

La ciencia criminológica frente al fenómeno de la “inseguridad”; una crítica hacia los discursos autoritarios desde la perspectiva del garantismo penal

Por Ignacio Mahiques

Sumario

I.- Introducción; **II.-** El conocimiento científico y las relaciones de poder: el saber como proveedor de legitimidad de cualquier política; **III.-** La discursiva autoritaria en el Estado de derecho; **IV.-** La lógica autoritaria como respuesta frente a la “inseguridad”; **V.-** La ciencia penal al servicio del ideal garantista; **a)** La finalidad política del derecho penal según el modelo garantista; **b)** La cuestión de la “inseguridad” desde una perspectiva garantista; **1.-** *El funcionamiento real del sistema penal: la selectividad según la vulnerabilidad y “vía libre” a la macro-criminalidad;* **2.-** *El “populismo penal”: la ineficacia de las campañas de “mano dura” y “tolerancia cero”;* **3.-** *La búsqueda de propuestas para una sociedad inclusiva y con menores niveles de violencia institucional;* **VI.-** Reflexiones finales

I.- Introducción

Las sociedades latinoamericanas atraviesan desde hace años y en forma recurrente períodos de emergencia y crisis por efecto del problema de la “inseguridad”. El ciudadano común suele estar en esos momentos atemorizado por el riesgo de ser víctima de la “delincuencia” asociada a la violencia urbana y al delito contra la propiedad, es decir, tiene miedo de que su integridad física y sus bienes sean afectados por la conducta de aquellas personas que desde los medios de comunicación son proyectadas e identificadas como “peligrosas”.

Más allá de que la cobertura mediática de ciertos casos ciertamente dramáticos aumenta y profundiza la sensibilidad social frente a este problema, las

estadísticas demuestran que efectivamente el sistema penal recibe a diario hechos de violencia, en mayor medida robos y otros delitos contra la propiedad, protagonizados por personas que se ubican en las bases de la estructura social.

En tanto es un tema que genera preocupación en la sociedad, actores políticos y mediáticos alzan sus voces para reclamar respuestas duras y contundentes frente al problema; se exige, en forma casi excluyente, la utilización exacerbada de la herramienta punitiva sobre los sujetos que son vistos como “peligrosos” a la luz del estereotipo construido desde esos sectores y como consecuencia del funcionamiento selectivo y discriminatorio del sistema penal.

Lo que aquí se analizará, en forma crítica, es la legitimación y justificación discursiva que reciben esas posturas desde el ámbito académico, a través de desarrollos teóricos, con pretensión de objetividad científica, en los que se pone en el centro de la problemática a los sujetos “peligrosos”, quienes, desde tal punto de vista, constituyen el verdadero problema y obstáculo para una convivencia pacífica y armoniosa.

En una primera parte el tratamiento estará dado a partir del cuestionamiento de la idea de objetividad y neutralidad de los discursos científicos, para poner de relieve, desde una perspectiva histórico-criminológica, la intencionalidad política que se esconde detrás de cada uno de ellos, la relación que los une con las agencias que ocupan espacios de poder en el contexto de las sociedades modernas y los peligros que pueden generar cuando devienen funcionales a modelos autoritarios de Estado.

Luego, desde una mirada que toma en cuenta la relación del poder con el conocimiento y la ausencia de neutralidad del científico, el abordaje se centrará en punto a ciertos discursos existentes en los ámbitos académicos, en el contexto de tensión entre Estado de derecho y Estado de policía, que promueven y legitiman políticas punitivas susceptibles de avanzar sobre los espacios de libertad

garantizados en el marco del esquema constitucional de derecho, con la declarada finalidad de dar respuesta a los temas de inseguridad instalados en la agenda pública.

El análisis de estas cuestiones será realizado desde la perspectiva que asigna a la ciencia penal la finalidad política de defender el absoluto respeto de los derechos humanos e impone a los juristas comprometidos con este modelo el deber de advertir y denunciar cualquier tipo de discurso que pueda justificar o legitimar el avance del poder punitivo sobre el sistema de derechos y garantías individuales.

II.- El conocimiento científico y las relaciones de poder: el saber como proveedor de legitimidad de cualquier política

La idea generalizada en el pensamiento racionalista desde sus comienzos ubicaba a la ciencia en un lugar de neutralidad, preservada de las ideologías y abstraída de cuestiones políticas vinculadas al ejercicio del poder.

En este sentido, suponían los autores de la época que “desde que se toca al poder se cesa de saber: el poder vuelve loco, los que gobiernan son ciegos. Y sólo aquellos que están alejados del poder, que no están en absoluto ligados a la tiranía, que están encerrados con su estufa en su habitación, con sus meditaciones, pueden descubrir la verdad”¹. Así, según esta visión antinómica acerca de la relación entre el poder y el saber, se deduce que si se posee el saber es preciso renunciar al poder, y donde están el saber y la ciencia en su pura verdad jamás puede haber poder político.

Estas nociones de neutralidad y abstracción de los discursos científicos fueron puestas seriamente en crisis con la obra del filósofo alemán

¹ Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992, pág. 99.

Friedrich Nietzsche, y en particular a partir del análisis que al respecto llevó a cabo tiempo más adelante uno de los grandes pensadores del siglo XX, Michel Foucault.

En este giro de la epistemología se demuestra que por detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder; es decir que el poder político no está ausente del saber, sino que, por el contrario, está tramado con éste.

De esta manera, se abandona la identificación del conocimiento con la adecuación, la beatitud, la unidad. Nietzsche coloca en el núcleo, en la raíz del conocimiento, algo así como el odio, la lucha, la relación de poder².

Advierte Nietzsche que el filósofo es aquél que más fácilmente se engaña sobre la naturaleza del conocimiento al pensarlo siempre en forma de adecuación, amor, unidad, pacificación. Y en esa línea expresa Foucault, en *La verdad y las formas jurídicas*, que “si quisiésemos saber qué cosa es el conocimiento no hemos de aproximarnos a él desde la forma de vida, de existencia de ascetismo característica del filósofo. Para saber qué es, para conocerlo realmente, para aprehenderlo en su raíz, en su fabricación, debemos aproximarnos a él no como filósofos sino como políticos, debemos comprender cuáles son las relaciones de lucha y de poder. Solamente en esas relaciones de lucha y poder, en la manera como las cosas entre sí se oponen, en la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros, comprendemos en qué consiste el conocimiento”³.

