad se acerca más al caos— y del respeto, que más bien es respetabilidad autoritaria.

La guerra contra “ellos” choca con un obstáculo, que son los Jueces, blanco preferido de la crimino-

logía mediática, que se da un banquete cuando un excarcelado o liberado transitorio comete un delito, en especial si el delito es grave, lo que provoca una particular y maligna alegría en los comunicadores.

Los Jueces blandos son el obstáculo para una eficaz lucha contra “ellos”; las garantías penales y procesales son para “nosotros”, pero no para “ellos”, pues estos no respetan los derechos de nadie. “Ellos” –los estereotipados– no tienen derechos, porque matan, no son personas, son la escoria social, las heces de la sociedad.

Los politicastros que no tienen muchos méritos personales ni públicos para conseguir fama suelen impulsar juicios políticos contra los Jueces para obtener su espacio gratuito de publicidad en la criminología mediática reforzando la causalidad mágica. Generalmente terminan asumiendo también el discurso xenófobo y racista e incurriendo en exabruptos, pero algunos son más inteligentes y evitan explicitar el mensaje.

De este modo esta criminología consigue que se prolonguen las prisiones preventivas que luego son revocadas por los tribunales superiores, lo que en Latinoamérica, donde el 70% de la población penal está en prisión cautelar o preventiva, causa sobrepoblación carcelaria, motines y muertes. Son cadáveres que tampoco interesan a la criminología mediática, más que como muestra del salvajismo de “ellos”.

El Juez unipersonal trata de no ofrecerle flancos débiles a la criminología mediática porque actúa en soledad, en cambio, en los cuerpos colegiados la responsabilidad se reparte. La criminología mediática, por su parte, atribuye la prolongación de las prisiones preventivas a la poca diligencia de los Jueces.

La criminología mediática, con su causalidad mágica, impulsa las reformas legales más desopilantes. La imagen transformada en ley también es una cuestión mágica. Nuestro antepasado dibujaba los animales de presa en las paredes de las cavernas, pues por pensamiento mágico al poseer la imagen creía poseer el objeto representado. Ahora la imagen es la descripción de lo representado en el boletín oficial. Es el mito de la caverna, pero no el de Platón, sino el del cavernícola.

Los políticos atemorizados u oportunistas que se suman o someten a la criminología mediática aprueban esas leyes disparatadas y afirman que de ese modo envían mensajes a la sociedad. Por supuesto que estas leyes no tienen ninguna incidencia sobre la frecuencia criminal en la sociedad, aunque conforme a su identificación mágica de la imagen con el objeto, la criminología mediática considera que aumenta la seguridad.

De la criminología mediática –como de cualquier otra– se desprende una política criminal o criminológica. Pero cuando se emplea el mismo

discurso en diferentes contextos, no siempre esa política criminal puede llevarse a la práctica.

Como la criminología mediática actual se importa de Estados Unidos y en nuestra región no existen las condiciones para mantener a dos millones de personas presas y bajar el índice de desempleo mediante los servicios necesarios para vigilarlos, los efectos son totalmente diferentes. En efecto, la criminología mediática del sur sólo es creativa con algún dato coyuntural y folklórico, pues se limita a copiar y a veces a caricaturizar la que nos envía el norte.

En el norte se traduce en una política de prisionización de negros y latinos y en Europa en expulsión de inmigrantes extracomunitarios, pero en América Latina no hay inmigrantes que expulsar y tampoco presupuesto para prisionizar a todas las minorías molestas —que tampoco son tan minorías—, con lo cual la venganza estimulada hasta el máximo por la criminología mediática se traduce en mayor violencia del sistema penal, peores leyes penales, mayor autonomía policial con la consiguiente corrupción, vulgaridad de politicastos oportunistas o asustados y reducción a la impotencia de los Jueces, todo lo cual —como veremos luego— provoca muertes reales en un proceso de fabricación de cadáveres que la criminología mediática ignora o muestra en imágenes con interpretaciones deformantes.

