



La pena como venganza razonable

Lectio doctoralis en Udine

Prof. Dr. Dr. H.c. mult. Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales
<http://www.cienciaspenales.net>



[www.cienciaspenales.net]

LA PENA COMO VENGANZA RAZONABLE

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Excelentísimo Señor Rector Magnífico de la Università degli Studi di Udine;
Señores Decanos y autoridades de la Universidad;
señores Profesores;
Queridos colegas de otras universidades;
Estudiantes que en este mundo complejo afrontan el campo del derecho;
señoras y señores;
amigas y amigos todos:

Palabras previas

No tengo palabras para agradecer el honor que me dispensa la Università degli Studi di Udine al conferirme el grado de Doctor *honoris causa.*, nada menos que en la tierra de origen de Vincenzo Manzini y de Giuseppe Bettiol.

No conocí personalmente a Manzini, pero apenas graduado, un penalista español republicano exiliado en la Argentina –Manuel de Rivacoba y Rivacoba¹- me presentó al traductor y editor castellano de Manzini, el procesalista –también español republicano- Santiago Sentís Melendo², de cuya amistad disfruté largos años, quien se solazaba contando anécdotas del penalista friulano.

Muy diferente fue mi relación con el inolvidable Giuseppe Bettiol, quien en plena dictadura argentina afirmó en Buenos Aires que el derecho penal cristiano era el derecho penal liberal, agregando como prueba que el Estado Vaticano mantiene vigente el código Zanardelli³. La fuerte personalidad del Maestro Bettiol lo convirtió en un verdadero patriarca del derecho penal italiano y también en un difusor de éste. Pocos europeos de su tiempo se ocuparon como él del pensamiento penal latinoamericano, manteniendo con nosotros un diálogo del que dan testimonio las

¹ Felipe González H., *Semblanza de Don Manuel de Rivacoba (1925-2000)*, "Revista de ciencias sociales" Nº 51, Universidad de Valparaíso; Matías Ballone, *Rivacoba, un iluminista del siglo XX*, en *El derecho penal del siglo XXI, Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Mendoza, 2005 y en www.matlasballone.com

² Sentís Melendo fue el introductor e infatigable traductor de la escuela procesal italiana; sobre su vida y obra: *La prueba. Libro en memoria del Prof. Santiago Sentís Melendo*, La Plata, 1996.

³ Giuseppe Bettiol, *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo*, 6.V.1982, Padova, 1984, pág. 8.

notas de su obra máxima y, además, muy pocos influyeron sobre nosotros de igual manera⁴.

Por todo ello, llegar hoy a recibir el grado de Doctor *honoris causa* de esta Universidad tiene para mí, además de la significación académica, un profundo sentido emocional. También por ello quisiera en estos pocos minutos retomar -con la brevedad del caso- las reflexiones en torno a la posibilidad de refundar el derecho penal liberal en nuestros días.

Pido disculpas por el modo en que saltaré sobre investigaciones meticulosas en homenaje a la síntesis abarcativa, pero también por la impertinencia de pretender quebrar en pocos minutos demasiados mitos, que no es más que el producto de las urgencias a que nos habitúa el drama cotidiano del mundo marginal del poder planetario. La *dolorosa scienza dei delitti e delle pene* duele más en nuestras sociedades con fuerte estratificación y escasa movilidad.

Las dos actitudes de la ciencia

jurídico-penal actual La ciencia jurídico-penal de nuestros días parece moverse entre dos polos fundamentales: (a) Uno que comenta asépticamente las leyes y las armoniza en un mundo normativo, aceptando con entusiasmo o con resignación la expansión inusual de la legislación penal y hasta la reintroducción del *enemigo* en el orden jurídico del estado de derecho. (b) Otro que resiste la expansión sin dejar de legitimar el ejercicio del poder punitivo, aunque en la medida limitada de la *retribución justa*.

El "ser" y el "deber ser"

del poder punitivo Lo cierto es que todos, sin poner en duda la legitimidad del poder punitivo, afirman que *deber ser* de modo tal que cumpla alguna función positiva y racional, para lo cual no se mueven demasiado de la famosa clasificación casi bicentenaria de Antón Bauer⁵.

⁴ Cfr. Giuseppe Bettiol (*In memoriam*), en "anexo I" a G. Bettiol, *El problema penal*, Buenos Aires, 1995.
⁵ Anton Bauer, *Die Wahrungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830.