Desde este nuevo enfoque, el conocimiento pasa a tener un carácter perspectivo, es decir que es siempre una perspectiva. La consecuencia de ello es que “sólo hay conocimiento bajo la forma de ciertos actos que son diferentes entre sí y múltiples en su esencia, actos por los cuales el ser humano se apodera

² Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, octava reimpresión 2001 (1973), Barcelona: Gedisa editorial (trad. E. Lynch), pág. 28.

³ Foucault, *op. cit.*, pág. 28.

violentamente de ciertas cosas, reacciona a ciertas situaciones, les impone relaciones de fuerza. O sea, el conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado. Es precisamente esa relación estratégica la que definirá el efecto del conocimiento y, por esta razón, sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo. Se puede hablar del carácter perspectivo del conocimiento porque hay batalla y porque el conocimiento es el efecto de esa batalla”⁴.

Estas ideas también las desarrolla Foucault en *Microfísica del poder*, al referirse a “la perpetua articulación del poder sobre el saber y del saber sobre el poder (...) ejercer el poder crea objetos de saber, los hace emerger, acumula informaciones, las utiliza (...) el ejercicio de poder crea perpetuamente saber e inversamente el saber conlleva efectos de poder”⁵.

En el ámbito latinoamericano se destaca el pensamiento de Oscar Varsavsky, quien en los años sesenta publicó el libro “*Ciencia, política y cientificismo*”, en el que desarrolla una postura verdaderamente crítica en relación a la visión tradicional de la ciencia. Allí reconoce que “el prestigio de la ciencia es tan aplastante, que parece herejía tratar de analizarla en su conjunto con espíritu crítico, dudar de su *carácter universal*, absoluto y objetivo, pretender juzgar a las tendencias actuales, sus criterios de valoración... Los medios de difusión de nuestra sociedad ensalzan estas virtudes de la ciencia a su manera, destacando su infalibilidad, su universalidad, presentando a las ciencias físicas como arquetipo y a los investigadores siempre separados del mundo por las paredes de sus laboratorios... Su historia se nos presenta como un desarrollo unilineal, sin alternativas deseables ni posibles, con etapas que se dieron en un orden natural y espontáneo y desembocaron forzosamente en la ciencia actual, heredera

⁴ Foucault, *op. cit.*, pág. 29/30.

⁵ Foucault, *Microfísica...*, pág. 99.

indiscutible de todo lo hecho, cuya evolución futura es impredecible pero seguramente grandiosa, con tal que nadie interfiera con su motor fundamental: la libertad de investigación”⁶.

Sin embargo, observa Varsavsky, “entre sus éxitos no figura la supresión de la injusticia, la irracionalidad y demás lacras del sistema social... Esta observación autoriza a cualquiera a intentar la crítica global de nuestra ciencia. Algo debe andar mal en ella. La clásica respuesta es que esos no son problemas científicos: la ciencia da instrumentos neutros, y son la fuerzas políticas quienes deben usarlos justicieramente. Si no lo hacen, no es culpa de la ciencia. Esta respuesta es falsa: la ciencia actual no crea toda clase de instrumentos, sino sólo aquellos que el sistema le estimula a crear. Para *bienestar individual* de algunos o muchos, heladeras y corazones artificiales, y para asegurar el *orden*, o sea la permanencia del sistema, propaganda, la readaptación del individuo alienado o del grupo disconforme. No se ha ocupado tanto, en cambio, de crear instrumentos para eliminar esos problemas de fondo del sistema: métodos de educación, de participación, de distribución, que sean tan eficientes, prácticos y atrayentes como un automóvil”⁷.

Sobre la base de estos esfuerzos teóricos se debe abandonar la pretendida posición de neutralidad del científico y la supuesta apoliticidad de los discursos de la academia, para así poder comprender que siempre éstos están enlazados con una posición ideológica y un proyecto de poder.

Las ciencias penales y criminológicas, naturalmente, no son excepción a esta regla y por lo tanto sus discursos están cargados de componentes ideológicos y de finalidades políticas, muchas veces ocultas, orientadas a justificar distintos modelos o estructuras de poder.

⁶ Varsavsky, Oscar, *Ciencia, política y científicismo*, C.E.A.L, Bs. As, (v. http://www.fenasinpres.org/documentos/Oscar_Varsavsky_Ciencia.politica.y.cientificismo.pdf).

⁷ Varsavsky..., Op. Cit.

Es que, como sostiene Raúl Zaffaroni, no hay criminología que no sea política: cada criminología académica permite deducir una política o, más precisamente, es expresión o tiene idoneidad como base ideológica de un programa político, de una acción del poder⁸.

En esa línea se inscribe también Gabriel Anitua⁹, quien desde el comienzo de su libro *Historias de los Pensamientos Criminológicos* señala que “en cualquier pensamiento, discurso, disciplina, forma de expresión o de conocimiento, se advierte su relación con formas de poder, pero ello es mucho más evidente en unos discursos tan vinculados a la forma de poder que se expresa en forma cercana a los conflictos y a la violencia. Tanto en el derecho penal como en la criminología es fundamental tener en cuenta el ‘horizonte epistemológico’ de los distintos discursos. Y para hacerlo se debe considerar la relación del discurso con las relaciones de fuerza del momento en que el mismo aparece y durante el que se mantiene vigente. No hace falta recurrir al materialismo más burdo para saber que las condiciones sociales concretas condicionarán el surgimiento y alcance explicativo de las distintas teorías en un momento dado. Pero asimismo es posible advertir que determinadas formas de pensamiento influirán en las políticas que crearán a su vez ‘realidad’, lo que es evidente en el pensamiento criminológico, ya sea en forma claramente buscada o no. La historia, por tanto, nos demuestra la estrecha relación entre saber y poder, así como que ambos se expresan en forma de pensamientos”.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Bs. As., 2011, pág. 11.

