

**RECENSIÓN DEL LIBRO DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.
CRÍMENES DE MASA. EDICIONES MADRES DE PLAZA DE MAYO,
BUENOS AIRES, 2010, 91 PÁGINAS***

GUIDO LEONARDO CROXATTO**

El Dr. Eugenio Raúl ZAFFARONI, penalista argentino, juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (UBA) recibió este año en Suecia –por primera vez este premio lo recibe un no angloparlante– el prestigioso premio en criminología denominado *The Stockholm Prize in Criminology (2009)*¹ sobre Genocidio, un reconocido galardón internacional que cuenta con el apoyo del Ministerio de Justicia sueco y es un equivalente al Nobel en la materia criminológica, es decir, un premio destinado al siempre polémico estudio del fenómeno criminal. El estudio de este fenómeno es aún más polémico –y urgente– en América Latina, donde tendencias cada vez más represivas y autoritarias conviven con importantes índices de pobreza, analfabetismo y marginalidad.²

Eugenio ZAFFARONI obtuvo el premio en Suecia por el libro (o ensayo) que aquí comentamos: *Crímenes de Masa*³, pero esta situación (o premio) no debe ser leído en

* Fecha de recepción: 23 de octubre de 2010.

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2010.

** Universidad de Buenos Aires.

¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI compartió el premio Estocolmo en Criminología 2009 (por investigación sobre Genocidio) con el académico canadiense, JOHN HAGAN (*Northwestern University*). Este premio es otorgado anualmente por el reconocido *Stockholm Criminology Symposium*. Para el Comité, “ZAFFARONI has shown how criminological theories on juvenile delinquents can be applied on governments committing crimes against their own population.”

² Cabe destacar que ZAFFARONI dedicó su premio a su viejo amigo, el penalista sueco, recientemente fallecido, LOUK HULSMAN; que en varias oportunidades brindó conferencias sobre temas penales en la Argentina. HULSMAN denostaba doblemente la institución carcelaria en la Argentina: porque en la Argentina (y esto es algo que también corroboró recientemente el sociólogo francés LOIC WACQUANT, discípulo de PIERRE BOURDIEU) no sólo la cárcel no cumple con el estándar mínimo –de ser sanas y limpias–, (que hace que HULSMAN le lance –sobre esa base mínima– severas críticas teóricas) sino que cae en formas de tortura, de tratos crueles, inhumanos y degradantes, que la hacen pasible de las más severas críticas morales (hacinamiento, enfermedades, hambre, violencia, etc.) ya no del derecho penal, sino del derecho internacional humanitario.

³ El premio se otorga por un *paper* publicado en una revista de derecho sueca, el *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* (Nro. 10, diciembre de 2009). El ensayo de ZAFFARONI se titula

abstracto, debe ser leído o entendido, pues, a partir de las problemáticas puntuales y concretas que enfrenta el autor del libro, es decir, a partir de las problemáticas comunes de la región, o del contexto social, o de las circunstancias sociales y políticas mismas en que el libro fue escrito, esa circunstancia –como diría Leopoldo ZEA– es Latinoamérica⁴. Podemos preguntarnos, pues, ¿cuál es ese problema? ¿Cuál es el contexto o el problema esencial que riega todos los medios en Latinoamérica, pero en especial en países como México, Brasil o Argentina? (y que puede ser la piedra de toque de todos los crímenes de masa); es el problema (FERRAJOLI diría el falso problema) de la “inseguridad” ciudadana⁵. El temor constante al delito (un temor acrecentado y manipulado por los medios de comunicación⁶) que sirve como caldo de cultivo de una mayor criminalización, una mayor penalización y un mayor encierro.⁷ Un temor que sirve, también, para recortar libertades. El libro de ZAFFARONI (y el premio recibido por él) debe ser entendido, pues, en este contexto particular, como una saludable reacción –práctica y teórica– a este fenómeno excesivamente represor y criminalizante, que enfoca todos los problemas sociales (de América Latina, como la pobreza, el analfabetismo, y las enfermedades) desde un único y sólo y débil ángulo de pensamiento (un ángulo insuficiente y criminalizador): el ángulo del derecho penal⁸.