Política sin datos

de la realidad De este modo, la ciencia jurídico-penal cumple su función política de proyectar jurisprudencia (actos de poder estatal) según cómo cada autor *imagina* que *deber ser* el poder punitivo, sin incorporar ningún dato del mundo del *ser* (de cómo es o se ejerce el poder punitivo). Todos presuponen la validez de la prohibición metodológica de incorporar a sus teorizaciones los datos del mundo que el legislador no incorpora.

Neokantismo

penal Desde la quiebra de lo que el gran Alessandro Baratta llamaba el *modelo integrado*⁶, esta escisión es posible merced a la teoría del conocimiento neokantiana sudoccidental⁷: la ciencia *del espíritu* (o de la cultura) no puede contaminarse con datos de la ciencia *de la naturaleza*, so pena de crimen *de lesa método*.

Consecuencia

política La consecuencia política de esta escisión neokantiana se experimentó hace más de setenta años, cuando Mezger arrastró desde la República de Weimar hasta la posguerra una ciencia jurídico-penal que no se dio por enterada de la masacre de millones de personas⁸.

Inconsecuencia

normativa El aislamiento normativo neokantiano es compatible con el estado *legal* de derecho, pero no con el *constitucional* de

⁶ Alessandro Baratta, *Criminología crítica e crítica del diritto penale, Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1982, pág. 41.

⁷ V. H. Rickert, *Ciencia cultural y ciencia natural*, trad. de Manuel García Morente, Madrid, 1922.

⁸ Cfr. Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal del nacionalsocialismo*, Valencia, 2003. Por cierto que tampoco hubiesen sido diferentes las consecuencias de mantener el *modelo Integrado positivista*, pues la legislación penal nazi no fue más que el desarrollo de su biologismo racista hasta los últimos extremos, como lo destaca Crispigni en su debate con Mezger de 1941 (Crispigni, Filippo e Mezger, Edmundo, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, 1942), aunque se podía prever desde antes con una atenta lectura de Garofalo y, aún mucho antes, con la del *Malleus Maleficarum*.

derecho, pues el control constitucional de las leyes no puede verse limitado por la prohibición arbitraria de incorporar datos del legislador, so pena de neutralizarse por completo. Menos aún puede ejercerse de este modo el control orgánico del derecho internacional de los Derechos Humanos.

La selectividad del

poder punitivo como Pese a que cualquier persona que visite una *dato real y normativo* prisión en cualquier país del mundo puede verificar que el poder punitivo *es altamente selectivo*, el normativismo puro pasa por alto que el *principio de igualdad republicano también es normativo* y nada menos que *constitucional e internacional*. ¿Cómo compatibilizan ese principio con la jerarquización de personas en el ejercicio real del poder punitivo? ¿Cómo entender el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos pasando por sobre este hecho? ¿Es posible que hayan olvidado que ese artículo surge del horror de las consecuencias genocidas de la jerarquización de personas? La única y vieja respuesta es la *razón de estado*, incompatible con el estado de derecho⁹.

El poder punitivo como

puro hecho político Desde el siglo XIX nos llega la voz de Tobias Barreto¹⁰, que en su aislamiento académico en Recife y en el interior del estado de Pernambuco afirmaba que quien pretenda hallar la justificación de la pena antes debía hallar –si ya no lo había hecho– la

⁹ Hay dos medios por los cuales las Repúblicas mantienen su estado y su grandeza: los premios y los castigos. Los primeros para los buenos, los otros para los malos. Si no existe este equilibrio habrá que esperar su inevitable ruina. Sin embargo, no es necesario que todos los hechos criminales sean castigados, porque no habría suficientes jueces para hacerlo y tampoco verdugos para ejecutar sus órdenes. De este modo, de diez crímenes, hay tan solo una condena y ordinariamente los condenados son pícaros. Aquellos que tienen amigos o dinero escapan habitualmente de la mano de los hombres. Claro que ni sus amigos ni sus bienes los protegerán de la mano de Dios (Jean Bodin, *De la demonomanie des sorciers, De l'inquisition des sorciers*, Livre IV, Chapitre 5, "De la peine qui méritent les sorciers", París, chez Jacques du Puys, Libraire juré, 1587. págs. 215-217). Es obvio que Bodin subestima la selectividad en homenaje al *estado y grandeza de la República*. Nada ha inventado la prevención general *positiva*.

¹⁰ Sobre este autor, entre muchos: Hermes Lima, *Tobias Barreto (a época e o homem)*, San Pablo, 1939; Marlo G. Losano, *La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto penal brasiliano*, en "Materiali per una storia della cultura giuridica", Bologna, 1974.

de la guerra, y que el poder punitivo era un *factum*, un hecho político y no un fenómeno jurídico¹¹.