La criminología mediática del sur reproduce el discurso del desbaratamiento del Estado de bienestar del norte, pero en países que nunca lo tuvieron o que lo tuvieron sólo parcialmente.

Ellos en el sur no son tan minorías, sino amplios sectores de población y a veces mayorías, de las que provienen todos los implicados en la violencia del poder punitivo, o sea, infractores, víctimas y policizados. No es concebible una prisión para esa masa humana y menos su aniquilamiento.

La consigna de la criminología mediática, según la cual a mayor represión corresponde menor libertad y mayor seguridad, impulsa una política que procura un control que neutralice políticamente a la población excluida o marginada a costa del sacrificio de muchas vidas humanas.

Como a dicha criminología no le interesa la frecuencia criminal ni el grado de violencia que haya en una sociedad, porque en realidad no le importan los criminales violentos, envía el mismo mensaje desde México, con casi treinta mil muertos en cinco años, decapitados, castrados, y una masacre en curso, hasta el Uruguay con un índice casi despreciable de homicidios dolosos, desde Centroamérica con las maras hasta una esquina sub-urbana de Buenos Aires, pues como desde siempre y en todos lados se comete algún delito violento, jamás le habrá de faltar material para construir un “ellos” maligno al que

sea menester aniquilar, como el causante de toda nuestra angustia.

Lo que la criminología mediática oculta cuidadosamente al público es el efecto potenciador del control y reductor del espacio de libertad social. La necesidad de protegernos de “ellos” justifica todos los controles estatales –primitivos y sofisticados– para proveer seguridad. En otras palabras, el “nosotros” le pide al Estado que vigile más al “ellos” pero también al “nosotros”, que necesitamos ser monitoreados para ser protegidos.

Esta es la clave última de la política criminal mediática, inmejorablemente expuesta por Foucault hace más de tres décadas. No lo olviden, el poder punitivo importante se ejerce sobre el “nosotros”. Hasta no hace mucho, en la España franquista estaba prohibida la venta del Contrato social de Rousseau, hoy no lo harían, pero muchos tienen ganas de monitorear a los que leen libros de criminología académica. Otros añoran al sereno madrileño, que abría el portal de la casa brindando seguridad, pero que se enteraba de todo, incluso de los adulterios y que era el informante chismoso de la guardia civil.

Como es necesaria una gran carga de miedo para que las personas dejen de valorar la intimidad y el espacio social de libertad, la criminología mediática construye una realidad temible. Cada homicidio cometido por alguno de “ellos” es recibido y

expuesto con verdadero entusiasmo, como confirmación de su construcción amenazante.

El observador puede darse cuenta de que el intérprete de la imagen televisada, que se muestra sonriente en el servicio de comunicación de noticias, cambia de pronto, asume una actitud compungida, adopta voz de bajo y comienza a mostrar el homicidio brutal, la sangre en el piso, la puerta del hospital, la morgue, la ambulancia, el entierro, los deudos, pero su forzada compunción no llega a enmascarar la íntima satisfacción de quien dispone de un juguete nuevo, que prepara su embate final vindicativo contra los Jueces y el Código Penal, con gesto de resignada indignación.

Cuando no tiene ningún homicidio mostrable en el día, repite las noticias de la investigación de los días previos; cuando no lo tiene en el lugar, muestra el de otra ciudad reduciendo al mínimo la referencia geográfica.

La noticia del homicidio brutal se privilegia, se reitera y se desplaza témporo-espacialmente. Inmediatamente terminada la noticia roja, el comunicador recupera la sonrisa y la algarabía para mostrar el último partido de fútbol, la fiesta con glamour o la riña más vulgar entre personajes del *jet set*.

El miedo a un objeto temible no sólo es normal, sino que es positivo, pues se trata de un sentimiento funcional para la supervivencia, puede decirse que

filogenéticamente condicionado. En este sentido, el miedo a la victimización es normal cuando es proporcional a la magnitud del riesgo de victimización, que sin duda es algo temible y real.