Hace ya muchos años que Massimo PAVARINI se preguntó en sentido crítico “¿*Vale la pena salvar a la criminología?*”. Esta es una pregunta esencial que todos los penalistas sudamericanos se hacen. El derecho penal argentino no sabe qué hacer (ni siquiera se

“¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?” Esta es la pregunta que intenta responder en su trabajo.

⁴ Dice ZAFFARONI “Hace mucho que venimos insistiendo en la necesidad de teorizar la criminología desde un margen que, obviamente, en nuestro caso es el de América Latina” (ZAFFARONI, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2004).

⁵ Véase CASTEL, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos?*, ed. Manantial, Buenos Aires, 2004. Cap. 1. “La inseguridad civil en el Estado de derecho”.

⁶ Dirá ZAFFARONI en su libro “si el penalismo en masa le quitase el discurso, la incitación pública a la venganza quedaría reducida a lo que es: pura publicidad mediática, con las limitaciones que reconoce la publicidad de cualquier producto” (ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 62). Véase BAUMAN, Z., *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Paidós, Barcelona, 2003. Introducción: “Sobre el origen, la dinámica y los usos del miedo”.

⁷ HULSMAN, L., *Sistema penal y seguridad ciudadana*. Barcelona, ed. Ariel, 1984. En la Argentina se debate continuamente la baja en la edad de imputabilidad de los jóvenes que delinquen. Nunca se enfoca el fenómeno criminal como parte de un problema social más amplio que abarque a la exclusión y la pobreza, la falta de oportunidades, de equidad, de escuelas, de hospitales, etc. (ZAFFARONI repite continuamente que en la Argentina no se destina un solo peso a investigar estos fenómenos, sólo se hace política mediática con los mismos, al servicio de determinados intereses de poder).

⁸ ZAFFARONI, E. R., “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”, *Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I° del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001*. Publicado en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, n° 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003.

atreve a entender) todos los fenómenos sociales y económicos que se cruzan en el delito⁹: el derecho penal se limita a aplicar penas, y ni siquiera de una manera general, sino, como recuerda ZAFFARONI, de una manera selectiva¹⁰, discriminadora y estigmatizante¹¹. Tal vez por eso Louk HULSMAN afirmó (en una conferencia dada en Rosario, Argentina) que “Sólo cambiando el lenguaje se cambiará la visión de la problemática de la inseguridad”. Las penas y las cárceles argentinas fracasan. De esta manera el derecho penal reproduce los conflictos sociales, en lugar de aminorarlos, los agiganta¹². Profundiza la desigualdad que alimenta, paradójicamente, al delito¹³. En Latinoamérica el derecho penal asume, pues, una mera función represiva, de control de los sectores sociales más carenciados (abandonando, como dirá PAVARINI, sus antiguas pretensiones ingenuas y resocializadoras¹⁴). ¿Vale la

⁹ ZAFFARONI, E. R. y otros. *Derecho Penal. Parte General*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2000. Como recuerda ZAFFARONI en su Tratado, “la atipicidad social negativa de la persona es la que permite que pueda realizar esos injustos con muchas menos probabilidades de criminalización, en tanto que la tipicidad social negativa aumenta esa posibilidades, hasta el extremo de poner en movimiento procesos de criminalización sin delito” (ZAFFARONI, *op. cit.*, pp. 1007 y ss.).