⁹ Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2010, pág. 5/6. Allí el autor se apresura a subrayar que “los discursos no son ‘naturales’, no han estado allí desde siempre sino que tienen un origen histórico claramente determinado. En esos momentos, a veces de ruptura — como cuando esos discursos se convierten en dominantes —, se produce el acto de crear realidad o de incorporar aspectos de esa realidad a un ámbito de conocimiento. Estas actividades son actos de poder. Todo acto discursivo (toda forma de conocimiento) es un acto de poder. Y ello es particularmente de esta forma en los ‘pensamientos’ criminológicos”.

Ahora bien, esos pensamientos pueden tener tendencias hacia prácticas o políticas criminológicas respetuosas de los derechos humanos y de las instituciones de los Estados democráticos de derecho, pero también pueden configurar elaboraciones teóricas orientadas a justificar o promover el empleo de la herramienta punitiva incluso hasta niveles máximos e intolerables de irracionalidad.

Explica Zaffaroni que “la expresión política criminológica sirve para designar la pregunta acerca del ejercicio del poder punitivo que cada criminología legítima, racionaliza o promueve, y que —por cierto— muchas veces resulta abiertamente criminal. Así, la política criminológica de la criminología racista, después de pasar por América y África, acabó en Auschwitz. Sin duda, esa política criminológica fue también una política criminal en el peor de los sentidos”. Y en otro pasaje indica dicho autor que “es de la naturaleza de las cosas que el jurista proyecte decisiones políticas, no puede evitarlo, aunque lo niegue, lo disimule o incluso no lo crea. Lo único que puede hacer es elegir entre asumirlo o ignorarlo. En este último caso el problema será del jurista que proyectará política sin importarle lo político y, en consecuencia, podrá incurrir en aberraciones e incluso llegar a promover una política merecedora del adjetivo criminal como resultado de un derecho penal criminal. La expresión refinada de un derecho penal criminal fue el derecho penal del nacionalismo alemán”¹⁰.

De allí entonces que el aporte que se haga desde la ciencia del derecho y desde la criminología en particular va a tener siempre un sentido político; algunos serán útiles para un estado de bienestar y para una sociedad inclusiva, y otros para el modelo de Estado policial y de sociedad excluyente.

En definitiva, las historias de la criminología son las historias de la exclusión, de los genocidios, del racismo, de todas las discriminaciones con las que

¹⁰ Zaffaroni, *op. cit.* pág. 11 y 18.

los seres humanos trataron de jerarquizarse, como también las de todas las respuestas con que se quisieron contener o deslegitimar todos esos crímenes y aberraciones¹¹.

III.- La discursiva autoritaria en el Estado de derecho

La historia reciente muestra que hubo discursos “científicos” que devinieron abiertamente funcionales para asignar validez jurídica a prácticas abiertamente genocidas.

Naturalmente que, a partir de la superación de los regímenes totalitarios y su reemplazo por sistemas democráticos, no tienen lugar en el presente, en el ámbito científico y académico, discursos con los niveles de irracionalidad evidenciados en los autores de esas épocas.

Sin embargo, en la actualidad, como en cualquier otro contexto, permanecen corrientes de pensamiento identificadas con los postulados del Estado policial y, por tanto, funcionales a las corporaciones que se interesan en la defensa y la seguridad de la institución estatal por encima de los derechos individuales de las personas.

Esto significa que el despliegue de prácticas violentas propias de ese sistema cuenta en todo momento con herramientas teóricas para legitimar el avance del poder punitivo sobre los espacios de libertad. Es que, en el fondo, ese tipo de pensamientos nunca desaparece sino que se va modificando y reciclando para adaptarse a los nuevos tiempos en forma renovada; y una vez que los sectores autoritarios del elenco político y económico acceden al poder se nutren de aquellos saberes para asignar legitimidad a sus medidas muchas veces discriminatorias y antidemocráticas.

¹¹ Anitua. *Historias...*, prólogo de Raúl Zaffaroni.

En forma metafórica se menciona que los discursos de la criminología son como árboles que no se secan sino que únicamente van renovando su follaje. Por ello advierte Zaffaroni que nunca “dejaron de hablar los médicos, los sociólogos, los psicólogos, los juristas, los antropólogos, los policías ni los mismos inquisidores. Todos siguen hablando, sólo que el poder académico oficial –en consonancia con el interés político o económico del momento– privilegia y entroniza como preferente a otra corporación”¹².

De allí que los discursos criminológicos que se presentan como novedosas teorías para resolver los conflictos sociales existentes en torno a la cuestión criminal responden a las mismas bases de otros que fueron desarrollados en épocas anteriores y que, en muchos casos, resultaron fuente de legitimación para los terribles excesos del poder punitivo.

IV.- La lógica autoritaria como respuesta frente a la “inseguridad”

La caída del Estado de bienestar y el surgimiento en los años setenta de gobiernos conservadores de derecha en los centros concentrados del poder mundial, sobre todo en Estados Unidos e Inglaterra, hicieron renacer pensamientos reaccionarios sobre la cuestión criminal coincidentes en exigir una respuesta represiva dura del Estado para combatir la delincuencia callejera.

¹² Zaffaroni, *La palabra...*, pág. 60/1. Allí, indica: “Las corporaciones pierden hegemonía, dejan de recibir el favor oficial privilegiante como autoras de discursos criminológicos, extienden sus luchas por otros campos, pero no abandonan lo ya amojonado del ámbito criminal, mantienen algunos de sus cultores que renuevan constantemente su saber y siguen ofreciéndolo al poder político, ahora más renuente a prestar oídos a los de esa corporación, pero que en ocasiones puede echar mano de ellos”. En la misma línea, expresa Anitua en la introducción de su obra que “muchos de los discursos criminológicos son contemporáneos en el tiempo presente. Además, incluso aquellos que surgen en momentos anteriores no son eliminados por los que aparecen en un momento histórico posterior sino que permanecen en forma manifiesta o latente. Los discursos de esta *Historia de los pensamientos criminológicos* persisten en la actualidad, aunque algunos de ellos han cambiado sus formas de expresión –en parte, sí, por las críticas recibidas por los otros discursos– sin cambiar el fondo que los sustentaba”. Anitua, *Historias...*, pág. 2.