Pero cuando se considera a un objeto como la única fuente de todos los riesgos y éste se considera el único objeto temible, el miedo consiguiente deja de ser normal, porque se deforma la verdadera dimensión de su temibilidad. Así, cuando no se toma en cuenta la frecuencia y la magnitud de la victimización, deja de ser cierto que a mayor riesgo corresponde mayor miedo y viceversa.

Este miedo no adecuado a la magnitud del riesgo es patológico, pues su medida no se corresponde con la temibilidad del objeto, pero lo más grave es que al mismo tiempo ignora u oculta otros objetos temibles, con lo que deja de cumplir su normal función de servir a la supervivencia.

En otras palabras, se manipula un sentimiento necesario para la supervivencia, volviéndolo inútil para ese fin, pues impide cuidarse de los riesgos vitales que le oculta y el pánico moral se vuelve una invitación a la temeridad, puesto que cuando no le asigno importancia a los otros riesgos me comporto temerariamente frente a ellos.

Conforme a este mecanismo de patologización del miedo, me cuido del robo y no me percato de que en mi propio hogar aumenta la violencia; con

pretexto de temor al robo nadie se detiene en el semáforo de la esquina; y, lo que es más grave, por temor al robo pido más vigilancia al Estado y cuando quiero darme cuenta los que me vigilan me secuestran.

Hay víctimas y familiares que no son funcionales a la criminología mediática. Pocos familiares de los ejecutados sin proceso aparecen en las pantallas. Tampoco interesa el que muere en una riña entre borrachos, porque no produce el mismo entusiasmo comunicacional que el homicidio por robo o en circunstancias que despiertan interés morboso, pero sería un festín si el tóxico no fuese el alcohol, lo que casi nunca sucede.

Pero el pánico moral no sólo se alimenta de noticias, sino también –y principalmente– de la comunicación de entretenimientos que banaliza los homicidios y reafirma en la imaginación la idea de un mundo en guerra.

En un día de televisión vemos más asesinatos ficticiales que los que tienen lugar en la realidad durante un año en todo el país, cometidos con una crueldad y violencia que casi nunca se da en la realidad. Y no sólo sucede con las ficciones televisivas o cinematográficas, sino cada vez más con los videojuegos y el entretenimiento producido en Hollywood.

Esto se introyecta tempranamente en el equipo psicológico de la población. La criminología mediática latinoamericana tiene una particular preferencia por los shows en que enfrenta a algunas víctimas con los responsables de la seguridad (policías, políticos y si puede algún Juez).

Por supuesto que es obvio que la pérdida no tiene solución y que, naturalmente, lo único que puede hacerse respecto de la víctima es respetarle su dolor y asistirle psicológicamente. El show se monta presuponiendo un Estado omnipotente que si no evitó la desgracia fue por negligencia o por ineficacia, lo que fija en el imaginario colectivo la peligrosa idea de que el Estado debe ser omnipotente, pretendiendo que se prevengan hasta los delitos y accidentes más patológicos e imprevisibles, que en ningún país del mundo pueden evitarse.

Quien no ratifica lo que las víctimas expresan es estigmatizado como tibio, peligroso y encubridor; además de insensible al dolor.

Si el homicida pasó por la cárcel y fue liberado, poco importa si debía o no ser liberado, pues el homicidio se atribuye a quien dispuso su libertad o a la justicia en general, aunque se lo haya liberado por librar un cheque sin fondos y resulte después involucrado en un delito contra la integridad sexual.

En esto el pensamiento mágico apela a la pura causalidad física y en el fondo queda la sensación de

que la criminología mediática pretende que no se libere nunca más a un preso, lo que solo por desopilante no se hace manifiesto en su publicidad.

Para estos shows seleccionan algunas víctimas y ocultan otras, procurando sugerir discursos vindicativos y represivos a las seleccionadas. Si la víctima tiene pudor, reclama en sede judicial correctamente, es sobria en sus expresiones, no le interesa mucho a la criminología mediática, porque no es idónea para transmitir el mensaje que reclama venganza.

