

La cuestión criminal

Eugenio Raúl Zaffaroni



1. La academia, los medios y los muertos

En cualquier lugar de la superficie de este planeta se habla de la cuestión criminal. Es casi lo único que se habla –en competencia con el fútbol, que es arte complejo-, mientras pocos parecen darse cuenta de que molestamos demasiado al planeta y le podemos provocar un estornudo que nos proyecte violentamente a quién sabe dónde (por no usar alguna expresión poco académica). Se habla, se dice, con ese se impersonal del palabrerío. Y lo más curioso es que casi todos creen tener la solución o, por lo menos, emiten opiniones.

Claro que se habla al compás de juicios asertivos en tono sentenciador emitidos por los medios masivos de comunicación, a veces en manos de grandes corporaciones trasnacionales enredadas con otras que le disputan el poder a los estados bastante impotentes del mundo globalizado.

Es indispensable escuchar lo que se habla para no quedar hablando sólo, como suele pasar en el mundo académico. Y en Ecuador y en los otros países por los que a veces me desplazo se habla de la cuestión criminal como de un problema local. Las soluciones pasan por condenar a uno u otro personaje o institución, pero siempre hablando de un problema local, nacional, provincial, a veces casi municipal.

Pocos se dan cuenta de que se trata de una cuestión mundial, en la que se está jugando el meollo más profundo de la forma futura de convivencia e incluso quizá del destino mismo de la humanidad en los próximos años, que puede no estar exento de errores fatales e irreversibles.

Si nos quedamos en el plano del análisis local perdemos lo más pro-

fundo de la cuestión, porque miramos las piezas sin comprender las jugadas del tablero de un ajedrez macabro, en el que en definitiva se juega el destino de todos.

Cuando se abrió la posibilidad de escribir estas entregas, confieso que me sentí seriamente desafiado. En todo el mundo académico, los dedicados al tema observan y critican el fenómeno de centralización de la cuestión criminal, incluso con muy buen diagnóstico. Ningún concepto de los que exponga en estas entregas ha sido creado en el plano científico por mi exclusiva creatividad ni mucho menos.

Pero todo se queda en el mundo académico, pareciera que no tenemos la capacidad de comunicarlo o –más bien– que la comunicación es contaminante, que la pureza científica debe mantenerse al margen de la comunicación, que perdemos nivel académico cuando pretendemos explicar algo a eso que hoy llaman la gente, sin percatarnos de que la gente somos nosotros cuando nos duele el hígado o cuando vamos a comprar empanadas.

Por supuesto que el pensamiento académico, universitario, es importante, pero creo que llegó la hora de comunicarlo. Las borlas doctorales, las togas y las puñetas (aclaro que se llama de ese modo a las puntillas de las mangas togadas de los catedráticos), sirven de poco cuando se habla de lo que todos saben según lo que les dicen las grandes corporaciones mediáticas del mundo, incluyendo a muchos políticos, oportunistas algunos, conscientes propulsores de un nuevo totalitarismo otros, amedrentados y temblando ante las corporaciones mediáticas los más.

No estamos ante fenómenos sólo locales, nacionales, provinciales ni

municipales, sino ante problemas que podemos resolver sólo en parte en esos niveles, pero que integran un entramado mundial. Insisto: si no comprendemos ese entramado siempre moveremos mal las piezas, perderemos partida tras partida y debemos hacer el mayor esfuerzo por impedirlo, porque en el fondo se juega una encrucijada civilizatoria, una opción de supervivencia, de tolerancia, de coexistencia humana.

Vivimos un momento de poder planetario que es la globalización, que sucede al colonialismo y al neocolonialismo. Cada momento en este continuo del curso del poder planetario fue marcado por una revolución: la mercantil del siglo XIV, la industrial del XVIII y ahora la tecnológica del XX que se proyecta hacia el actual. Esta última revolución –la tecnológica– es fundamentalmente comunicacional. Si no lo comprendemos y nos quedamos en nuestros ghettos académicos, muy pobre será el servicio que hagamos.