Dentro de las producciones de lo que Anitua denomina “criminología de la intolerancia” se destacaba la obra de Ernest van den Haag, *El castigo de los Criminales*, donde abiertamente teorizaba en favor de la pena de muerte, las sentencias largas, la “incapacidad post-castigo”, el destierro, el exilio, los arrestos domiciliarios y por algunas otras armas menos imaginativas en la “guerra contra el crimen”¹³.

En esa línea, las revistas profesionales de Criminología rutinariamente recomendaban la intensificación de la represión. Por ejemplo, Federal Probation editó un alegato de Wilk y Martison, donde solicitaba la vigilancia, supervisada por el Estado, de los “criminales” de la comunidad; un artículo aparecido en *Crime and Delinquency* sostenía que la pena de muerte puede constituir un eficaz efecto disuasivo, sólo si se llevan a cabo unas 3.000 ejecuciones al año; el sociólogo Jakson Toby proponía desde una columna en el *New York Times* que los “incorregibles” debían ser sujetos a “internación, privados de su libertad por un largo período de tiempo, sin fijar de antemano su duración”¹⁴.

Otro aporte a este “realismo duro de derecha” lo constituye, sin lugar a dudas, el texto “*Soluciones al crimen: 18 cosas que podemos hacer para luchar con él*”, a través del cual varios autores ensayan una serie de teorías y propuestas que entienden adecuadas para responder frente a los delitos violentos cometidos, sobre todo, en el marco de ataques a la propiedad¹⁵.

Así, bajo el subtítulo “*Rescatar a los jóvenes de la barbarie*”, se analiza la situación de la delincuencia juvenil, definiendo a la droga y al maltrato infantil por la disolución de la familia como el origen del problema y negando la incidencia de “la pobreza, la desocupación y otras ‘causas profundas’ convencionales”, con

¹³ Ver Platt, Tonny, Takagi, Paul, *Los intelectuales del derecho y del orden. Una crítica a los nuevos “realistas”*, [Delito y sociedad: revista de ciencias sociales](#), N°. 15-16, 2001, págs. 118-140.

¹⁴ Platt..., *Op. Cit.*

¹⁵ [John Di Iulio Jr.](#), [Paul A. Logli](#), [Ed Koch](#), [George L. Kelling](#), [James Q. Wilson](#), “*Soluciones al crimen: 18 cosas que podemos hacer para luchar con él*”, en [Delito y sociedad: revista de ciencias sociales](#), N°. 15-16, 2001, págs. 80-117.

expresiones tales como “los huérfanos crecen y se convierten en psicópatas insensibles en números abrumadores”; en “*Controlar a los terroristas juveniles*”, se propone que “las leyes para manejar ofensores juveniles deben ser endurecidas, los padres burdamente negligentes deben perder a sus hijos y deben crearse nuevas organizaciones para inculcar valores morales en los niños”; en “*Reducir los crímenes graves restaurando el orden*”, se sostiene que “para atacar los delitos graves y mantener los barrios habitables debemos reforzar el orden público. Faltas como la vagancia o el mendigar no son problemas menores...”; en “*Simplemente, quitar las armas a los criminales*”, se asegura que “la gente que se defiende con un arma es menos vulnerable a perder su propiedad en un robo o ser lastimada en un asalto que los que no lo hacen” y que hay que permitir que la policía le quite las armas a los “sujetos que parecen sospechosos en la calle”; y en “*Ir a la gente*” se defiende la regla “*three strikes and you ‘re out*” al decir “cuando se pelea contra el crimen es importante enfocarse en sus fuentes reales. La primera y la más grave de las causas es dejar a los criminales fuera de la cárcel. Las condenas cortas para violentos delincuentes reincidentes perpetúan el problema”.

Estas ideas, que representaron la tendencia dominante en la criminología de aquéllas décadas, no fueron el producto de abogados “retrógrados” o de académicos descalificados, sino que, por el contrario, es el trabajo de los “mejores y más brillantes” intelectuales que enseñaban en las universidades de Harvard, apoyados por generosos financiamientos¹⁶.

En tal sentido, advierte Ferrajoli que “hay un aspecto irracional que hoy acomuna a las políticas penales de la mayor parte de los países occidentales... se refiere al tema de la seguridad o, mejor dicho, del miedo y de la inseguridad, siempre más instrumentalizado, en las democracias actuales, como justificación de

¹⁶ Platt..., *Op. Cit.*

agravamientos punitivos cuyo único objetivo y cuyo único efecto son el aumento del consenso de electores”¹⁷.

Estas posturas fueron tomadas también por el pensamiento latinoamericano y derivaron en la implementación de políticas intolerantes frente al delito por muchos de los gobiernos democráticos de la región. En el caso argentino, las últimas dos décadas fueron testigos de endurecimientos en las escalas penales, restricciones de garantías en el proceso penal –sobre todo en lo concerniente al abuso de la prisión preventiva– y mayor poder a la policía para aumentar los procesos de criminalización secundaria conforme a los criterios de selectividad y vulnerabilidad.

A modo de ejemplo, vale mencionar aquí que en la actualidad se ha dado sanción en la legislatura de la Provincia de Buenos Aires a un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo tendiente a reformar el Código Procesal Penal para impedir las excarcelaciones de los tenedores y portadores ilegítimos de armas de fuego de cualquier calibre. La iniciativa legislativa prevé que no se concederá la excarcelación a los tenedores o portadores ilegítimos de armas de fuego, de cualquier calibre, que hubieren intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento.