El poder punitivo no

lo ejercen los jueces La doctrina nos convence de que con nuestros libros programamos el ejercicio del poder punitivo a través de los jueces, cuando en el mundo real son las agencias policiales las que seleccionan los candidatos a la criminalización. La expansión de la legislación penal no hace más que ampliar el arbitrio del poder selectivo de las agencias ejecutivas.

El poder jurídico de los

jueces es de contención Los jueces sólo decidimos si los procesos de criminalización secundaria –iniciados por intervención policial– deben avanzar o detenerse. Aunque esta constatación lesione el narcisismo del penalista, lo cierto es que el poder jurídico de contención es de la máxima importancia, porque cuando los jueces desaparecen (por *administrativización* del poder punitivo) o se convierten en policías (en los estados absolutos), los acompaña en retirada el estado de derecho, cobra plena vigencia el estado de policía y al poder punitivo incontrolado le queda expedito el camino a la masacre.

El apéndice del derecho

constitucional De este modo, resulta que el poder jurídico es un *contra-poder punitivo* y el derecho penal es la Carta Magna del ciudadano –como solía recordar nuestro querido colega chileno Juan Bustos Ramírez– y no del delincuente (como decía Franz von Liszt). En este sentido, la ciencia del derecho penal es un apéndice de la del derecho constitucional en todo estado de derecho.

¹¹ Tobias Barreto, *Algumas idéias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, en "Obras Completas", V, *Direito, Menores e loucos*, edición del Estado de Sergipe, 1926, págs. 139 y sgts. (el trabajo data de 1886, habiendo sido publicado como apéndice a la segunda edición de *Menores e loucos*, pues la primera, de Rio de Janeiro de 1884, no lo contiene).

El estado de derecho como tensión

constante con el de policía

El estado de derecho no es algo *instalado e inmutable*, sino que todo estado de derecho histórico viven en constante pugna por encapsular al estado de policía que conserva en su interior, y que trata continuamente de perforar su coraza y liberarse de sus ataduras. La función del saber jurídico-penal es justamente la de programar esa contención reforzadora para salvar al estado de derecho de las pulsiones del estado de policía¹². Como todo estado de derecho real es una constante dinámica confrontativa con el estado de policía, tiene muy poco sentido asignarle funciones legitimantes imaginarias al poder que debemos contener. Es muy poco juicioso que quien tiene la función político-constitucional de resistir a un poder, se imponga como tarea primordial su legitimación discursiva. Por lo menos, cabe reconocer que se enfrenta a reglas elementales de táctica política.

El desprestigio científico de

la ciencia del derecho penal

El afán por fundar la legitimación del poder punitivo mediante funciones imaginadas provoca un marcado desprestigio de la ciencia penal, porque la separa de las ciencias sociales –y de la experiencia común– de un modo que Baratta consideraba de muy difícil reconciliación¹³. Sin embargo, la reconciliación del saber jurídico y las ciencias sociales se impone para salvar los valores del estado de derecho. Es tarea urgente la construcción de un nuevo modelo integrado con ese objetivo y que al mismo tiempo permita recobrar prestigio a la ciencia jurídico-penal y también salvar omisiones de la criminología.

La moderna idolatría de la pena

La fe en la pena que domina la construcciones mediáticas de la realidad en nuestros días –no exenta de contradicciones¹⁴– es una idolatría. La comunicación masiva

¹² Cfr. Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, 1980.

¹³ Cfr. Alessandro Baratta, op. cit., pág. 155.

¹⁴ Son importantes las que señala David Garland, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de México Sozzo, Barcelona, 2005.

sustituyó a la omnipotencia divina con la penal. Como toda patología religiosa (idolatría) tiene fanáticos y crea un estado confesional idolátrico, se convierte en una *governance*¹⁵. Frente a semejante delirio, lo peor que puede hacer el saber jurídico es alimentarlo con legitimaciones ilusorias conforme a *un deber ser que nunca puede llegar a ser*, desconociendo la selectividad estructural del *factum* político del poder punitivo.

El agnosticismo

como respuesta A esa idolatría estatal sólo puede responderse científicamente con el *agnosticismo*: no sabemos para qué sirve la pena ni nos interesa en el saber jurídico, lo único que nos interesa es contener el poder punitivo para salvar al estado constitucional de derecho y para realizar los Derechos Humanos. El penalista no tiene por función legitimar el poder de las agencias policiales, sino su propio contra-poder de contención jurídica.