¹⁰ JOCK YOUNG se plantea la crisis de la criminología a partir de una crisis bastante más profunda: la crisis de la modernidad. Young deriva cuatro reglas esenciales para comprender a la sociedad actual: la tasa delictiva creciente, la revelación de las víctimas invisibles (los locos, indios, mujeres), la definición de delito que empieza a ser problematizada y la existencia de una conciencia creciente de la selectividad de la justicia, y, sobre todo, del proceso penal. Todo esto ha contribuido a convertir a la criminología en términos de YOUNG, en una “*disciplina sospechosa*”. Véase YOUNG, J., “Escribiendo en la cúspide del cambio: Una nueva criminología para una modernidad tardía”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, n. 13, Buenos Aires, 2001, p. 93.

¹¹ HULSMAN estaba hablando en Argentina de la mayor problemática que los medios instalan en el país y en la región como el mayor problema del derecho: la inseguridad. Más importante aún, HULSMAN concluyó la conferencia afirmando (y esto es esencial para los tópicos que aborda ZAFFARONI en el libro) que “El Estado es el principal responsable en la construcción de la realidad y del lenguaje que se aplica a ella”.

¹² ZAFFARONI, E.R. y otros, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2004.

¹³ Como afirma Louk HULSMAN en una de sus conferencias, el lenguaje de la justicia penal genera más violencia, no menos.

¹⁴ PAVARINI, M., “¿Vale la pena salvar a la criminología?”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia Penal*, Ad. Hoc, año VII, n. 13, Buenos Aires, 2001, pp. 31 y ss. PAVARINI, M., *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006. Aquí es cuando se distinguen las funciones manifiestas y las funciones latentes del sistema penal. El derecho penal en Latinoamérica es particularmente ilustrativo al respecto. Véase HULSMAN, L., *Alternativas a la Justicia Penal*, ed. Ley, Buenos Aires, 1998, trad. de Alberto Bovino.

pena, en este contexto, entonces, salvar a la criminología¹⁵? ¿Realmente vale la pena? ¿Qué sentido tendría salvarla? ¿Qué se buscaría y qué se lograría con ello?¹⁶

Como se afirma en la introducción del libro, este reconocimiento o premio es otorgado a quienes investigan en el campo de la criminología pero no de cualquier manera, sino con el fin de reducir el crimen, sin dejar de lado los derechos humanos¹⁷. Esta salvedad última es esencial, pues deja de ser una abstracción moral o vacía, para cobrar una importancia

¹⁵ Véase YOUNG, J., “Escribiendo en la cúspide del cambio: Una nueva criminología para una modernidad tardía”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, n. 13, Buenos Aires, 2001, p. 93. En el fondo, lo que sucede es que el objeto de la criminología es continuamente reinterpretado. Young se plantea cuál es el papel que debe jugar el saber de la criminología en el nuevo escenario: la posmodernidad. ¿Qué hace la criminología en la posmodernidad filosófica, pero sobre todo, en la posmodernidad jurídica, la posmodernidad del derecho? (esta posmodernidad incluye una crisis severa de las ciencias sociales, una crisis posestructuralista –que es también la crisis del humanismo– de la cual, como afirma ELSTER, no es ajeno el derecho) Nosotros partimos –en este comentario– de la idea que el derecho no ha sabido –o no ha podido– responder (aún) al giro antihumanista dado por la filosofía (esto plantea severos problemas para el derecho, porque es un giro antihumanista que amenaza nociones centrales del derecho, y de todo saber asociado a él, como son la noción de Sujeto, de “persona”, la idea de Hombre libre, la idea de Conciencia, o de Razón). Esto tiene un impacto directo (y tal vez letal) en la criminología, que siempre tiene implícitas ideas despectivas y estigmatizantes sobre lo “otro” (Véase LÉVI-STRAUSS, C., *El pensamiento Salvaje*, ed. FCE, Buenos Aires, 1998). Este es el escenario filosófico (que no es, como vemos, cualquier escenario) en que PAVARINI hace su pregunta (*¿Vale la pena salvar a la criminología?*). Se discute la idea formal de Hombre que está de base en todas las políticas jurídicas y en todos los lenguajes que emplea el derecho. Los criminalizados serán, justamente, o paradójicamente, todos los que no caben en esa definición (pobres, locos, indios, o mujeres). No en vano es una feminista (KERRY CARRINGTON) la primera en hablar de la fragmentación del sujeto criminológico. Son las mujeres en general las primeras en plantear críticas severas a la visión formal y abstracta del Sujeto. Aquí la filosofía contemporánea (el antihumanismo en filosofía) y el feminismo se cruzan, y tienen como un hilo crítico conductor común: la fragmentación del “sujeto” de derecho. ZAFFARONI pondera este “costado realista” del feminismo.

