

La necesaria apertura criminológica.

Ab. Esp. Lyllan Silvana Luque¹

*“Cuando hablas de violencia, te dicen basta ya,
Cuando hablas de guerra, te dicen basta ya
Cuando hablás de hambre, te dicen basta ya....”
“El Genio del Dub”, Los Fabulosos Cadillacs*

I- Introducción:

Los eventos que tienen sumida hoy (marzo de 2020) a la humanidad en la incertidumbre, quizás modifiquen las visiones y prácticas que hemos tenido de nuestras formas de vida “civilizadas”.

La Criminología y el Derecho Penal, han aportado a construir esa ficción de “espacio civilizado” (Morrison: 2012) que nos mantiene a salvo de los males de la humanidad. Sin embargo, ninguno de estos dos campos de saber ha jugado papeles relevantes para “prevenir” las conductas dañosas.

Parece un momento apropiado entonces para revisar las herramientas que hemos sabido construir y sostener para la convivencia social, y mirar conductas que tradicionalmente no han sido registradas por la criminología. Deberíamos

¹ Abogada, Especialista en Criminología. Docente de Criminología y Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la U.N.C. Integrante del Equipo Jurídico de H.I.J.O.S y Familiares de Detenidos y Desaparecidos Córdoba.

comprender que los infructuosos esfuerzos por tender telones sobre la realidad no evitan, ni anticipan, lo que puede ocurrir. Al contrario, nos dejan ciegos.

Quizás, porque una parte importante del ejercicio profesional por el que he optado tiene que ver con el juzgamiento de delitos de lesa humanidad, he rastreado herramientas teóricas para abordar el fenómeno. Pero hasta hace poco tiempo no había estudios en relación a la temática desde la criminología. Sí, múltiples abordajes desde la antropología, la filosofía, la historia. Alguna teoría en relación a la responsabilidad penal (Roxin), pero parece que la criminología y el derecho penal no abarcaban estas temáticas dentro de sus objetos de estudio.

Desde que Michel Foucault expusiera los vínculos estrechos entre el saber y el poder, no es posible sostener que el conocimiento es inocuo, sino que siempre justifica, legitima el ejercicio de poder. Por ello, para quienes amamos la disciplina criminológica, resulta doloroso asumir que la misma ha sido desde sus orígenes parte del andamiaje ideológico que ha justificado la aplicación de dolor, la selección de millones de personas para su eliminación, fungiendo como instrumento de naturalización de la desigualdad y para la construcción de categorías de personas desechables.

Este resultado es el producto de, por lo menos, 200 años de una predominante construcción racista y aporofóbica. El sentido común así concebido ha generado que nuestros esfuerzos se hayan centrado en la definición y en la pretensión de evitar lo que se denomina delito callejero. Conductas que afectan la propiedad y la integridad física de las personas han sido el objeto de estudio de la criminología y del derecho penal desde su surgimiento hasta la actualidad. Hemos “gastado” palabras e ideas identificando sujetos peligrosos y tratando de prever los caminos que sujetos individuales podrían tomar con la finalidad de anticipar la producción de daños. También, ese sentido “común” es el que alimenta nuestros miedos en las sociedades en las que vivimos.

Desde una visión crítica, podemos sostener que una de las causas de esta configuración es la constitución del derecho penal en el marco del surgimiento del Estado moderno, esto es con un presupuesto político liberal y económico capitalista, que moldeó este instrumento en particular y al derecho moderno en general. Qué conductas prohibir, qué “bienes jurídicos” proteger, qué sujetos castigar. El estudio de la “cuestión criminal” se ha visto así “sujetada” por sus contactos con el derecho penal y con el sistema penal. La asunción acrítica del concepto de delito gestado desde el derecho penal ha generado límites conceptuales y metodológicos a la Criminología.

En relación con los bordes impuestos por el derecho penal, esta relación limitante puede ser vista desde dos posiciones. Una positiva, en cuanto coincidimos en que la función de éste debe ser la limitación del poder punitivo del estado, siendo ésta la única justificación razonable y éticamente sostenible, si es que quisiera la convivencia dentro de un estilo de vida regulado por un Estado democrático de derecho (Zaffaroni 2005). Y otra negativa, en cuanto, tal como se ha demostrado desde mediados del siglo pasado, el proceso de criminalización primaria es parte de unas definiciones (decisiones) enmarcadas en disputas de poder que tradicionalmente han buscado proteger intereses de una parte de la población, en detrimento de otra. Hacemos referencia con esto, a la desmitificación que llevaron adelante las teorías criminológicas provenientes del paradigma crítico, en cuanto pusieron en discusión la correspondencia “naif” entre voluntad popular/conciencia colectiva y ley penal. Esto ha generado que en la teoría y en la práctica, nuestras sociedades consideren “delitos” a aquellas conductas que mayoritariamente afectan bienes individuales en forma individual y cometidos por sujetos individuales. Thomas Piketty (2019: 192), define esta posición como “propietarismo”: “...la ideología política que sitúa en el centro de su proyecto la *“protección absoluta de la propiedad privada”* y que fue la ideología sobre la que se estructuró el derecho penal moderno y la criminología.