De esta manera, a las normas que tipifican como delitos autónomos la tenencia y portación de armas, se les quieren sumar restricciones procesales que van en contra de la regla constitucional de la libertad durante el proceso, todo ello en la inteligencia de que es la mejor forma de reducir riesgos y combatir la inseguridad.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *El populismo penal en la sociedad del miedo* (traducción a cargo de Andrea Catoira y Alessia Barbieri), publicado en *La emergencia del miedo*, Ediar, Bs. As., 2012, pág. 57.

En fin, esta propuesta, que ha sido duramente cuestionada por múltiples organizaciones y suspendida en su aplicación por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, como muchas otras, se inscriben dentro de una lógica autoritaria legitimada a partir de discursos que sostienen que la mejor manera para lograr la prevención de los delitos es a través de una mayor represión.

V.- La ciencia penal al servicio del ideal garantista

a) La finalidad política del derecho penal según el modelo garantista

En el contexto actual de la discusión académica este último tipo de posturas colisionan con aquellas que se pronuncian desde el espacio que Lola Aniyar de Castro denomina *criminología de los derechos humanos*¹⁸, como una manifestación más de la tensión permanente que existe entre Estado de derecho y Estado de policía y de las pulsiones del segundo para expandir su poder a través del uso del aparato represivo¹⁹.

Las notas características de uno u otro modelo, esto es las del Estado policial que pugnan por debilitar y avanzar sobre las del Estado de derecho, no están, como podría pensarse, asociadas a cada corporación en particular, sino que la expresión de aquellas notas en contradicción se produce en el interior mismo de

¹⁸ En este sentido, ver Aniyar de Castro, Lola, *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política Criminal*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2010.

¹⁹ Esta contradicción también se observa en un texto de Francisco Muñoz Conde, donde explica que a una política criminal “coherente con los valores del Estado de derecho, la democracia y el respeto de los derechos humanos” se le opone otra “basada en el mantenimiento de las desigualdades sociales, los privilegios de unos pocos a costa de la mayoría, la superioridad de la raza aria, la instrumentalización del ser humano al servicio de valores colectivos o estatales, o la negación de los derechos humanos más elementales, como ocurrió en el Estado nacionalsocialista. De lo que estamos tratando no es de un problema puramente teórico o metodológico, sino de algo que, como la historia más reciente enseña, ha sido una realidad palpable del derecho penal de los últimos años”. Ver Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, 4º edición, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 126.

todas y cada una de las agencias que integran el sistema penal –ejecutivas, legislativas, judiciales, de reproducción ideológica, mediáticas—²⁰. En esta inteligencia, una misma agencia, por ejemplo la de reproducción ideológica, puede convertirse en instrumento de aplicación de las políticas orientadas al aseguramiento de las libertades y, al mismo tiempo, caer en exageraciones funcionalistas útiles o cuanto menos ineficaces para impedir el avasallamiento de los derechos individuales en beneficio de supuestos intereses superiores²¹.

En presencia de este escenario, resulta fundamental el desarrollo de un saber penal y criminológico comprometido con la plena vigencia del Estado de derecho, que asuma como misión esencial la obligación de advertir y denunciar los discursos científicos que justifiquen o bien no sirvan para deslegitimar jurídicamente políticas autoritarias y lesivas de los derechos humanos.

Como señala Muñoz Conde, “los penalistas deben estar preparados, si no para evitar, sí, por lo menos, para identificar los verdaderos peligros que acechan a una configuración pacífica y democrática de la convivencia social, con la manipulación ilimitada del arma más terrible de que dispone el ordenamiento jurídico: el Derecho penal... No se puede bajar la guardia y hacer una dogmática puramente servil ante las nuevas tendencias político-criminales, sobre todo cuando no está, ahora ni nunca, excluida la posibilidad de regresiones históricas a sistemas autoritarios que pongan en peligro las conquistas democráticas más elementales. Por eso, hoy más que nunca, hay que acentuar también el carácter crítico de la dogmática jurídico penal que, como toda actividad intelectual que merezca ese nombre, no sólo debe interpretar y sistematizar una determinada realidad, en este caso el derecho penal positivo, sino también tematizar las expectativas que se le

²⁰ Al respecto, escribe Rafecas: “La lucha entre ambos opuestos se da en el interior de cada uno de los operadores del sistema penal, en sus inclinaciones hacia el autoritarismo o hacia el respeto y la tolerancia”. Rafecas, Daniel Eduardo, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2010, pág. 71.

²¹ Este punto es abordado en forma crítica por Muñoz Conde, quien se opone a justificar el derecho penal por su funcionalidad como subsistema, sin cuestionar el sistema social, político o económico que le sirve de base. Muñoz Conde, *op. cit.*, pág. 69.

dirigen desde su entorno y valorarlas críticamente de acuerdo con sus posibilidades y funciones en el Estado de Derecho”²².

En este contexto, vale reconocer que en los últimos años, sobre todo a partir de la integración de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad federal, se han logrado significativos avances para aproximarse a un efectivo respeto de las garantías individuales de las personas.

En ello ha contribuido sin lugar a dudas la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de importantes pronunciamientos que han marcado el camino, así como también el mayor protagonismo observado tanto en los tribunales como en las cátedras de las facultades públicas de derecho de personalidades comprometidas con los principios fundadores del Estado constitucional y democrático de derecho.

b) La cuestión de la “inseguridad” desde una perspectiva garantista

1.- El funcionamiento real del sistema penal: la selectividad según la vulnerabilidad y “vía libre” a la macro-criminalidad

El abordaje de los problemas de “inseguridad” desde la perspectiva de un modelo garantista debe partir ineludiblemente de las elaboraciones sociológicas y criminológicas que, desde un lugar crítico, teorizan sobre el real funcionamiento del sistema penal.

Al respecto, el asunto puede encararse a partir de la descripción que exponen Zaffaroni-Alagia-Slokar²³, con cita de criminólogos críticos como Lola Aniyar de Castro y Alessandro Baratta, entre otros, acerca del modo en que operan y se articulan las distintas agencias del sistema penal, a partir de la intervención de

²² Muñoz Conde, *Edmund Mezger...*, pág. 69/70 y 121.

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, “*Derecho Penal. Parte General*”, EDIAR, Bs. As., 2002.