¹⁶ En “Vale la pena salvar a la criminología” (*Cuadernos de doctrina y jurisprudencia Penal*, Ad. Hoc, año VII, n. 13, Buenos Aires, 2001) el autor italiano, MASSIMO PAVARINI plantea la existencia de una crisis en el saber criminológico y la necesidad de trazar de algún modo nuevos (y mejores y más amplios) horizontes de estudio. PAVARINI presenta dos tópicos alternativos: la violencia sobre las mujeres y la criminalidad organizada (como dos formas de “ampliar” el horizonte de estudio de la criminología crítica, abordando mayores temas sociales, que se cruzan, de manera invariable y continua, con el derecho penal). Lo que busca PAVARINI en realidad es superar o salir del conflicto entre dueños del capital y dueños (pobres) del trabajo. Entre explotador y explotado. Este es el conflicto clásico abordado por la sociología y la criminología crítica. Lo que se busca, en el fondo, es el control social. PAVARINI busca ampliar el horizonte social de la criminología, dotarlo, de algún modo, de dosis mayores de realismo jurídico, incorporando “otras” violencias sociales que a veces el derecho no ve. O que se mantienen invisibilizadas. Es notable que las dos situaciones o los dos escenarios o los dos problemas que PAVARINI “suma” o plantea para un nuevo saber criminológico sean dos problemas esenciales y típicos de América Latina (México, Brasil, Argentina, Perú, etc.): La violencia sobre las mujeres y la criminalidad organizada, que incluye, como se sabe, al narcotráfico y a la política. En este camino de renovación (del saber criminológico) PAVARINI elogia el carácter “vago” de la criminología.

¹⁷ Los objetivos del premio son promover el conocimiento de las causas del crimen a nivel individual y estructural; generar políticas públicas más eficaces y humanas para afrontar la delincuencia; buscar estrategias alternativas para la prevención del delito; colaborar con las víctimas del crimen e intentar reducir las prácticas ilegales o abusivas que acontecen en la administración de justicia.

decisiva en los contextos latinoamericanos,¹⁸ donde la pobreza convive con la criminalización permanente y con el abuso de la policía que el mismo ZAFFARONI denuncia (en esos abusos –pequeños, y a veces no tan pequeños– está el primer paso de todo genocidio, de todo crimen de masa, tolerado por las clases más acomodadas o pudientes de la sociedad, franjas que mantienen, respecto del mismo, un cauto silencio¹⁹). En Latinoamérica, muchas veces se intentan vulnerar derechos en la –aquí– llamada “guerra contra el delito”, muchas veces, incluso, se echa la culpa a la “justicia” y a sus “garantías” (y a los derechos humanos de los “delincuentes”²⁰, justamente, como parte de un garantismo excesivo) de “limitar” la guerra contra el crimen y el delito²¹. El Estado la llama así: una guerra, una guerra en la que no parece haber ni límites ni contemplaciones. El Estado de Derecho sería así, pues, el escollo último que impide a las agencias policiales el “ir a fondo” con el “problema” de la inseguridad.²² Esta ha sido, justamente, una de las principales batallas intelectuales de Raúl ZAFFARONI en el campo de la política criminal argentina: que la reducción del delito no termine siendo un camino subrepticio de vulneración de derechos y atropellos

¹⁸ En Latinoamérica, la pobreza y el derecho conviven de maneras complejas (con derechos sociales que no son “operativos”, eufemismo legal con que se permite que millones de personas vivan en la miseria más absoluta). Este “dejar morir” que según FOUCAULT es uno de los rasgos de la biopolítica o biopoder, está, como vemos, presente en el derecho argentino (FOUCAULT, M. *Defender a la sociedad*, ed. FCE, Buenos Aires, 2003).