Menos aún lo es la víctima del propio poder represivo y tampoco la de la muerte que no produce pánico moral, son muertos que no interesan a la seguridad, son cadáveres no funcionales.

Pero en ocasiones, la criminología mediática da con la víctima ideal, capaz de provocar identificación en un amplio sector social y en tal caso la convierte en vocera de su política criminológica, consagrándola como víctima héroe. El procedimiento revela una particular crueldad, porque lo que la criminología académica llama *víctima héroe* es un conejillo de Indias al que se infiere un grave daño psíquico; es poco menos que una vivisección psíquica.

Toda víctima de un hecho violento grave sufre una pérdida con daño psíquico considerable que muchas veces demanda una asistencia especializada para recuperar su salud.

En un primer momento la víctima presenta un estado de estupefacción o desconcierto ante la pérdida, le cuesta creerlo. En una etapa posterior es inevitable –y cualquiera de nosotros conoce la experiencia frente a una pérdida súbita– que la víctima comience a jugar irracionalmente con la causalidad: “si hubiese actuado de otra manera, si no hubiese dicho, si hubiese advertido, si hubiese prohibido, etc. Se produce –por lo general sin ningún asidero real, pero mucho más cuando existe una mínima razón– una carga de culpa que se hace insoportable. El peso de esa culpa irracional provoca una extroversión que proyecta la responsabilidad en alguien o algo; es decir, en un objeto externo.

Obsérvese que no se trata de la culpa por el homicidio o por lo que sea, que sin duda tiene un responsable a veces ya bien identificado, sino de una culpa por la situación. Así como esa culpa no es racional, tampoco lo es la responsabilidad del otro por la situación o bien no lo es en la medida en que se pretende.

El tiempo y la asistencia especializada ayudan a superar esta etapa, es decir, a elaborar del duelo. Poco a poco van desapareciendo las irrupciones o interferencias en el curso del pensamiento que perturbaban la actividad normal de la víctima y ésta va recuperando su salud mental. Se trata de un proceso doloroso y nada simple, hasta que la pérdida queda

razonablemente convertida en una de las nostalgias y recuerdos que todos cargamos.

Cuando la criminología mediática instala una víctima héroe explota algunas características particulares de ésta, como histrionismo y quizá rasgos histéricos, las refuerza brindándole un escenario gigantesco para su desarrollo, pero, por sobre todo, la fija en el momento de extroversión de la culpa, le refuerza al máximo esa etapa, inmoviliza a la persona en ella y le interrumpe brutalmente el camino de elaboración del duelo, o sea, de restablecimiento de su equilibrio emocional.

La persona redefine su autopercepción como víctima y queda fijada en ese rol. A la víctima héroe se le hace reclamar represión por vía mágica y se prohíbe responderle, pues cualquier objeción se proyecta como irreverente frente a su dolor.

Ante el peso de la presión mediática son pocos los que se animan a desafiarla y a objetar sus reclamos. Los que más se amedrentan son los políticos, que desconcertados tratan de ponerla de su lado redoblando apuestas represivas conforme a la criminología mediática, que son ampliamente difundidas por ésta, junto a la descalificación de los Jueces.

A causa de la interrupción del duelo, a la víctima se le sigue acumulando culpa que la presiona psicológicamente a incrementar su extroversión

hasta que cae en exigencias que son claramente inadmisibles e incurre en exabruptos.

Cuando este proceso se agudiza la víctima-héroe se vuelve inmostrable por disfuncional. En ese momento la criminología mediática se desprende de ella, la ignora hasta silenciarla por completo, sin importarle el daño psíquico que le ha provocado al interrumpirle la elaboración del duelo. La trata como a una cosa que usa y cuando deja de serle útil la arroja lejos y la olvida.

El poder de la criminología mediática se traduce en la práctica en un debilitamiento de la vigencia del Estado de Derecho. Debilita el poder político en función de la autonomización de las corporaciones policiales y de la antipolítica, pero también decide con sus campañas la selección criminalizante misma.