éstas en las dos etapas en que se desarrolla el proceso selectivo de criminalización —primaria y secundaria—.

De acuerdo a esa corriente de pensamiento, las agencias de la criminalización secundaria —fundamentalmente las policiales—, dada su pequeña capacidad operativa frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda por la criminalización primaria, deben optar entre la inactividad o la selección; como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección.

Existe una amplia disparidad entre las conductas que están previstas en tipos penales que realmente acontecen en la realidad y las que llegan a conocimiento de las agencias del sistema por la vía de la selección criminalizante.

Ahora bien, siguiendo la línea trazada por dichos autores, la selección de la criminalización secundaria por parte de las agencias ejecutivas procede en gran parte de sus propias limitaciones operativas, que también son cualitativas: en alguna medida, toda burocracia termina por olvidar sus metas y reemplazarlas por la reiteración ritual, pero en general concluye haciendo lo más sencillo. En la criminalización la regla general se traduce en la selección (a) por hechos burdos o groseros (la obra tosca de la criminalidad, cuya detección es más fácil); y (b) de personas que causen menos problemas (por su incapacidad de acceso positivo al poder político y económico o a la comunicación masiva).

Así, los sujetos seleccionados terminan siendo proyectados como los únicos delincuentes, lo cual les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo. Por tratarse de personas desvaloradas, es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando una imagen pública del delincuente, con componentes clasistas, racistas, erarios, de género y estéticos.

El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria.

La selección criminalizante secundaria conforme a estereotipo condiciona todo el funcionamiento de las agencias del sistema penal, en forma tal que éste es casi inoperante para cualquier otra selección²⁴.

En base a estas consideraciones, resulta de toda claridad que el proceso selectivo del sistema penal se manifiesta con intensidad en el ámbito de la criminalización secundaria en materia de delitos contra la propiedad, pues es allí donde se exponen de manera más evidente sus principales características, esto es que *“toda burocracia termina por olvidar sus metas y reemplazarlas por la reiteración ritual”*, que, en función de ello, el sistema penal se vuelve *“inoperante para cualquier otra selección”*, que son captadas las *“personas que causen menos problemas”* y que a partir de esta lógica se proyecta un *“estereotipo”*.

Una simple observación de las estadísticas oficiales es suficiente para saber que en su gran mayoría el universo penal formal está constituido por delitos contra la propiedad atribuidos a los sectores más vulnerables de la sociedad.

El último informe anual presentado por el Ministerio Público Fiscal ante el Congreso Nacional señala, por ejemplo, que en el año 2010 el 82,39 por ciento de las causas iniciadas ante el fuero criminal de instrucción se corresponden con delitos contra la propiedad (un total de 106.465 sobre 129.219 casos); tendencia que se repite en el fuero correccional, donde el porcentaje para el mismo año fue de 61,26 (un total de 37.358 sobre 60.979 casos)²⁵.

En esa misma línea, en un informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación dedicado al estudio, entre otras cosas, de las características de la población carcelaria, se dijo que *“analizando el tipo de delito*

²⁴ Zaffaroni, *Op. Cit*, Pág. 9.

²⁵http://www.mpf.gov.ar/Accesos/InformeAnual/informeanual2011/informe_anual_2011.html.

imputado a los detenidos observamos que, al igual que las estadísticas criminales basadas en sumarios policiales o causas judiciales en materia penal, en su mayor parte se trata de delitos contra la propiedad” cometidos por personas con educación precaria, sin trabajo estable y pertenecientes a las clases más bajas de la escala social²⁶.

Por ello tiene razón Ferrajoli cuando denuncia que no se criminalizan las infracciones de los poderosos –las corrupciones, los peculados, los balances falsos, los fondos negros y ocultos, los fraudes fiscales, el lavado de dinero y el crimen organizado, y menos aún las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones del ambiente y los atentados a la salud –, sino sólo los secuestros, el hurto automotor, el robo a las viviendas y la venta de droga cometidos por los inmigrantes, desocupados, sujetos marginados, identificados todavía como las típicas “clases peligrosas”²⁷.

A partir de allí se ha construido un estereotipo según el cual el “delincuente” es un sujeto perteneciente a los sectores más pobres, que no comparte los valores de la mayoría y que posee un comportamiento asocial y delictivo que lo aísla de la vida productiva y lo introduce en carreras criminales.

2.- *El “populismo penal”: la ineficacia de las campañas de “mano dura” y “tolerancia cero”*

Al inicio de esta exposición se señalaba que las sociedades occidentales, en particular las latinoamericanas, se manifiestan periódicamente ante los gobiernos democráticos para exigir soluciones frente a lo que se percibe como un aumento de la inseguridad. El aumento real o ficticio de la criminalidad o el simple aumento de las noticias vienen acompañados de demandas de seguridad que pueden dar lugar a la adopción de medidas erróneas y orientarse a buscar

²⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, *Una gestión penitenciaria integral. El aporte del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena*, INFOJUS, año 2012.

²⁷ Ferrajoli... *Op. Cit.*, pág. 60.

soluciones autoritarias que se aproximan al Estado de policía y debilitan el Estado de derecho.

Esas medidas se inscriben dentro de lo que actualmente se denomina “populismo penal”, expresión con la que se puede entender cualquier estrategia en tema de seguridad dirigida a obtener demagógicamente el consenso popular, respondiendo al miedo provocado por la criminalidad con un uso coyuntural del derecho penal, tan duramente represivo y antigarantista como ineficaz respecto de las declaradas finalidades de prevención.

Como apunta Ferrajoli²⁸, los mensajes expresados y los objetivos perseguidos por el populismo penal son múltiples y complejos. El primer mensaje es el clasista, según el cual la “verdadera” criminalidad, aquella que atenta contra la “seguridad” y que es necesario prevenir y perseguir, es solamente aquella de la calle.