¹⁹ Véase LEVI, P., *Si esto es un hombre*, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2005. Véase también THOREAU, H., *Desobediencia Civil*, ed. Leviatán, Buenos Aires, 2005.

²⁰ Jamás son vistos como auténticas personas.

²¹ En las sociedades actuales, con contextos sociales cada vez más complejos y segmentados, el “delito” cumple, paradójicamente, una función de “reunificación” social, es decir que, como afirma JOCK YOUNG, a través del delito se busca el restablecimiento de una unidad política perdida: la unidad social. El consenso social. La cohesión política. Por un lado, JOCK YOUNG entiende que en este contexto la realidad social se vuelve cada vez más compleja y que como consecuencia de esto, el objeto de la criminología no puede permanecer inalterado, debe ser reinterpretado continuamente a la luz de estos cambios profundos de lo social. Este vendría ser el rol “semántico” del delito. Un rol simbólico y político, cohesionador de las clases sociales ricas o hegemónicas que dominan el lenguaje político (sobre las que no cae jamás, paradójicamente, las consecuencias de ese discurso –que se unifica a través de la definición del “delito” que cometen los “otros”) En tal sentido, puede verse MELOSSI, D., “Teoría social y cambios en las representaciones del delito”, *Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, n. 13, Buenos Aires, 2001, pp. 114 y ss. En la misma revista –*Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, n. 13, Buenos Aires, 200– puede verse BRAITHWAITE, J., “El Nuevo Estado regulador y la transformación de la criminología” (pp. 43 y ss.) y el artículo de *Ronnie Lippens*, “¿Alternativas a qué tipo de sufrimiento? Hacia una criminología que cruce fronteras” (*border-crossing criminology*). Lo que intentan determinar todos estos trabajos es qué queda de la criminología en la crisis de la modernidad, y para el caso de que subsista algo, su misión –nueva– para la criminología es determinar –justamente– cuál es su objeto. Lo que buscan estos autores es rastrear los aspectos más salientes de la crisis ya anunciada por Nietzsche: la crisis de la modernidad, la crisis del humanismo cristiano, que es también la crisis profunda del ideario filosófico (y moral) que encarnaba el derecho.

²² Uno de los puntos que destaca ZAFFARONI en casi todos sus libros es la tensión constante, oscilante, la batalla continua, y permanente, en distintos niveles, que existe entre el Estado de Derecho (como contenedor de las fuerzas represivas) y el Estado de Policía, siempre llamado a vulnerar las garantías esenciales con sus abusos de poder y con su monopolio de la violencia. Es la lucha del derecho con el poder punitivo. Esta vulneración no es general, sino selectiva. Cae sobre determinados grupos sociales (pobres), no sobre todos.

procaces a la vida misma de amplios sectores empobrecidos y marginales de la sociedad.²³ (recordemos que otro de los objetivos del premio sueco es generar políticas públicas más eficaces y humanas para afrontar la delincuencia; buscar estrategias alternativas para la prevención del delito; colaborar con las víctimas del crimen e intentar reducir las prácticas ilegales o abusivas que acontecen en la administración de justicia, siendo este último punto un punto fundamental, un punto de especial importancia para la práctica judicial y policial argentina)