Hay un mundo que el común de las personas no conoce, que se desarrolla en las universidades, en los institutos de investigación, en las asociaciones internacionales regionales y mundiales, en los foros y en los posgrados, con una literatura inmensa, que alcanza proporciones siderales, de tal dimensión que nadie puede manejar individualmente. Es el mundo de los criminólogos y los penalistas. Las corporaciones los ignoran y cuando les ceden algún espacio, los técnicos se expresan en su propio dialecto, incomprensible para el resto de los humanos.

El desafío consiste en abrir esos conocimientos, no para pontificar desde la ciencia con la solución ni para ser los iluminados que enmendándole la plana al viejo Platón

pretendemos un criminólogo rey, sino para mostrar lo que se piensa y lo que hasta ahora se sabe. También para hacer la autocrítica de lo que decimos los propios técnicos que, por cierto, tampoco tenemos una historia y una genealogía del todo prestigiosa, porque muchas veces nuestros colegas han legitimado lo ilegítimo hasta límites increíbles.

Imaginemos lo que sucedería si con el mismo criterio se procediese en otros ámbitos, como por ejemplo, el de la medicina. Si en una mesa de café alguien sostuviese la teoría de los humores, es probable que los contertulios lo mirasen con sorna. Pero como la libertad es libre, por supuesto que cualquiera puede seguir sosteniendo la teoría de los humores en la mesa de café; nadie discute ese derecho a expresarse.

Pero lo grave sería que la teoría de los humores fuese divulgada como discurso único por los medios de comunicación, que se desprestigiase o ningunease a quien dijese algo diferente, que los investigadores médicos y biólogos se quedasen aislados con sus discursos en sus institutos, que la autoridad sanitaria y los políticos que hacen las leyes creyesen en la opinión del café y no en lo que le podrían decir los médicos, o peor aún, que los propios médicos hiciesen callar a quienes negasen la teoría de los humores porque les generan un peligro político. Es obvio que el índice de mortalidad subiría en forma alarmante.

Pues bien: lo mismo sucede con la cuestión criminal: aumentan los muertos en el mundo. Se sostienen peregrinas opiniones más o menos parecidas a la teoría de los humores en la medicina; los políticos y las propias autoridades difunden o aceptan esas incoherencias y, la-

mentablemente, también aumentan los índices de mortalidad.

Yo no estaba en 1811 en Argentina cuando se suprimieron las togas en lo judicial –ni siquiera en la Reforma Universitaria de Córdoba de 1918–, porque no soy ningún fenómeno de la biología, pero sé que no usamos togas en los juzgados ni en los claustros universitarios desde mucho antes de que me pusieran el primer pañal. Sin embargo, nos siguen pesando las togas y eso no es admisible en la hora de la comunicación. Si el campo de batalla es comunicacional, la lucha también debemos darla en ese terreno. Este es el gran desafío. Por eso debemos arremangarnos las togas y salir al campo en que nos desafían.

El común de la ciudadanía debe saber que hay un mundo académico que habla de esto, de la cuestión criminal, que si bien no tiene ningún monopolio de la verdad, ha pensado y discutido unas cuantas cosas, que se ha equivocado muchísimas veces y muy feo, pero también ha aprendido de esos errores.

Los médicos también se equivocaron muchísimas veces, desde los tiempos en que para curar las heridas pasaban ungüentos sobre el arma ofensiva hasta los más cercanos, en que para curar a los enfermos mentales les agujereaban la cabeza, pero no por eso nos ponemos en manos de los curanderos cuando se nos inflama el apéndice.

Es verdad que hay diferencias entre la medicina y la ciencia penal y criminológica, y consiste en que en esta última se trata siempre del poder, lo que no es ajeno a la medicina, pero por lo menos en ésta la relación no es tan lineal. También es cierto que incluso el concepto de ciencia depende del

poder que decide qué tiene ese estatus. Por eso, cuando se habla de ciencia penal o de ciencia criminológica, puede ponerse en duda lo de ciencia, pero también se dice que la medicina no es una ciencia, sino un arte.