En igual sentido, se ha afirmado que la praxis del sistema penal es estructuralmente selectiva. No todas las personas que cometen delitos son atrapadas, más bien los órganos del sistema actúan guiados por estereotipos y criterios de eficiencia que provocan la creación de una categoría definida de delincuentes –clientela fija la llamaría Zaffaroni- que es, al mismo tiempo, la más fácil de atrapar y que justifica su labor cotidiana.

Las teorías y prácticas que hemos desarrollado sobre estos presupuestos han propiciado que numerosas conductas que producen grandes daños sociales no sean contempladas por el derecho penal, pero tampoco sean reguladas adecuadamente por el resto del sistema jurídico normativo. Afirmamos esto dado la pretensión del derecho de regular todas las actividades sociales respaldadas por el ejercicio del monopolio de la fuerza legítima. Podemos pensar ejemplos como la contaminación ambiental a gran escala y los desastres ambientales, las consecuencias de las maniobras financieras que han perjudicado a miles de personas en el mundo, la guerra, los delitos de lesa humanidad. En algunas de esas conductas, la regulación legal existe, en otras no, algunas son delitos, otras no, pero lo que las unifica es la no aplicación de los sistemas normativos para evitar, reparar, castigar sus consecuencias. Éstas, por cierto, incalculablemente más gravosas que las producidas por el delito convencional. Sin embargo, no han sido objeto de estudios criminológicos. Los

únicos antecedentes que podemos rastrear son los estudios de delitos de cuello blanco de E. Sutherland y los del Grupo de Criminología Crítica Latinoamericana que realizó trabajos, entre otros, sobre cuestiones ambientales y corrupción.

II- ¿En épocas de pandemia?

Para la Real Academia Española una pandemia es una “Enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región.” Hoy estamos alarmados por miles de muertes que origina un nuevo virus en todo el mundo. Sin embargo, hay muertes que no nos han ocupado ni preocupado a la mayoría.

“Según los cálculos más conservadores, el 2% de la población mundial que murió en la época actual, lo hizo a manos de asesinos de masa. El exterminio del pueblo Herero en Namibia, las confrontaciones de la primera y la segunda guerra mundial, el genocidio armenio, el Holocausto nazi, las atrocidades del fascismo en Italia, y la dictadura franquista en España, las matanzas de los opositores políticos en la Unión Soviética, el genocidio de Bangladesh, las desapariciones, las torturas y las ejecuciones extrajudiciales de las dictaduras latinoamericanas, el genocidio de Camboya, las guerras coloniales y de liberación en África, la barbarie de los conflictos armados en Centro América y Colombia, la limpieza étnica y la violencia sexual en los Balcanes, los genocidios de Ruanda y Sudan (Dafur), son solo los hitos más importantes de esta práctica de agresión sistemática contra la humanidad en los tiempos recientes.” (Bernal Sarmiento: 2014:43)

Escribiendo en época de pandemia, y si se puede concebir esta época como un momento de reflexión, es imposible seguir dejando fuera de nuestro objeto de estudio fenómenos de tal magnitud.

Coincidimos con una cada vez más numerosa línea teórica de que es necesario estudiar las conductas que configuran los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o crímenes de los Estados. [(Zaffaroni 2012), Ferrajoli (2013) Yacoubian (2000), Woolford (2006), Laufer (1999), Morrison (2004) Álvarez (2001, 2010), entre otros].

Las variables y causas que se terminan conjugando para que estas masacres se produzcan son múltiples y seguramente otras herramientas disciplinares serán más eficientes para indagarlas. Sin embargo, algunos de los autores que hemos citado arriba, mencionan que la utilización de la estructura del Estado para cometerlas es fundamental. Las fuerzas de seguridad y militares, los tres poderes del Estado,

interactúan produciendo violaciones sistemáticas a los derechos humanos. También allí el derecho penal y la criminología han jugado un rol trascendental al legalizar la actuación ilegítima del Estado.