ZAFFARONI empieza el libro o estructura el ensayo a partir de una sola pregunta esencial, pregunta que marcará todo el derrotero de su opúsculo: *¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?* Este es el interrogante esencial –que da nombre al trabajo– y que desarrolla en el texto recientemente editado en la Argentina, y que fuera publicado por primera vez en Suecia, en inglés, un año antes, en el *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* (Nro. 10, diciembre de 2009). El autor parte, pues, de un primer presupuesto: el gran desafío para la criminología del siglo XXI es el crimen de Estado, porque es el Estado quién con sus crímenes y abusos más vidas humanas sacrifica (aspecto que vale tanto para los desarrollados Estados de Europa como para los Estados más vulnerados de América Latina). Recordemos también lo que decía HULSMAN: el Estado es el que tiene la responsabilidad prioritaria o primaria respecto del lenguaje (criminalizador) que usamos. El sentido de este libro (que es un intento interdisciplinario, que enriquece al derecho con la filosofía, la historia, la teoría política y el psicoanálisis) es responder a los desafíos que presentan, pues, los genocidios. Desafíos teóricos y desafíos morales. El objetivo teórico esencial es desnudar los complejos mecanismos retóricos y políticos de que se sirven los distintos Estados para neutralizar y ocultar sus propios crímenes. Pero ZAFFARONI va más allá, e intenta ver también cuáles son los motivos (sociales, y psico-sociológicos profundos) que llevan a los estados a cometerlos. En tal sentido, nos dice que “los crímenes de masa son cometidos por un poder punitivo descontrolado, o sea, que las propias agencias del poder punitivo cometen lo crímenes más graves cuando operan sin contención”²⁴. Esa contención es la contención que viene a brindar –y a estar representada por– el Derecho. El autor aclara más adelante, para despejar dudas (mostrando que el crimen aberrante y genocida es más habitual y común de lo que pensamos): “Es verdad que muchos de estos crímenes se imputan a fuerzas militares, pero también es cierto que, fuera de los casos en que son auténticos crímenes de Guerra, estas fuerzas los han cometido operando funciones materialmente policiales y no bélicas”²⁵. Éste

²³ No es casual, en tal sentido, que la edición argentina de este ensayo –destinada a la Casa Editorial de las Madres de Plaza de Mayo, alterne el texto con fotos del artista plástico argentino León Ferrari, un crítico acérrimo de la última dictadura militar y del rol pasivo que muchos jueces y abogados desempeñaron durante la misma.

²⁴ ZAFFARONI, *Crímenes de Masa*, pp. 44 y ss. La lectura de este libro puede verse enriquecida por las tesis de GOLDBHAGEN, D., *Los verdugos voluntarios de Hitler*, ed. Taurus, Madrid, 1998, y el libro de BROWNING, C., *Aquellos hombres grises. El batallón policial 101 y la solución final en Polonia*, ed. Edhasa, Madrid, 2002.

²⁵ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 68.

es un rasgo esencial en América Latina: la violencia misma de las fuerzas del orden, la violencia policial y los famosos casos de “gatillo fácil”.²⁶

ZAFFARONI está repensando el derecho penal internacional²⁷ a partir de las nuevas tendencias que propician (nuevamente, diríamos) la configuración del ciudadano universal²⁸, lo que implica igualmente, como afirma el Dr. Eduardo BARCESAT en el prólogo, la jurisdicción universal para una tutela de los derechos humanos que trascienda el marco de la soberanía territorial –dispuesta por el nacimiento y la consolidación del sistema capitalista y de su manifestación política más precisa, el Estado; se trata, en última instancia, de trascender al Estado. El riesgo que ZAFFARONI ve tras estos planteos e intentos loables (de constituir una ciudadanía universal y humana) es la subrepticia configuración de un poder gendarme internacional que se arroge y ejerza –de modo hegemónico– la atribución de nominar y constituir al enemigo (recordemos que para Eugenio ZAFFARONI “la diversidad se genera desde la represión...”, aspecto que parece anunciar ya el fracaso de todo multiculturalismo político²⁹).