¿Legitimar para

resistir? Pero frente a los *integrados* -al decir de Umberto Eco- hallamos a quienes asignan al poder punitivo alguna función que parece racional como táctica para colocarle un límite y ofrecerle resistencia. Es la vieja táctica del iluminismo, que desde el siglo XVIII busca limitar la pena dándole un sentido racional, deambulando por los senderos abiertos por Kant y Hegel -aunque a veces lo ignoren y los confundan- para dar con una *justa retribución o proporcionalidad*.

Entre la coerción directa

y el contrato

Cabe observar a este respecto que desde el renacimiento europeo del poder punitivo (siglos XII y XIII) hasta ahora no hemos inventado una legitimación propia del derecho penal, sino que la expansión inquisitorial echó mano de la coerción directa del *derecho administrativo*, en tanto que las contenciones

¹⁵ Cfr. Jonathan Simon, *Il governo Della paura, Guerra alla criminalit'in America*, Milano, 2008.

iluministas del siglo XVIII se valieron del contrato prestado por el *derecho civil*. La originalidad penalista del siglo XX fue sólo la confusión poco comprensible de ambos elementos a partir de Stooss y Rocco.

El retribucionismo

liberal Este *retribucionismo liberal* busca un *concepto racional del poder punitivo* para usarlo como contención de éste. No discutimos la viabilidad de alguno de estos conceptos y admitimos *ad argumetandum* que tal vez la tenga, como lo postula Ferrajoli en su monumental obra penal¹⁶, pero lo cierto es que para que su *deber ser* de la pena devenga *ser* sería necesario un profundo cambio social y económico, que para nada está en curso ni se anuncia, y en tanto nos urge una limitación actual, cotidiana, en esta sociedad y con esta estructura, especialmente en las regiones del planeta donde el poder punitivo se desboca con mayor facilidad, aunque las últimas décadas muestran amenazas graves en los países que suponíamos más invulnerables.

El eco de Nietzsche:

la pena es venganza Todo esfuerzo por asignarle un objetivo noble a la pena devuelve el eco de las palabras sabias del más loco de los filósofos, definiendo a la pena como venganza y a la redención como liberación de ésta. Sólo un demolidor de ruinas como Nietzsche podía, además, percatarse de que la venganza provenía de la idea de tiempo lineal, que era venganza contra el tiempo, porque *nadie puede hacer que lo que fue no haya sido*¹⁷.

¹⁶ Nos referimos aquí a Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.

¹⁷ *Dies, ja dies allein ist Rache selber: des Willens Widerwille gegen die Zeit und Ihr "Es war". // Wahrlich, eine grosse Narrheit wohnt in unserm Willen; und zum Fluche wurde es allem Menschlichen, das diese Narrheit Gelst lernte! // Der Geist der Rache: meine Freunde, das war bisher der Menschen bestes Nachdenken; und wo Leid war, da sollte immer Strafe sein. // "Strafe" nämlich, so heisst sich die Rache selber: mit einem Lügenwort heuchelt sie sich ein gutes Gewissen. // Und weil Im Wollenden selber Leid ist, darob dass er nicht zurück wollen kann, -also sollte Wollen selber und alles Leben- Strafe sein! (Also sprach Zarathustra, II, Von der Erlösung).*

Questa, solo questa è la vendetta stessa: la ripugnanza della volontà per il tempo e per il suo "fu". // In verità nella nostra volontà risiede una grande follia; e divenne maledizione per tutta l'umanità che questa follia imparasse lo spirito! // Lo spirito della vendetta: amici miei, questo fu finora sempre il modo migliore di riflettere degli uomini; e dov'era dolore, là doveva essere sempre pena. // "Pena" si

El tiempo lineal

del industrialismo Venganza contra el tiempo lineal, el tiempo cristiano, aunque matizado con la liturgia cíclica, por oposición al circular de los griegos; el de la producción artesanal en las ciudades, medido con los relojes mecánicos inventados en el ocaso del siglo XII para los municipios y que luego pasó a las torres de las catedrales, por oposición al tiempo de la vida agraria; el que llevó a América el genocidio colonialista, por oposición al circular de los *nahuatl*s y al espiral de los mayas¹⁸.

Una venganza

razonable El tiempo como flecha es la clave de la venganza y de la pena como *Lügenwort*. Es imposible seguir ocultando que *el viejo y buen derecho penal liberal* -al igual que su versión actualizada del *retribucionismo liberal*- son el reclamo de una *venganza razonable* con una única medida también temporal¹⁹.