Tal como lo dijimos anteriormente, la única función del derecho penal que podemos admitir es su utilización con la finalidad de contener el poder punitivo del Estado. Zaffaroni (2005: 42) sostiene “...en cualquier ejercicio de poder político institucionalizado en forma de Estado, el Estado de derecho y el Estado de policía coexisten y pugnan, como ingredientes que se combinan en diferente medida y de modo inestable y dinámico”. El último, nunca desaparece sostiene, sino que cada agencia “pretende extender su poder hasta el arbitrio, porque parece ser inherente a la dinámica del poder la competencia y el estímulo para eludir las reglas establecidas”. (ídem). Por ello y en términos de este autor, el derecho penal, “...tutela bienes jurídicos de todos los habitantes en la medida que neutraliza los elementos de un Estado de policía contenidos por el Estado de derecho...El derecho penal basado en la teoría negativa del poder punitivo queda libre para elaborar elementos pautadores de decisiones que refuercen la seguridad jurídica, entendida como tutela de bienes jurídicos, pero no de los bienes jurídicos de las víctimas de los delitos, que están irremisiblemente confiscados por la criminalización en los pocos casos en que tiene lugar... , sino de los bienes jurídicos de todos los habitantes, pues de no ejercer su poder jurídico de limitación, estos serían fatalmente aniquilados por el poder ilimitado de las agencias del sistema penal que acabarían monopolizando el crimen y considerando delito a cualquier intento de resistencia al monopolio. (2005:53)”

La criminología puede continuar con su ceguera y legitimar que se corra el límite entre los dos tipos de Estado o bien constituirse en una barrera contenedora del Estado policial.

Propulsamos esta última opción y consideramos que podríamos iniciar ese camino al estudiar los registros de la última vez que el Estado de derecho en Argentina cedió ante el Estado policial: la última dictadura cívico-militar.

III- Siguiendo los rastros del homicida:

Aparece como una buena guía lo trabajado por Rafecas (2011) en su “Historia de la Solución Final”, al proponerse estudiar la genealogía de la Shoá. Sostiene allí, que una de sus piedras basales fue la “estructura y desenvolvimiento de la corporación burocrático-estatal que se encargó de buscar e implementar la solución de la cuestión judía: las SS...”.

Es que la comisión de crímenes de Estado² solo puede ser realizada a través de la estructura de éste. Ello presupone la necesidad de legislar, planificar, dar órdenes, compartir información, asignar recursos. Estas acciones han dejado pequeñas grandes huellas que nos permiten ver cómo triunfa en su disputa con el Estado de derecho el Estado policial. Tal como reseña Rafecas en la edición de “Eichmann en Jerusalén” de Hannah Arendt, se daba “la paradoja de que actos aberrantes y constitutivos de genocidio y de violaciones a los derechos humanos básicos, formaron parte entre 1933 y 1945 del ordenamiento jurídico del Estado...un Estado Criminal...Ello sumado al poderoso efecto que produce el ejercicio burocrático del poder estatal –por el cual hasta lo abyecto es convertido en algo rutinario y desapasionado (banal)...” (2003: 4). En ese marco, y tal como H. Arendt lo expresara, la Shoa fue posible también, gracias a que pequeños y grandes funcionarios cumplieron eficientemente con su tarea.

En nuestro país, la dictadura aplicó su plan sistemático al “...montarse sobre una estructura institucional preexistente, aprovechándola conforme a sus propios objetivos y “necesidades” (Sarrabayrouse Oliveira).

Podríamos afirmar que la “mutación” del Estado argentino en terrorista tuvo inicios en décadas lejanas temporalmente al golpe del 24 de marzo de 1976³ (que en Córdoba se manifestó abiertamente ya desde 1974), incluso, se ha sostenido que es una continuidad de la colonización (Segato: 2000).

Ese proceso de transformación requirió de la construcción, divulgación de una ideología (seguridad nacional), de unas regulaciones (leyes, reglamentaciones, directivas, etc.) -solo para mencionar dos elementos- que prepararan el terreno para justificar y naturalizar la aplicación de medidas extremas para el combate de una “guerra” en la que el “enemigo” era interno y requería medidas especiales. No es posible abordar en un solo texto la complejidad y extensión de estos dos elementos, sin embargo, permítaseme transcribir una muestra del primero de ellos.