Como el mundo académico también se equivoca, tampoco es seguro que lo que en él se habla sea la realidad. La cuestión de la realidad, en este como en tantos otros ámbitos, es algo muy problemático, en particular cuando vivimos una era mediática, en que todo se construye.

No me voy a meter en una cuestión que se discute desde los albores de la filosofía, pero lo cierto es que en esta época el problema de la realidad se ha disparado hasta un límite tal que no faltó quien sostuviese que todo es construido, que no hay de dónde aferrarse.

Pero Baudrillard escribía en Francia, no sé si tomaba algún aperitivo dulzón en una acera de París, y lo hacía antes de Sarkozy y cuando nadie pensaba en la hija de Le Pen a la cabeza de las encuestas. Nosotros estamos aquí, en el fondo del mapa o a la cabeza, depende de dónde se lo mire (el norte arriba es una mera convención; los neozelandeses alguna vez hicieron un mapa con el sur arriba), pero por suerte lejos de latitudes hoy más peligrosas, aunque con todos los inconvenientes del subdesarrollo.

Nos hallamos, por un lado, con la publicidad mediática de las corporaciones mundiales y su discurso único de represión indiscriminada hacia los sectores más pobres o excluidos; por otro, con el discurso de los académicos, aislados en sus ghettos y hablando en dialecto.

Si junto con el aperitivo nos engullimos las papitas fritas y los maníes y pensamos que nada hay

que pueda darnos un asidero de realidad, estamos perdidos. Y no pretendo ser localista y afirmar que cuando digo nosotros me refiero ahora sólo a los latinoamericanos, sino que en pocos años se ha hecho más que evidente que si no hay un mínimo asidero real en estas cuestiones, también los franceses estarían perdidos con Sarkozy y la niña Le Pen, para no hablar de los norteamericanos y su Tea party (cuando era chico recuerdo que el party era algo mucho más divertido).

Perón decía en Argentina que la única verdad es la realidad, pero las papitas fritas y los maníes de Baudrillard nos dicen poco menos que la realidad no existe. ¿Será cierto esto en la cuestión criminal? No, por lo menos aquí –y no me meto con otras cosas que son de los filósofos– esto no es cierto. Si le hubiese preguntado cuál es la realidad de la cuestión criminal a mi abuela Rosa me hubiese respondido con toda sabiduría que la única realidad en esto son los muertos.

Y es así, sin duda: la única verdad es la realidad, y la única realidad en la cuestión criminal son los muertos.

No cualquier muerto, claro, porque según la estadística demuestra que hay casi un muerto por persona. Como algunos todavía no estamos muertos hay una pequeña diferencia, lo que llevó al inmortal poeta portugués Fernando Pessoa a afirmar que el hombre es un cadáver postergado. Por cierto, no recomiendo su lectura en casos de bipolaridad (me parece que antes se llamaban alteraciones del círculo tímico, maníaco-depresivos o melancólicos, ahora es más com-

plicado, pero tampoco me meto en cuestiones diagnósticas).

En efecto: es cierto que todos los vivos –los que vivimos, quiero decir– somos postergados, pero hay algunos a los que no se posterga lo suficiente, porque los matan. Estos quedan mudos, porque suele afirmarse rotundamente que los muertos no hablan, lo que es verdad en sentido físico, pero sin embargo los cadáveres dicen muchas cosas que esta afirmación rotunda oculta.

Veamos: a veces llega a decirnos hasta quién lo mató (por los signos que el autor deja en el cadáver), pero siempre el cadáver nos dice que está muerto. Esta es la más obvia palabra de los muertos: decirnos que están muertos. Por eso, cuando se afirma que no hay asidero ninguno para la realidad en la cuestión criminal, lo que en verdad hacemos es enmudecer a los muertos, ignorar que nos dicen que están muertos.

En mi complicada vida, cuando muy joven, inspeccionaba hospitales municipales y conocí a algunas personas que hablaban con los muertos en las morgues; por cierto que tenían algunos patitos desordenados. Aunque no presumo de mi salud mental, no me dedico a eso ahora, sino a algo bien diferente: se trata de preguntarse qué cadáveres adelantados hay en las morgues, en fosas comunes, en el mar o quién sabe dónde.