¿Por qué no el

abolicionismo? ¿Por qué buscar una venganza razonable y no la eliminación directa del poder punitivo, como lo proponía -entre otros- ese gran sabio errante que fue Louk Hulsman²⁰? Simplemente, porque los penalistas no tenemos poder para provocar una revolución civilizatoria y eliminar el poder punitivo, que continúa siendo un *factum* político que, al igual que la guerra, está deslegitimado, pero sigue presente, porque no desaparecerá en razón de nuestros libros, sino con cambios profundísimos en la cultura.

chiama infatti la vendetta stessa: con una parola mendace dissimula a se stessa una buona coscienza.//E poichè anche in colui che vuole c'è dolore, dolore per non poter volere sul passato, -così il volere stesso e tutta la vita dovrebbe- essere pena!

¹⁸ Cfr. Jérôme Bachet, *A civilização Feudal, Do ano mil a colonização da América*, Sao Paulo, 2006, págs. 310 y ss.

¹⁹ Sobre la idea de un *quantum* de libertad de base contractual y medido en tiempo lineal, Dario Melossi e Massimo Pavarini, *Carcere e fabbrica, Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977, pág. 242.

²⁰ Cfr. Louk Hulsman/Jacqueline Bernat de Cells, *Peines perdues. La système pénal en question*, Paris, 1982; también Massimo Pavarini, *Introduzione a ... la Criminologia*, Firenze, 1980, págs. 19 y sgts..

La Cruz Roja

de la política En esta civilización del tiempo lineal somos la Cruz Roja del momento de la política²¹, y nadie puede reprocharnos que no eliminemos un hecho de poder cuando no disponemos del poder para hacerlo, como nadie en su sano juicio reprocha a la Cruz Roja que no haga desaparecer la guerra. Lo único reprochable sería que no optimicemos nuestro poder para contenerlo en los límites de una *venganza razonable*. Por ende, si venciésemos nuestro *narcisismo penalista* y reconociésemos –con René Girard²²- que el poder punitivo canaliza venganza en el estado moderno, no tendríamos por qué avergonzarnos de que el poder jurídico procure que la *venganza* se mantenga dentro de lo *razonable* y se ejerza en la menor medida posible.

El saber normativo no puede

incorporar la venganza La dificultad del saber normativo radica en que el derecho no puede incorporar a la venganza porque no es racional (no es racional que alguien infiera dolor porque *lo que ha pasado ya no puede ser que no haya pasado*). El principio republicano exige que los actos de gobierno sean racionales y esto choca de lleno con el reconocimiento de la irracionalidad del poder punitivo cuando se lo considera un *poder jurídico*. Por ello, la ciencia del derecho penal que pretende legitimar al poder punitivo no puede hacerlo reconociendo su función de canalización de venganza y debe imaginar funciones *racionales* en el plano del *deber ser* aunque nunca puedan llegar a *ser*.

La contradicción se resuelve

reconociendo que el poder

punitivo no es jurídico

Esta contradicción sólo se resuelve dejando al poder punitivo fuera del derecho y reconociéndole su condición de

²¹ Cfr. n.trabajo: *La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria*, en Letizia Gianformaggio, "Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli", Torino, 1993, págs. 383 y sgts.

²² René Girard, *La violencia e il sacro*, ADELPHI, Milano, 2005.

mero *factum político*, al estilo del viejo Tobías Barreto. Por esta vía, una ciencia penal que asuma como función esencial la de proyectar la contención del poder punitivo, puede *prescindir de cualquier teoría positiva de la pena* y mantenerse *agnóstica* frente a la actual idolatría del poder punitivo. De este modo se desentendería de la imposible misión de legitimar lo ilegítimo, para *legitimar sólo la función de reducción y contención en la medida de nuestro poder jurídico*, tal como lo hace el derecho humanitario en la guerra.

¿Cómo reconocer los límites

de una venganza razonable? ¿Pero cómo podría el saber jurídico reconocer los límites de una venganza razonable? ¿Cómo decidir cuándo deja de serlo? Sólo un modelo integrado con la criminología permitiría que ésta aporte los datos que sirvan para alertar sobre los límites. Aunque por pudor el derecho penal prefiriese usar siempre una *Lügenwort* (como *proporcionalidad*), una criminología integrada permitiría rescatar de su desprestigio científico al saber jurídico y – lo que es más importante- permitiría a éste recuperar la cuota de realismo perdida por la escisión metodológica.