El poder punitivo no selecciona sin sentido, sino que lo hace conforme se lo marcan los reclamos públicos que, en realidad, son los reclamos de la criminología mediática. El empresario moral de nuestros días no es por cierto ningún Savonarola, sino la política mediática, los comunicadores, los formadores de opinión, los intérpretes de las noticias que acaban de comentar las nimiedades diarias para pasar a reclamar la reforma del Código Penal.

Por supuesto que detrás de ellos se hallan los intereses coyunturales de las empresas mediáticas,

que operan según el marco político general, siempre en contra de cualquier tentativa de construcción del Estado social.

Por otra parte, la criminología mediática se atrinchera en su causalidad mágica y ni siquiera admite que nadie sospeche su propio efecto reproductor del delito.

Si bien puede no proponérselo directamente, a la criminología mediática le es imprescindible el delito funcional del estereotipado para sostener su mensaje e infundir el pánico moral. De hecho, no cabe duda que lo reproduce.

El mensaje contra la pretendida impunidad cuando las cárceles están superpobladas, no hace otra cosa que incitar el delito contra la propiedad: ¡Delincan que hay impunidad! También la publicidad de los delitos difunde métodos criminales e instiga a una criminalidad amateur muy peligrosa. Todo ello sin contar con que la prisionización indiscriminada fabrica delincuentes.

Además, la creación de realidad de un contexto violento ofrece una perfecta coartada para cualquier delito. El conyugicidio se disfraza de robo con homicidio; el homicidio del marido de la amante de acto de terrorismo; el robo al vecino de cuestión de seguridad.

¿Cuál es el efecto más sedimentado de la criminología mediática? Sostener nuestra indiferencia

por el sufrimiento de “ellos”, así como todo el Estado alemán sostuvo la indiferencia frente al aniquilamiento de los judíos, gitanos, disidentes, gays y marginales; o sea, que promueve la falta de empatía y de participación emocional en el sufrimiento de los otros, lo que no es más que un capítulo previo a su eliminación.

En rigor, elegir víctimas para producir empatía y manipularlas para provocar odio hacia “ellos” e indiferencia frente a una posible eliminación, es lo más inmoral que puede imaginarse.

Se trata de un consenso teratológico, basado en el miedo patológico, en la ignorancia y la temeridad ante otros riesgos iguales o incluso mayores, en la indiferencia frente al dolor de los sacrificados, en la devaluación de los valores de dignidad de la persona humana y de respeto al espacio de libertad social; es decir, en la movilización de Tánatos, de la necrofilia autoritaria, de los sentimientos más bajos de la sociedad con la más refinada tecnología *völkisch*, que en nuestros días sería envidiada por más de un genocida del pasado no tan lejano.

ALGUNAS NOTAS ACLARATORIAS SOBRE LA CRIMINOLOGÍA
CAUTELAR

Prof. Dr. H.C.Mult. Eugenio Raúl Zaffaroni

¿Esa selección que hace el sistema penal a partir de estereotipos es necesariamente arbitraria?

En principio, la selección estereotipada no es arbitraria. El estereotipo se configura sintetizando de alguna manera los prejuicios más negativos que hay en una sociedad en un determinado momento histórico; en ese sentido no es arbitraria.

La persona estereotipada es observada policialmente, de modo que si hay una mayor frecuencia delictiva, hay una mayor presencia de criminalización.

Por su parte, el estereotipo no es algo exclusivamente subjetivo. Cada uno de nosotros somos como los otros nos miran. Ustedes se dan cuenta que por ejemplo en una conferencia hay algo de dramaturgia en la relación social. Algunos se comportan como

público, otros como actores y otros más como organizadores; en función de esa recíproca demanda de roles es que nos entendemos. Cuando alguien de nosotros se sale del rol se produce una disfunción y la reacción de los otros es agresiva, justamente porque nos quedamos sin libreto. Si ustedes se paran en estos momentos y se ponen a gritar o hay un conjunto de borrachos cantando, todos miramos a los organizadores diciéndoles: «¿Qué hicieron?» Si yo como expositor me paro y me pongo a cantar un tango, el público me grita “payaso” y los organizadores se preguntan: «¿A quién hemos traído?, ¿a un loco?»