ZAFFARONI pasa, entonces, al siguiente tema esencial de su libro: el tema del “otro”. Desde que existe registro en la historia social y política, todos los males sociales provienen del “otro”³⁰ (ZAFFARONI habla de todos esos “otros” del derecho, a lo largo de la historia esos “otros” borrados han sido el indio, el esclavo, el loco, el delincuente, el pobre, la mujer, el homosexual, el judío, el gitano, el anarquista, etc.). Al autor le preocupa especialmente la forma en que ese otro se constituye como un “otro” en la sociedad cultural y política. Cuál es el alcance semántico de esa otredad³¹. Es entonces que nos desplazamos “hacia un terreno mucho más complejo, donde las respuestas idealistas del penalismo tradicional no alcanzan ” Nos adentramos, pues, en un terreno mucho más resbaladizo. Es entonces que ZAFFARONI recurre al psicoanálisis y cruza las nociones de narcisismo, poder punitivo, sacrificio, venganza, víctima. Hablará, entonces, de la víctima sacrificial, víctimas sacrificiales que son, en última instancia, las víctimas del derecho. Las víctimas de

²⁶ Recordemos que para ZAFFARONI hay una relación dialéctica continua entre el Estado de policía y el Estado de derecho. Como afirma el autor en el prefacio de su Tratado de derecho penal, destina sus libros “a las personas de derecho, y en especial, a las de la magistratura argentina y latinoamericana, a cuyo cargo queda la pesada tarea de contener las pulsiones de los estados de policía en la región” (ZAFFARONI, *op. cit.*, Prefacio). De esas “pulsiones” deriva, también, el crimen de masa.

²⁷ ZAFFARONI también entiende que una función importante de este derecho es “humanizar” la figura del criminal masivo, estaría entre sus propias funciones la de evitar –así– que las mismas víctimas se degraden frente a aquél. Esta sería la máxima contribución y legitimación del derecho penal internacional: evitar un acto degradante para las propias víctimas enfadadas (ZAFFARONI, *op. cit.*, pp. 38 y ss.). Se trata de evitar la caída en la *hostis* romana, regresión que el autor asimila al derecho penal del enemigo.

²⁸ Véase YOUNG, I. M., “Vida Política y Diferencia de Grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”, en CASTELLS, C. (comp.), *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 99-126.

²⁹ ANGELA MERKEL coincide con el fracaso rotundo del multiculturalismo.

³⁰ Véase NUSSBAUM, M., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, ed. Katz, Buenos Aires, 2007, cap. 2.

³¹ HALLSWORTH, S., “Repensando el giro punitivo: economía del exceso y criminología del otro”, *Delito y Sociedad*, UNL Ediciones, Santa Fe, 2006.

su impotencia o de sus silencios profundos frente a los descontrolados y abusos (cotidianos) del poder punitivo.³² ZAFFARONI se inserta pues en los silencios escabrosos del derecho. ZAFFARONI atiende no sólo a lo que el derecho dice, sino también a lo que el derecho no dice, lo que el derecho calla, lo que omite decir³³. “Debemos explorar un paraje de profundidades a las que no estamos habituados en la doctrina penal y en la criminología” nos dice ZAFFARONI. Es entonces que habla del poder punitivo, del narcisismo (estatal) y del “vistoso velamen” que debemos dejar de lado. ZAFFARONI recupera, en este punto, la vasta obra de René GIRARD.