*El nuevo modelo integrado
requiere una renovación*

de la criminología Pero un nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología no sólo requiere un giro importante en el derecho penal (con una teoría agnóstica de la pena), sino también en la criminología. La criminología nació con los demonólogos, con un paradigma etiológico y en un modelo integrado con un derecho penal administrativo (coerción directa)²³; después de unos siglos la estructura etiológica e integrada cobró nueva vida con el biologismo racista y en ambas oportunidades legitimó los peores genocidios de la historia. La sociología de mediados del siglo XX siguió etiológica y legitimó el poder punitivo para reincorporar a los *desviados* en el

²³ V. la recopilación de demonólogos de Abbiati-Agnoletto-Lazzati, *La Stregoneria*, Mondadori, 1991; el manual que cierra y sintetiza la experiencia inquisitorial contra las brujas es el *Malleus Maleficarum*, de 1487 (H. Krämer/J. Sprenger, *Il martello delle streghe*, Marsilio, 1995).

marco del *welfare State*²⁴, lo que en la práctica fue un fracaso que colapsó con el desmantelamiento mundial del *New Deal*²⁵. La crítica de fines del siglo pasado se desplazó hacia el poder punitivo, reveló su selectividad y derribó los mitos jurídicos²⁶. Lo cierto –y curioso– es que ninguna se ocupó del peor de los crímenes²⁷, cediendo los genocidios y otras masacres²⁸ a los pensadores, filósofos y politólogos, como si fuesen *naturalmente* ajenos a su conocimiento.

El elefante invisible

de la criminología El crimen que causó más muertos que las guerras en el siglo pasado²⁹ siempre fue ejecutado por agencias del sistema penal (o por quienes asumieron la función policial)³⁰ y esta verificación hierde muy gravemente el narcisismo de los penalistas tanto como de los criminólogos, pero no puede ser ignorado por más tiempo por la criminología, cualquiera sea la magnitud del replanteo epistemológico que ésta requiera para incorporarlo: es el *elefante invisible* de la criminología. Cuando la criminología decida reparar en este elefante desde el *paradigma etilógico*, como los

²⁴ Cfr. Jonathan Simon, op. cit., págs. 28 y sgts.

²⁵ Sobre este colapso y sus consecuencias: Massimo Pavarini, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Bs. As., 2006.

²⁶ Es especialmente claro como demolidor de mitos el artículo de Alessandro Baratta, *Criminologia e dogmatica penale, Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en "La questione criminale", anno V, maggio-agosto 1979, págs. 147 y sgts.

²⁷ Esta omisión es inteligentemente destacada por Wayne Morrison,, *Criminology, Civilisation and the New World Order*, Oxon-New York, 2006.

²⁸ Preferimos usar el término *masacre* en un sentido genérico, para no caer en los preciosismos jurídicos del concepto Internacional de genocidio, tal como lo hace la investigación de Jacques Sémeln, *Purificare de distruggere. Usi politici del massacrì e del genocidi*, Einaudi, 2007.

²⁹ V. la impresionante tabla con números de víctimas de págs. 93-94 de Wayne Morrison, op. cit.; también las cifras de las conquistas neocoloniales en Enzo Traverso, *La violencia nazista, Una genealogia*, Bologna, 2002, pág. 78.

³⁰ Es verdad que muchos fueron practicados por fuerzas armadas, pero no en función bélica, sino asumiendo funciones policiales. Las conquistas coloniales y neocoloniales tampoco fueron guerras, sino

ocupaciones policiales de países. El genocidio armenio fue ejecutado por presos liberados al efecto (Vahakn N. Dadrian, *The History of the Armenian Genocide*, Providence-Oxford, 1995; Yves Ternon, op. cit., p. 182; Viscount J. Bryce, *The treatment of the Armenians in the Ottoman Empire*, Londres, 1916), los *Konzentrationslager* no mataron en función bélica, la impresionante matanza camboiana fue pura represión policial (v. Nic Dunlop, *The Lost Executioner, A Story of the Khmer Rouge*, Londres, 2005), no

cabe ninguna duda acerca de que el genocidio de Leopoldo II en África Central no fue una guerra, sino una ocupación policial esclavizante y expoliadora (cfr. Adam Hochschild, *El fantasma del Rey Leopoldo*, Barcelona, 2002). El traslado de las tácticas colonialistas a América Latina y su aplicación a ocupaciones policiales de los propios territorios por las fuerzas armadas fue la llamada *doctrina de la seguridad nacional* (cfr. Marie-Monique Robin, *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*, Buenos Aires, 2005).