Por eso, lo que les voy a ir explicando tiene tres etapas fundamentales: lo que nos fue diciendo a lo largo de la historia y lo que nos dice ahora la academia (las palabras de los académicos), lo que nos dicen los medios masivos de comunicación (las palabras de los medios) y lo que nos



dicen los muertos (la palabra de los muertos). Después veremos si podemos llegar a alguna conclusión que, por mi parte, la adelanto: el conjunto nos indica ante todo prudencia, cautela en el uso del poder represivo, mucha cautela.

Este es el programa de esta exposición en su mayor síntesis: saber lo que nos dicen los académicos, los medios y los muertos. Como me puedo arremangar la toga pero no quitármela, porque cada uno tiene su deformación profesional difícilmente controlable pero nunca del todo cancelable, comenzaré por las palabras de la academia.

Pero para entrar al tema debo explicar algunas cuestiones previas sin las cuales no se comprende casi nada de los dialectos académicos, porque tampoco hay un único dialecto en la cuestión criminal. No sólo hay varios dialectos académicos, sino que no suelen entenderse entre ellos y, además, no es raro que se de testen recíprocamente, aunque a veces no lo hagan en voz alta. De toda forma las imputaciones recíprocas son las comidillas de los congresos y seminarios, los matizan y les dan sabor.

Más aún: cuando uno pasa de un grupo al otro y logra dominar el otro dialecto, lo consideran un traidor o un perdido, que ha dejado de ser científico.

A veces la agresividad alcanza niveles cómicos, pero que pueden volverse dramáticos, como cuando en la Argentina de los años setenta –del pasado siglo –por suerte–, según la posición del dolo en la teoría del delito se pretendía descubrir subversivos. ¿Ustedes saben qué es la posición del dolo en el delito? Pueden quedarse tranquilos, vivir

los años de Matusalén sin saberlo y sin que su existencia se altere en lo más mínimo, pero lo cierto es que hace cuatro décadas la cosa podía terminar muy mal.

Lejos de constituir esto una crítica negativa, es la pura descripción de la realidad del mundo académico por dentro y, por mi parte, creo que es un dato positivo –pese a sus inconvenientes– porque demuestra lo vivo que es el debate, la pasión que se pone, la intensidad de las discusiones.

Tampoco se trata de una característica contemporánea ni mucho menos, sino que siempre ha sido de este modo. Nos lo confirma la historia, la tradición oral en los cuentos divertidos de los más viejos y lo que hemos vivido directamente. Quien participa de ese mundo no se aburre y puedo asegurarles que permite conocer a personalidades notables, gente con una capacidad de trabajo y una sensibilidad e inteligencia que si se dedicasen a algo con mayor rating hubiesen sobresalido en cualquier ámbito.

Pero no se alarmen, mi propósito es traducir estos dialectos a un lenguaje comprensible para los mortales. Espero tener éxito y que no me suceda lo que a algunos traductores, que terminan escribiendo castellano con la estructura de la lengua original.

Debo confesar que me siento mucho más seguro por tener al caricaturista Rep a mi lado. Dentro de poco les explicaré la función del arte en la creación de estereotipos, y creo que es necesario combatir en el mismo campo para destejer esa construcción. Por otra parte, estoy seguro que lo que los dibujos de Rep perdurarán mucho más que lo que yo diga.

2. ¿Quién sabe de esto?

Pero volviendo al programa de las tres palabras (de la academia, de los medios y de los muertos), si queremos empezar por las de la academia, lo primero que debemos saber es a quién preguntar. ¿Quién se ocupa académicamente de la cuestión criminal? El primer movimiento será mirar hacia las facultades de derecho. Allí están y de allí salen los penalistas. Saben derecho penal. Sin duda que es algo que tiene que ver con la cuestión criminal. ¿Pero hasta dónde?