El estereotipo sí es externo (tengo cara de ladrón, camino como ladrón, visto como ladrón, etc.), porque si no respondemos a la demanda estereotípica el otro se enoja. Si yo tomo todos los días el autobús y siempre me encuentro con un señor vestido de pintor, un día le digo que necesito pintar la cocina de mi casa y si me podría hacer un presupuesto, el tipo me responde: «Yo no soy pintor, sino profesor de filosofía presocrática»; yo pienso: «Pero qué estúpido, ¿por qué se viste así?»

Entonces el estereotipo sí proyecta de alguna manera. El sujeto va siendo como los demás lo ven, conforme la demanda del rol social asignado. Nosotros lo agravamos cuando lo metemos preso y en la cárcel durante un año, dos años, tres años, etc., se

le reafirma el estereotipo del apresado estafador, homicida, ladrón. Es un verdadero milagro que el día que salga no realice nuevamente la conducta criminal. Si hay alguien que no reincide siempre es milagroso, salvo que envejezca, en cuyo caso se jubila y cae el estereotipo, porque el delincuente siempre tiene que ser joven y cuando envejece se descarga del estereotipo. De modo que no es arbitrario, sino un juego subjetivo-objetivo bastante complejo que sí tiene su explicación terrenal.

Por supuesto, los estereotipados son seleccionados dentro de una determinada capa social, dentro de ella no todos están estereotipados pero la selección estereotípica, nos damos cuenta, determina un rol vigilante policial.

¿Cómo rebatimos esta sensación de miedo paralizante? Considerando que en el Perú la criminología tiene poca base empírica.

El delito es siempre delito. Lo fundamental es hacer prevención.

¿Cómo hacerle prevención a algo que desconocemos? Me parece que es imposible. Sin embargo, en nuestros países no se hace investigación criminológica de campo y si no se hace eso no sabremos qué es lo que sucede, ni qué tenemos que prevenir.

Las preguntas bastante téticas que me surgen son: ¿Queda claro que es elemental saber que na-

die puede prevenir lo que no conoce?, ¿hay alguien quien esté seriamente preocupado por la prevención del delito? Me parece que no.

¿Cuál es el papel del juez y, en general, de los operadores de justicia penal frente a este tipo de reclamos mediáticos de intervención punitiva?, ¿qué se puede hacer?

La clave es la desinformación. Tenemos que aprender a comunicar.

A veces cuando algún colega habla, a mí me produce pánico, me retuerce el hígado porque lo escucho referirse en un dialecto incomprensible cuando opina en torno a la cuestión criminal. Creo que hay algo que nos falta en la formación académica y es aprender comunicación. La lucha en este siglo XXI es a nivel comunicativo. No nos queda otra.

Existe la criminología mediática, que en función a ciertos intereses, transmite informaciones manipuladas y alejadas de la realidad en materia criminal, ¿cómo hacemos para contenerla?, ¿cómo evitamos que un planteamiento crítico y garantista logre evitar abusos de ciertos medios de comunicación?

Creo que los medios masivos de comunicación van camino al Oscar en ese sentido. ¡Lo lamento!

La única forma de evitarlo es con autocontrol ético de los propios medios masivos de comunicación; de lo contrario, estos medios van a ir avanzando, avanzando y avanzando y va a llegar un momento en que a alguien se le ocurra hacer la ley de prensa. El día que se cree la ley de prensa limitando contenidos, perdemos el camino que llevamos a la democracia informativa.

Lamentablemente creo que en la pregunta nos están dando argumentos algo partidarios del control de contenidos y yo soy absolutamente enemigo de ello, creo que la mejor ley de prensa que pueda ver es la que no existe, solo en cuanto contenidos.