“A partir de la finalización de la segunda guerra mundial (1939-1945) los presupuestos políticos, militares y estratégicos de la contienda clásica se vieron

² Chamblis; William J. lo define a los crímenes estatalmente organizados como “actos legalmente cometidos por funcionarios estatales en el desarrollo de sus funciones representando al Estado”. “State-Organized Crime” The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address”, En Criminology, 1989, vol. 27, Nro. 2, p. 183

³ Marie Monique Robin y plasmada en el libro “La Escuela Francesa Escuadrones de la Muerte” (Sudamericana,2004) logró comprobar la formación de los cuadros militares desde la década de 1950 en nuestro país en lo que se denominó “guerra no convencional”

prontamente sepultados y confundidos, tanto en su teorización como en la práctica, por nuevas formas que respondían además de al adelanto técnico-científico, a postulados totalmente ajenos al pensamiento occidental, basados en la fe, en la justicia y en la libertad. Los líderes civiles y militares de naciones democráticas con poder de decisión, no alcanzaron a comprender el fenómeno universal y polifacético que caracterizaba el conflicto en expansión, impulsado por el marxismo-leninismo, remozado por el stalinismo en una Quinta Internacional, esta vez no proclamada enfáticamente sino estructurada y ejecutada, sin ningún freno moral y con desprecio absoluto por la dignidad del ser humano. El férreo sojuzgamiento de las naciones de Europa Oriental; el fracaso político militar en Corea y en Viet-Nam, las derrotas en Indochina y en Argelia; la presencia amenazante de China Roja; la satelinización de Cuba, Angola; Etiopia, Chad, Yemen del Sur, etc.; los crímenes de los montoneros, el ERP, los tupamaros, el FLN, los brigadistas; el M19, etc., y la indiferencia suicida de los gobiernos socialdemócratas de Alemania Federal, Países Bajos, Escandinavia y los de Francia, Gran Bretaña, etc., son ejemplos palpables de un tenebroso cuarto de siglo, signado por la violencia descontrolada en la prosecución de la conquista del poder, a fin de esclavizar al mundo para ofrecerlo a la barbarie. Lo notable del caso es que toda esta problemática conforma un todo homogéneo en el campo soviético, donde tanto las tácticas guerrilleras, la infiltración criminal, la propaganda subversiva, entre otros medios, que no merecen más que repudio y energía para vencerlas, se encuentran amparadas en pseudo formas jurídicas, arbitrariamente proclamadas e impuestas a la estupidez de las naciones occidentales, tanto en la relación mutua como en los organismos internacionales”⁴⁴.

Lejos de ser original, este discurso aparece como un “aggiornamiento” de viejas ideas. Ya César Lombroso (1895: 5) pretendió “patologizar” a los delincuentes políticos al describir al anarquismo diciendo no puede ser considerada “... una teoría como la anárquica, que representa la vuelta al hombre prehistórico, antes que surgiese el pater familias, sino como una enorme retroceso”. En su libro realizó una caracterización de los anarquistas, similar a la que durante la década de 1970 se realizara desde las usinas ideológicas que sostenían la dictadura en Argentina. La “nueva doctrina” concibe a los “enemigos” también como una representación de la barbarie, tal cual lo transcribimos más arriba. La difusión y consolidación de la nueva categoría del “delincuente subversivo” aportó a la instauración de un régimen jurídico para los ciudadanos y otro para la “nueva categoría”, despojada de los derechos y garantías de los primeros. Para “la nueva delincuencia”, se dispuso –incluso normativamente–

⁴⁴ Palabras Preliminares a “La Nueva Guerra y el Nuevo Derecho. Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva” de Carlos Horacio Domínguez. Círculo Militar, Buenos Aires, 1980

la habilitación de un sistema penal subterráneo, liberando a las agencias del sistema de su sujeción al poder jurídico (Zaffaroni: 2005)

En relación al otro elemento (regulaciones: normas y demás), la apertura del proceso de Justicia en nuestro país y particularmente en Córdoba, nos facilita la posibilidad de estudiar el proceso de configuración del Estado terrorista. La prueba reunida en los distintos procesos judiciales se nutre de prueba testimonial y también de numerosos fondos documentales. Particularmente estos últimos son de suma utilidad.

Uno de esos documentos es la Directiva del Comandante General del Ejército N 404/75 (Lucha contra la subversión), firmada por Jorge Rafael Videla en octubre de 1975. En su momento documento de carácter secreto, en sus 17 páginas y sus 10 anexos desarrolló minuciosamente la finalidad, situación, organización, misión del Ejército, ideas rectoras, la acción psicológica, personal, logística, finanzas, bases legales, enlace gubernamental, medidas de coordinación y comando y comunicaciones. Este documento tiene su antecedente en otro de 1972, elaborado por otra dictadura (Onganía).