perpetradores de los genocidios son los propios sistemas penales, por paradójal que parezca, *todas sus agudas observaciones críticas a éstos pasarán a ser elementos etiológicos de las matanzas estatales.*

Recuperación de valiosos

elementos etiológicos

Al mismo tiempo, este replanteo permitiría reincorporar valiosos elementos etiológicos un tanto subestimados por la justificada crítica al poder punitivo de las últimas décadas del siglo pasado. Uno de los más importantes es el de *técnicas de neutralización*, pues su uso genocida encuadra perfectamente en la descripción de Sykes-Matza³¹. Las técnicas de neutralización genocidas son discursos y especialmente publicidad, que deberían ser sometidos a crítica ideológica por la criminología, encaminada a detectar en ellos *semillas de masacres.*

Inseguridad existencial,

angustia, violencia difusa,

mundo paranoico, chivo

expiatorio y enemigo

A la masacre se llega mediante un proceso³² que se inicia cuando una sociedad no puede satisfacer las demandas de realización de los proyectos existenciales individuales ni es capaz de canalizar esa frustración hacia una empresa común de superación. La frustración existencial (*inseguridad existencial sobrante*) se traduce en *angustia* y ésta determina una *violencia difusa* contra las más diferentes personas o grupos. Entre la violencia difusa y la angustia se opera un proceso de retroalimentación que en cierto momento hace que la angustia se vuelva insoportable. Ese es el momento propicio para instalar mediante la construcción social de la realidad³³ un *mundo paranoico*, en el que un *chivo expiatorio* grupal pasa a ser la causa de todas las frustraciones y se eleva a la condición de *enemigo* al que se

³¹ Gresham M. Sykes and David Matza, *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*, en "American Sociological Review", 1957, 22, págs. 664-670; reproducido en McLaughlin/Muncie/Hugues, "Criminological Perspectives. Essential Readings", editado por MacLaughlin, Muncie, Hughes, Londres, 2005, págs. 231-238.

³² Formulamos amplias consideraciones a este respecto en *¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?* en "Plenario", Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, abril de 2009.

³³ Creemos que a este respecto es de gran actualidad la relectura de Peter Berger/Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, 1986.

imputan los peores delitos (el enemigo siempre es el peor criminal y con ello demuestra ser *inferior*).

*De la angustia, miedo, venganza paranoica,
el renacimiento de los proyectos
y la masacre*

La angustia no tiene un objeto determinado –quizá la muerte-, pero una vez individualizado el enemigo se convierte en *miedo*, que si es normal responde a un objeto temible real, pero si es patológico obedece a un objeto no temible (ilusión) o a uno imaginario (alucinación)³⁴. El miedo, por su parte, mueve a una *venganza paranoica*, con lo cual renacen los proyectos, pues por disímiles que estos sean, como primer paso común a todos se impone la destrucción del enemigo. En este momento se puede llegar a la masacre.

Masacres larvadas

y por goteo Felizmente no siempre se recorre este camino, porque muchas semillas no germinan (falta nivel de angustia social, el chivo expiatorio no es buen candidato, etc.) y otras no alcanzan el nivel de masacre (son *masacres larvadas*). En muchos casos la instalación del mundo paranoico no tiene por objeto aniquilar a un grupo (en el clásico sentido del *genocidio*) sino producir una serie de muertes continuadas como forma de controlarlo por el terror; estas suelen ser *masacres por goteo*, del tipo de los *escuadrones de la muerte* o las ejecuciones sin proceso en las urbes del mundo periférico. Lo cierto es que *nadie puede predecir con precisión cuándo una semilla puede germinar* y en la mayor parte de las veces ni siquiera las víctimas reconocen el peligro que corren y por ello no se defienden ni se ponen a reparo oportunamente.

³⁴ Cfr. José Luis Patiño, *Psiquiatría Clínica*, México, 1980.

La fuente de inseguridad

actual: crisis del bienestar En este momento la principal fuente de inseguridad existencial y de consiguiente angustia es la quiebra del *welfare State*³⁵, que ha dado lugar a la instalación de mundos paranoicos que en Estado Unidos recaen sobre latinos y afroamericanos, en Europa sobre inmigrantes, en América Latina sobre sectores sociales excluidos del sistema productivo y en África sobre etnias minoritarias, sin contar con la paranoia contra las minorías islámicas y árabes en general³⁶.