¿Qué debemos hacer para mejorar el sistema penal latinoamericano?

Son varias cosas. En principio, es muy importante que tomemos conciencia que hay un defecto grave en nuestra región, hemos repensado muchas instituciones pero no lo hemos hecho con la policía. Comencemos con re-pensar a la institución policial, tenemos que adecuarla a nuestras necesidades; no hay un modelo latinoamericano de policía en ese sentido. Estamos incorporando personal a dicha institución pero los estamos maltratando y sometiendo a un sistema militarizado, vertical y autoritario; tampoco le permitimos desarrollar su conciencia profesional, ni le dejamos sindicalizarse.

Creo que si estamos hablando de seguridad, lo primero que debemos de hacer es mejorar el servicio de seguridad como *prevención secundaria* y para eso, como dijimos, tenemos que re-configurar el modelo de policía.

En lo que sigue a la *prevención primaria*, hay que apuntar a una política adecuada de redistribución de rentas y una política de ampliación de la ciudadanía real.

Para la construcción de su pensamiento penal y criminológico, ¿por qué parte de la base de un conflicto permanente entre modelos ideales (Estado de Derecho y Estado de policía) y no de conflictos reales como la lucha de clases sociales?

Vivimos en una sociedad que está estratificada sin lugar a dudas. Y desde el momento que tenemos sociedades estratificadas, hay dos caminos: De entrada una eliminación de un estrato social o establecer canales de redistribución de rentas.

No niego que haya una dinámica de clases. En toda política de redistribución de rentas está de trasfondo una cuestión de clases, porque hay una clase y un sector hegemónico que concentra la mayor parte de la renta. El día que se quiera redistribuir esto para abajo, hay algunos que inmediatamente dicen: «¡NO!, el Estado es neutro, no puede interve-

nir en la redistribución. Es mejor que se mantenga concentrando todo y así evitamos un derrame hacia abajo» En realidad la historia nos demuestra que nunca se ha derramado nada para abajo. De modo que todo problema de redistribución de renta en el fondo está necesariamente la cuestión de clases.

No obstante, considero que no se pueda hacer un planteo estrictamente desde un punto de vista solo de las luchas de clases o de la estratificación, sino la cuestión estaría en hacer un análisis del poder punitivo que determina la estructura social.

El poder punitivo, que exige un grado de verticalización en la sociedad, lo maneja siempre un sector hegemónico y trata de estar en todo momento a favor de sí mismo. Por tanto, en la medida que recortemos el poder punitivo, lo que estamos haciendo es recortar al sector hegemónico. ¿Cómo lo verifico? Con resultados que tienen distintas sociedades. Aquí en América Latina los que están en prisión son aquellos que no tienen poder, los vulnerables al poder punitivo y que son justamente los que están abajo de la estratificación social; excepcionalmente, de vez en cuando, aparece uno que no es vulnerable, un cliente inhabitual del poder punitivo que se lo trata de otra manera, pero ¿cómo llegó hasta eso? Se convirtió en un invulnerable, perdió el poder, por ende, se le retiró la cobertura; porque se peleó con otro también invulnerable y en esa pugna perdió.

Normalmente se nos refriega en la cara señalándonos: «¡Miren cómo esta sociedad es dinámica!, ¡cómo se puede subir y bajar de las clases sociales! Este señor que estaba lustrando zapatos a las afueras del banco, hoy es el presidente de ese banco y dueño de tres condominios. ¡Miren qué justa e igualitaria es nuestra sociedad!» ¡Mentira!, son ejemplos que se dan para pretender que una sociedad es absolutamente igualitaria, olvidando que el principio de igualdad tiene un inconveniente: La real diferencia del poder económico y de clase.

NOTAS

NOTAS

DOG MÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA CAUTELAR,
de EUGENIO R. ZAFFARONI / MATÍAS BAILONE / ROSA MAVILA LEÓN
se imprimió en la República de Perú el 2017.