Solo tomando este documento como ejemplo, puede verse que condensa todas las ideas y experiencia que se venían desarrollando desde la década de 1950 en el “combate de la guerra no tradicional”. Las prácticas y normativas públicas y secretas fueron parte de la estructuración de un Estado genocida. Proceso que insistimos fue lento y paulatino, lo que permitió también la construcción de un sentido común que habilitaba la actuación por fuera del Estado de derecho.

IV- Alerta de virus: Conclusión

Teniendo en cuenta la poca capacidad del derecho penal y del sistema penal para cumplir con sus funciones explícitas – prevenir el delito- cuál sería entonces el sentido de estudiar estos fenómenos.

Partiendo de la base de que tal como lo dijéramos en el punto II de estas líneas, hay conductas que provocan mayores daños y consecuencias que apenas es posible cuantificar y medir, llamar la atención sobre las mismas podría generar distintas consecuencias.

En primer lugar, aportaría desde nuestra perspectiva a deconstruir el concepto del delito. Nos habilita por vía de comparación, a poder pensar que para muchas de las conductas que hemos perseguido penalmente hasta hoy (delito callejero) podríamos pensar **ensayar** modelos de solución efectiva de conflictos (Zaffaroni). De esta

forma la no utilización del sistema penal, es decir, su recorte, minimizaría el daño que produce su intervención, lo decimos en potencial.

Por otro lado tomando en cuenta que la comisión de delitos de lesa humanidad requiere de un proceso previo, que se desarrolla a distintos niveles (sólo mencionamos dos aquí: teóricos y de acomodamiento de la estructura del Estado), su estudio nos permite visualizar cómo se inicia esa configuración que utilizando las normas jurídicas y la estructura del Estado, “legaliza” la posibilidad de eliminación de sectores de la sociedad por fuera del Estado de derecho.

Tal como ha ocurrido en nuestro país y en otros que han padecido los crímenes de masa, paulatinamente se enseñorean en la “cultura penal” (Garland: 1999) teorías de superioridad racial, ideologías de guerra, legitimaciones de la tortura y de la destrucción del Estado de derecho.

Solo revisando el pasado y cómo se fue configurando el Estado terrorista argentino, cómo se fue construyendo el discurso ideológico que lo instauró y sostuvo, podremos aportar –desde nuestra disciplina- herramientas para tratar de evitar su repetición. Zaffaroni menciona que la “crítica de las ideologías” (2012:88) es el método para disputar dentro del ámbito del discurso jurídico, con la finalidad de que esas concepciones no se instalen en el discurso y la práctica jurídica. Nuestras teorizaciones deben evitar su aporte a la construcción de “técnicas de neutralización” que justifiquen los genocidios, que nieguen a sus víctimas, que sean negadoras de los daños que estos delitos producen y que deslegitimen a las autoridades que imponen los castigos.

Debemos constituirnos en algo así como una alerta temprana de virus.

Bibliografía

ARENDDT, Hannah (2000). “Eichmann en Jerusalén”. Lumen, Barcelona.

BAILONE, Matias. (2018) “Los fundamentos de la pena en los “crímenes de Estado”: el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica”. En Revista de Derecho Penal y Criminología. Año VIII.N 07. Agosto 2018.

LOMBROSO, Cesare (1895) “Los anarquistas”, Buenos Aires Imprenta Elzeviriana de P. Tonini, Editor. Buenos Aires

PIKETTY, Thomas (2019) “Capital e Ideología”. Planeta, Espana.

RAFECAS, Daniel (2012) “Historia de la solución final. Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos”. Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

RIVERA BEIRAS Inaki, Coordinador (2004) “Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social”.

Robin Marie Monique. “La Escuela Francesa Escuadrones de la Muerte”, Sudamericana, Buenos Aires 2004.

Sarrabayrouse Oliveira María José “Poder judicial y dictadura. El caso de la morgue judicial”. En <https://www.antropojuridica.com.ar/wp-content/uploads/2012/02/cuadernos-de-la-morgue.pdf>

SEGATO, Rita “La Critica de la Colonialidad en Ocho ensayos”. Prometeo, Buenos Aires, 2000

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. “Derecho Penal. Parte General”. Ediar, Buenos Aires, 2005

“Crímenes de Masa”. Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012