El segundo mensaje, incluso más retrógrado, transmitido por las campañas de seguridad apunta al cambio, en el sentido común, del significado mismo de la palabra “seguridad”: que en el léxico político no quiere decir más “seguridad social”, es decir, garantía de los derechos sociales y por ello seguridad del trabajo, de la salud, de la seguridad social y de la supervivencia, y menos aún la seguridad de la cual hablaba Montesquieu, referente a las libertades individuales contra los arbitrios policiales. Significa sólo “seguridad pública”, reflejada en las formas del orden público de policía y de los endurecimientos punitivos, antes que en las formas del Estado de Derecho²⁹.

De allí que la búsqueda de seguridad por vía de una mayor represión favorece la criminalidad, en tanto profundiza la exclusión de las personas inculpas por la delincuencia de la calle y las empuja hacia la ilegalidad.

²⁸ Ferrajoli... *Op. Cit.*, pág. 60.

²⁹ Ferrajoli... *Op. Cit.*, pág. 61.

Estos mensajes sumados a las alarmas sociales y la dramatización del miedo conforman el verdadero significado de la palabra de orden “tolerancia cero”: “expresión absurda, que expresa una utopía reaccionaria, dado que la eliminación de los delitos que se quisieran reducir a cero es imposible sin la involución totalitaria del sistema político. Pues, la tolerancia cero, es decir, la total cesación del crimen, podría quizás ser lograda en una sociedad panóptica de tipo policial, que suprime preventivamente la libertad de todos poniendo un policía en las espaldas de cada persona y los tanques en la calle. El costo de la admirada e igualmente ilusoria ‘tolerancia cero’ sería, en suma, la transformación de nuestras sociedades en regímenes disciplinarios y no liberales, subordinados a la vigilancia sutil, minuciosa o invasiva de la policía. La connotación principal del derecho penal, en una sociedad liberal, consiste precisamente, con paradójica apariencia, en la toleración como garantía de las libertades de todos, de la posibilidad material del crimen y en su prevención a través de la amenaza de pena, en la defensa, en otras palabras, de la libertad física de la trasgresión, en cuanto prohibida jurídicamente e imposibilitada materialmente”³⁰.

En suma, las políticas y leyes de seguridad inspirados en estas posiciones autoritarias no sólo no tienen efecto disuasivo sobre la criminalidad de la calle contra la cual se agitan, sino que tienen, por el contrario, el efecto de desgastar profundamente el tejido social sobre el cual se funda el Estado de Derecho y la democracia y, por ello, en última instancia, de reducir los principales anticuerpos para el desarrollo de la delincuencia misma³¹.

Concluye Ferrajoli diciendo que “las políticas populistas en apoyo del miedo... no son solamente inútiles. No solamente no tienen ninguna eficacia disuasiva. Y no es sólo la restricción de nuestras libertades lo que ellas nos hacen pagar a todos nosotros. Estas políticas –y aparece allí su cuarto y más grave

³⁰ Ferrajoli... *Op. Cit.*, pág. 63.

³¹ Ferrajoli... *Op. Cit.*, pág. 70.

aspecto— debilitan además la lucha contra la criminalidad. Por dos razones. En primer lugar, porque su efecto principal es el debilitamiento del tejido social, que forma el primer presupuesto no sólo de la democracia, sino también de la seguridad. El miedo, en efecto, rompe los lazos sociales, alimenta tensiones y laceraciones, genera fanatismos, xenofobias y sectorizaciones, genera desconfianzas, sospechas, odios y rencores. Envenena, en poco tiempo, a la sociedad, haciéndola retroceder al estado salvaje y a la ausencia de civilidad. Y esta regresión, como es obvio, representa el principal terreno de la cultura de la criminalidad y de la violencia, además de la amenaza más insidiosa para la democracia. En un segundo lugar, estas políticas demagógicas desvían la atención de la opinión pública y el compromiso de los recursos de los aparatos investigativos y judiciales en los procesos contra la criminalidad organizada y contra sus connivencias con los poderes políticos y económicos. Las mismas sirven, de hecho, a orientar la acción de tales aparatos hacia la pequeña criminalidad que depende del gran crimen organizado”³².

3.- La búsqueda de propuestas para una sociedad inclusiva y con menores niveles de violencia

Desde esta perspectiva garantista, la propuesta para abordar las cuestiones de inseguridad acepta y enfatiza la idea de prevención, pero rechaza la asociación que desde los sectores reaccionarios identifica a la prevención con la represión penal.

En tal inteligencia, la prevención de la delincuencia urbana no debe buscarse a través de más castigos y menos garantías sino mediante políticas sociales de inclusión e integración orientadas a reducir la marginalidad y la desigualdad entre los distintos sectores de la población.

³² Ferrajoli... *Op. Cit.*, pág. 75.

En el marco de un “derecho penal mínimo”, “la respuesta penal a la criminalidad de los pobres es necesaria, al menos para evitar las venganzas privadas. Sin embargo, es ilusorio confiar a ella, antes que a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación y a comenzar desde la plena ocupación y desde las garantías de la subsistencia y de los mínimos vitales, la prevención de los delitos que amenazan la seguridad individual”³³.

Así se expone en un reciente documento emitido por el Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁴, en donde, entre muchos otros puntos, se alude a la idea de que la prevención del delito no se realiza con una mayor represión sino que se trata de evitar que suceda; las políticas de integración y participación ciudadana, en rigor, habrían incidido en la baja del índice de robo con homicidio evidenciada en el ámbito de la Capital Federal en el 2011 respecto del año anterior.

Otro de los puntos que atiende esta noción de ciencia penal garantista es intervenir en los procesos de debate y sanción de leyes. Es sabido que la mayoría de las veces la legislación es producto de medidas ejecutadas en un contexto de clamor popular, y como consecuencia de los temores propios de la seguridad ciudadana. Ante ello, no debe olvidarse que el derecho penal no puede actuar impulsado por ninguna reacción social no razonada, o alentado por el calor de casos que irritan a la realidad social.

Ante las exigencias de las corporaciones y los discursos autoritarios, lo importante es interferir desde distintos ámbitos en esta dialéctica de construcción irracional del poder punitivo. En este sentido, y toda vez que la reproducción ideológica del poder punitivo está a cargo de las agencias que no siempre son estatales, por ejemplo las universidades, y su reproducción tiene lugar en los medios masivos de comunicación, deberán aceptar los especialistas el

³³ Ferrajoli... *Op. Cit.*, pág. 73.