La idea de que el penalista es el más autorizado para proporcionar los conocimientos científicos acerca de la cuestión criminal es una opinión popular, pero no científica. Ni de lejos basta con saber derecho penal para poder opinar con fundamento científico acerca de la cuestión criminal, aunque sabiéndolo bien puede hacerse mucho para resolver numerosos aspectos fundamentales en la práctica, pero eso es otra cosa.

Es necesario distinguir dos ámbitos del conocimiento que son muy diferentes, aunque suelen confundirse: el del penalista y el del criminólogo, o sea, el derecho penal por un lado y la criminología por el otro.

Aclaro desde ahora que no se llevan nada bien, pero no pueden separarse, y aunque declaren estar divorciados son como esas parejas que se excitan peleando y terminan como todos sabemos. En las parejas es patológico, claro, pero en lo que hace al derecho penal y la criminología tal vez un poco menos.

¿Qué hacen los penalistas? Ante todo son juristas, abogados. El derecho se divide en ramas: civil, comercial, laboral,

administrativo, constitucional, etc., y cada día se especializa más y más. Hoy no hay nadie que maneje todo el derecho en profundidad, como no hay ningún médico que domine todas las especialidades. El derecho penal es una de esas ramas, que se ocupa de trabajar la legislación penal, para proyectar lo que llamamos doctrina jurídico-penal, es decir, para proyectar la forma en que los jueces deben resolver los casos de manera ordenada, no contradictoria.

Dicho de manera más sintética diría que la ciencia del derecho penal que se enseña en las cátedras universitarias de todo el

La fuente principal de la ciencia jurídico-penal de hoy, es decir, de la dogmática jurídica aplicada a la ley penal, es la doctrina de los penalistas alemanes. Los ingleses tienen su propia construcción

mundo se ocupa de interpretar las leyes penales de modo armónico para facilitar la tarea de los jueces, fiscales y defensores. Su trabajo es básicamente de interpretación de textos con un método bastante complejo, que se llama dogmática jurídica, porque cada elemento en que descomponen la ley debe ser respetado como un dogma, dado que de lo contrario no interpretarían sino que crearían o modificarían la ley.

La tarea del penalista es fundamental para que los jueces no resuelvan arbitrariamente lo que les plazca, sino conforme a un

orden más o menos racional, o sea, republicano y algo previsible. No voy a discutir ahora si la dogmática jurídica del penalista consigue o no estos objetivos. Tampoco viene al caso ni les interesan mucho a ustedes los detalles de estas construcciones.

La fuente principal de la ciencia jurídico-penal de hoy, es decir, de la dogmática jurídica aplicada a la ley penal, es la doctrina de los penalistas alemanes. Los ingleses tienen su propia construcción, que influye poco en la nuestra. Los franceses han hecho muy poca dogmática jurídica, están muy cerca de la vieja interpretación literal de la ley (lo que se llamaba exégesis). Los italianos están bastante próximos a los alemanes, aunque con una tradición penal muy sólida y antigua. Los suizos y austríacos siguen directamente las escuelas alemanas. Los españoles lo hacen a pie juntillas, casi más que nosotros. En toda América Latina se siguen cercanamente las escuelas alemanas desde hace muchos años. El penalismo norteamericano es más o menos comprensible en la medida en que sigue el modelo inglés, pero cuando se aparta de éste es bastante antojadizo.

Conforme a los principios de la ciencia jurídica alemana, los penalistas construyen un concepto jurídico del delito que se llama teoría general del delito. Las discusiones sobre esta teoría son poco menos que interminables, pero en general se trata de un orden prioritario conceptual para establecer frente a una conducta si es o no delictiva en miras a una sentencia.

Para eso se dice que el delito es una conducta típica, antijurídica

y culpable. O sea, ante todo debe ser una acción humana, es decir, dotada de voluntad. En segundo lugar, debe estar prohibida por la ley, o sea, que cada tipo es la descripción que la ley hace de un delito: matar a otro, apoderarse de una cosa mueble ajena, etc. En tercer lugar, no debe estar permitida, como sucede en caso de legítima defensa o de estado de necesidad. Por último, debe ser culpable, o sea, reprochable al autor: no lo es cuando éste no sabía lo que hacía, estaba loco (inimputable), etc.