La prevención de las

masacres como

tarea de la criminología

El diagnóstico precoz como prevención de las masacres devendría tarea de la criminología, abarcando objetos de estudio cuyo detalle excede en mucho el marco de esta presentación: las agencias ejecutivas, la corrupción en la llamada *criminalidad organizada*, la ingeniería institucional de las agencias judiciales, la publicidad mediática, las técnicas de neutralización, los niveles de angustia social, la educación en valores, los prejuicios discriminatorios más difundidos, la comunicación alternativa, las actitudes desafiantes de los grupos en situación de riesgo, las conductas políticas que responden a una extorsión mediática, las que lo hacen por oportunismo electoralista, las prácticas de políticas *völkisch*, etc.

Reformulación

epistemológica Es obvio que con esto el horizonte de proyección de la criminología adquiriría nuevos contenidos, pero es inevitable que los admita como necesaria revolución epistemológica para estar en condiciones de proporcionar al derecho penal el alerta ante cualquier tentativa de instalación de un mundo paranoico que

³⁵ Cfr. Jonathan Simon, op. cit. pág. 28.

³⁶ Sobre el efecto del terrorismo y anti-terrorismo en relación con las garantías: *Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, An initiative of the International Commission of Jurists*, Ginebra, 2009.

condicione el reclamo de una *venganza* también *paranoica* y el consiguiente riesgo de masacre. De este modo la criminología podría formar parte de un nuevo modelo integrado con el derecho penal y proporcionar a éste la información de hecho acerca del límite de retribución vindicativa *aceptable*.

El poder jurídico es

necesario pero no suficiente Cabe advertir que la tarea preventiva de masacres y la general resistencia a la instalación del mundo paranoico no es tarea que puede agotar el poder jurídico, porque se trata de una empresa cultural y política, por lo que tampoco todos sus aspectos deben ser objeto de la criminología, so pena de extender su horizonte de proyección de modo inabarcable. No obstante, el ejercicio del poder jurídico de contención si bien no es suficiente, siempre es indispensable para la neutralización de las pulsiones del estado de policía, por lo cual ni debe ser subestimado ni la necesidad de un marco más amplio de resistencia puede servir de excusa para esquivar la responsabilidad del penalista.

En esta civilización debemos

soportar una venganza razonable En síntesis: la venganza está íntimamente vinculada a la idea lineal del tiempo, propia de la civilización industrial y, por tanto, su superación sólo puede producirse mediante un verdadero *cambio civilizatorio* que, obviamente, no depende del poder cuyo ejercicio los penalistas podemos proyectar. En tanto no se opere este cambio, será necesario soportar una *venganza razonable*, o sea, proporcional a los conflictos realmente existentes en una sociedad y limitada al mínimo posible, optimizando el poder de contención de las agencias jurídicas, pero con clara consciencia de que éste será siempre insuficiente sin los aportes de otros mecanismos culturales y políticos.

El derecho penal y la criminología

desintegrados e integrados

Después de las experiencias genocidas del siglo pasado, un derecho penal que, pese a no serle posible ignorar el riesgo de la reiteración de masacres, pretenda aislarse en un *mundo normativo*, no sería otra cosa que una versión actualizada de la *schifosa scienza* de que hablaba Carrara³⁷; una criminología que omita la consideración del genocidio como la principal *cuestión criminal*, sería una ciencia esquizofrénica. Por el contrario: un *derecho penal* que reafirme su legitimidad en la contención de la venganza y una *criminología* que a tiempo encienda la luz amarilla del riesgo de desborde, se integrarían necesariamente en la empresa cultural de contención de las agencias ejecutivas del sistema penal y en la tarea jurídica de conservación y fortalecimiento del estado de derecho.

Las dificultades El poder punitivo del mundo paranoico acaba en la venganza paranoica y ésta en la masacre. Su contención por el derecho penal convenientemente integrado con la criminología, refuerza el poder jurídico del estado de derecho y en la realidad social se traduce en la prevención de las masacres y los genocidios. La senda a recorrer por un nuevo modelo integrado sobre estas bases no estará exenta de obstáculos que el limitado espacio de esta *Lectio* impide analizar, pero es menester advertir que el camino no será fácil ni recto, *como nunca lo fue la contención del poder punitivo*. No se trata de un programa bucólico, sino de un *proyecto de lucha* contra las pulsiones del estado de policía, que no son más que las pulsiones tanáticas que operan en la sociedad.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Udine, Italia, 14 de Julio de 2009

³⁷ Francesco Carrara, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo*, en *opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1885, I, págs. 155 y sgts. (pág. 180).