³⁴ <http://www.csjn.gov.ar/dbei/ii/ii.html>

compromiso de intensificar en estos espacios los contra-discursos que deslegitimen y, consecuentemente, desarmen la lógica de la emergencia continúa y su permanente intento de expansión del estado de policía³⁵.

En un Estado democrático ya no es posible insistir en la dicotomía seguridad pública o libertades, orden o garantías, como tantas veces parece haberse pretendido. Ello así, pues precisamente dicho Estado se caracteriza por armonizar sus misiones de seguridad (función represiva), con el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos (función garantizadora)³⁶.

Como señaló Rafecas en una crítica realizada respecto de los cambios en el capítulo de los delitos contra la propiedad introducidos por la ley 24.721 – que estableció penas en general más elevadas y tipos penales más abarcadores que los previstos en la regulación anterior en orden a las figuras de los arts. 163, incs. 3° y 6°, y 167, inc. 4°, del Cód. Pen. –, “cabe preguntarse cuál hubiera sido el resultado final si el pensamiento científico penal se hubiera hecho valer en las discusiones previas a la sanción de la ley; si se hubiesen desarmado las falacias lógicas, los contrasentidos, los errores materiales puestos aquí en evidencia. No es improbable que muchos de los cambios que lamentamos se hubiesen evitado, y así, reducido el coste en libertades pagado por los sujetos vulnerables que terminan siendo seleccionados en el proceso de criminalización secundaria de nuestro sistema penal... Me parece evidente que el jurista y la ciencia penal en general, deben replantearse el papel de sujetos pasivos que tradicionalmente mantuvieron frente a estos cambios, activar anticipadamente sus reflejos, e intentar ejercer toda su influencia antes de que las reformas se consumen. Se trata en definitiva, de llevar las *luces* de nuestro saber a los ámbitos de debate necesarios. En este sentido,

³⁵ Torres, Sergio Gabriel, *Características y consecuencias del derecho penal de la emergencia*, publicado en *La emergencia del miedo*, Ediar, Bs. As., 2012, pág. 107/8.

³⁶ Torres, *Op. Cit.*, pág. 115.

la Universidad, creo, tiene los recursos materiales e intelectuales dispuestos como para intentarlo”³⁷.

Finalmente, la inseguridad también se reduciría sin dudas si se combatieran, con instancias de control institucional efectivo previas a la intervención del sistema penal, las condiciones que favorecen, facilitan o permiten el desarrollo de maniobras delictivas complejas y altamente perjudiciales –en especial la corrupción en el manejo de los fondos públicos, la evasión impositiva y los grandes fraudes–, que conducen a situaciones de injusticia social y que rara vez, más allá de algunas proclamas demagógicas, despiertan el interés de las agencias del sistema.

VI.- Reflexiones finales

La producción científica no es neutra sino que es ciertamente funcional a una posición política e ideológica, que a su vez emplea esas ideas para dotarse a sí misma y a sus prácticas de una legitimación discursiva frente a su entorno social.

En el campo específico de las ciencias penales y criminológicas conviven, en cualquier contexto real, en un marco de tensión constante, dos posiciones políticas e ideológicas ideales claramente enfrentadas, que efectivamente cuentan, cada una de ellas, con su respectivo arsenal discursivo teórico.

En un lugar se ubican sectores reaccionarios que teorizan para justificar el avance de las pulsiones autoritarias del Estado de policía sobre los espacios individuales de libertad, poniendo como fines superiores conceptos abstractos como, por ejemplo, orden público, seguridad, defensa social.

³⁷ Rafecas, Daniel Eduardo, *Reforma a los delitos contra la propiedad (ley 24.721): discurso de emergencia, retroceso de la legalidad penal y criminalización de la pobreza*”, en Revista Jurídica *Nueva Doctrina Penal* 2003/A, Del Puerto, Bs. As., 2003.

En frente, desde el espacio que Norberto Bobbio denominó iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático³⁸, se brindan las razones por las cuales es adecuado y necesario contener con eficacia, en un Estado democrático de derecho, los abusos del poder punitivo y el ejercicio de violencia institucional, para la efectiva protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La mayor o menor influencia de esos discursos en el campo de las ciencias sociales está condicionada a las relaciones de poder dadas en un contexto político determinado. Así, en el marco de los regímenes más conservadores, autoritarios y discriminatorios se impondrá el discurso de la lógica bélica, campañas de ley y orden, seguridad ciudadana y demás corrientes propensas a justificar el avance desmesurado del poder punitivo, mientras que un sistema liberal, democrático e igualitario será un terreno fértil para el desarrollo de instrumentos orientados al irrestricto respeto de los derechos humanos.

En razón de ello, resulta fundamental el desarrollo de un saber penal y criminológico comprometido con la plena vigencia del Estado de derecho, que asuma como misión esencial la obligación de advertir y denunciar los discursos que justifiquen o bien no sirvan para deslegitimar jurídicamente políticas autoritarias y lesivas de los derechos humanos.

Ante el desarrollo y avance de posiciones que recurren al simplismo falaz de identificar los problemas de inseguridad con las personas que son estereotipadas como “peligrosas” – por efecto de la selectividad conforme a vulnerabilidad – y que proponen por ello alternativas para excluirlas del sistema (abuso de la prisión preventiva, encierro casi infinito como medio de inocuización, pena de muerte informal), debe reaccionar el saber penal para denunciar la irracionalidad de esos discursos, poner de relieve los efectos contraproducentes que generan, exigir el irrestricto respeto de los derechos y garantías individuales y promover la

³⁸ Prólogo de Norberto Bobbio en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 2° ed. Ed. Trotta, Madrid, 1997.

persecución de las conductas criminales verdaderamente lesivas que son sin dudas las que impiden avanzar hacia una sociedad más igualitaria y justa para todos sus integrantes.