Esta es la estructura básica sobre la que se discute, respetando ciertos principios constitucionales como la legalidad, por ejemplo, que impide que se imponga pena por algo que no está estrictamente descrito en una ley anterior al hecho, o como la lesividad, que requiere que en todo delito haya un bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Como puede verse, el delito de los penalistas es una abstracción que se construye con un objetivo bien determinado, que es llegar a una sentencia racional o por lo menos razonable. Pero en la realidad social este delito no existe, porque en el plano de lo real existen violaciones, homicidios, estafas, robos, etc., pero nunca el delito.

En otros tiempos los penalistas también proyectaban los códigos y las leyes penales, porque se les daba muchísima importancia y con razón se consideraba que eran un apéndice de la Constitución, dado que marcaban límites a la libertad.

Lógicamente, se preguntarán qué es lo que saben estos señores acerca de la realidad del delito, de lo que pasa en el mundo en que todos vivimos, de lo que

hacen los delincuentes, los policías, los jueces, las víctimas, los empresarios mediáticos, los periodistas, etc. Sencillamente, lo mismo que cualquier vecino que lee los diarios y mira televisión, porque el penalista se ocupa de la ley, no de la realidad.

Esto, que puede llamar la atención de quien no se haya asomado antes a este mundo, es sabido e incluso teorizado. Desde chiquito, cuando uno entra a la carrera de derecho, le explican que allí se estudian relaciones de normas, de deber ser y no de ser.

Incluso hay toda una corriente que pretende un corte radical

El delito de los penalistas es una abstracción que se construye con un objetivo determinado, que es llegar a una sentencia racional o por lo menos razonable. Pero en la realidad social este delito no existe

entre los estudios del deber ser y del ser. Son los neokantianos, que dividen los conocimientos entre ciencias de la naturaleza y de la cultura. El derecho sería una ciencia de la cultura y lo que pasa en el mundo en que vivimos todos los días sería materia de las ciencias de la naturaleza. ¿Les parece un poco esquizofrénico? Algo hay, es cierto.

La división fue tan tajante que permitió que la gran mayoría de los penalistas de tiempos del nazismo pasasen tranquilamente desde el Imperio Alemán hasta la posguerra por sobre Weimar, los crímenes del ascenso del nazis-

mo, las masacres, el genocidio, la guerra, sin enterarse de los millones de cadáveres. Todo eso pertenecía a las ciencias de la naturaleza que a ellos no les incumbía.

Para que se tranquilicen les diré que hoy no todo el derecho penal sigue este camino, aunque no falten nostálgicos que lo intentan atrincherarse en las normas. De cualquier manera, eso es cuestión del derecho penal, o sea, de lo que no nos ocuparemos aquí en cuanto tal, sino precisamente de lo que pertenece al mundo del ser, en el que vivimos todos los días.

De esto se ocupa la criminología precisamente, donde convergen muchos datos que provienen de diferentes fuentes: sociología, economía, antropología, disciplinas psi, historia, etc., que tratan de respondernos qué es y qué pasa con el poder punitivo, con la violencia productora de cadáveres, etc.

Por supuesto que esta palabra de la academia también estuvo plagada de palabrotas (o por lo menos éstas son las que tenemos ganas de decirle a veces), y pasó por diferentes etapas. Primero se preguntó por las causas del delito, lo que se llamó criminología etiológica, y trataron de responderle desde los demonólogos, los juristas y filósofos, los médicos, los psicólogos y los sociólogos. Mucho más recientemente se dio cuenta de que el poder punitivo también era causa del delito, y pasó a analizarlo y a cuestionarlo, con diferente intensidad crítica.

Estas son las etapas que pasaremos a recorrer después de un pantallazo general sobre el poder punitivo y su función real en el marco del poder planetario.

La cuestión criminal

2

Eugenio Raúl Zaffaroni



PRÓXIMO MIÉRCOLES