ZAFFARONI hace, de manera paralela, una serie de observaciones interesantes, que sin duda enriquecen su trabajo y su crítica. Se menciona en contra del idealismo en filosofía penal³⁴, rescata brevemente la labor crítica de autores como Máximo PAVARINI o Dario MELOSSI, critica también el eufemismo en derecho (el lenguaje eufemístico era un ingrediente encubridor-práctico del poder punitivo de la inquisición, un ingrediente típico y autoritario que, según el autor, se mantiene inalterado³⁵), pero lo más importante del libro no son sus respuestas, son, como dije antes, sus preguntas. En efecto ZAFFARONI se pregunta *¿Qué es lo que lleva al poder punitivo a descontrolarse y al Estado a volverse absoluto, paranoico, a eliminar las limitaciones a su poder y aniquilar a una masa humana que él mismo arbitrariamente señala como enemiga?* Esta es una de las preguntas fundamentales de la teoría política contemporánea. ZAFFARONI dirá tentativamente que el estado individualiza a un enemigo (en forma amorala) y de esa forma canaliza malestar y venganza. ZAFFARONI hace entonces una crítica de los parámetros que rigen a nuestra sociedad: la acumulación, la competencia, el consumo, la insatisfacción permanente³⁶, una insatisfacción (frustrante) que lleva también al desprecio por el otro³⁷, un otro que se ve como un enemigo competidor, como una amenaza real, como un enfermo, como un pecador, como un inmigrante, (ZAFFARONI no omite críticas a la colonización europea como parte de este proceso³⁸) o como un degradado moral.

³² Véase VON IHERING, R., *La lucha por el derecho*, ed. Cajica, México, 1957.

³³ Esto nos conduce a otra problemática muy enunciada o planteada por el feminismo; la problemática del reconocimiento (del otro, en este caso de ese “otro” que es la mujer). Véase FRASER, N., “Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia de género”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.8, Diciembre 1996.

³⁴ Este idealismo enfrenta todavía, según él, 11 millones de muertes que no están justificadas.

³⁵ Pensemos en el eufemismo más terrible de todos los eufemismos que usaron los gobiernos (democráticos y dictatoriales) en Latinoamérica: el eufemismo de “desaparecido”.

³⁶ Véase MERTON, R., *Teoría y Estructura Social*, ed. FCE, Buenos Aires, 1965.

³⁷ La frustración es uno de los grandes enemigos del derecho. Véase MERTON, R., *op. cit.*, 1965. ZAFFARONI tomará de ROBERT MERTON, justamente, la distinción entre “funciones manifiestas” y “funciones latentes” del derecho penal (o del sistema penal, en este caso argentino, entendido como práctica discursiva que avala el ejercicio del poder punitivo, encubriendo de este modo las nociones esenciales de víctima sacrificial, de rito, de proceso como expiación pasajera, de venganza, etc.).

³⁸ El “otro” borrado por la colonización. Véase TODOROV, T., *La Conquista de América. El problema del otro*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

Otra de sus observaciones o críticas (respecto de lo que él llama el “Pentecostés jurídico”) es la diferencia que los jueces y abogados establecen –maliciosamente– entre el “ser” y el “deber ser” del derecho, diferencia que también abonan, muchas veces de manera dramática, las mismas teorías de la pena, con lo cual quedan justificados (de manera retórica, tolerados en el rebajado plano del “ser” del derecho latinoamericano) todos los inmensos abusos del sistema penal. En América Latina el ser del derecho (pensemos, por ejemplo, en las cárceles³⁹) está todavía muy alejado del *deber ser* del derecho⁴⁰.

Por momentos, su análisis crítico parece aproximarse a las jaulas de hierro de Max WEBER (ZAFFARONI se refiere en modo crítico al “avance tecnológico, a la ciencia que no piensa”⁴¹). A una racionalidad burocratizada que vuelve sus armas en contra del hombre. El derecho civilizado parece, por momentos, una de esas jaulas de hierro sin las cuales los hombres, sin embargo, no podrían sobrevivir. Salvación y fatalidad al mismo tiempo (una razón más para indagar en el psicoanálisis, encontrando una especie de rasgo de contrariedad en el derecho. Esto nos acerca a los temas que trata el mismo FREUD en *El Malestar en la Cultura*⁴²).

“El Estado moderno siempre presenta una tendencia paranoide que llega a la *psicosis paranoica* cuando proclama la emergencia, siendo entonces un Estado loco que sufre un gravísimo error de significado”⁴³ nos dice ZAFFARONI. Ese margen de error, esa grieta profunda, es la que debe explicar la teoría política (pero también el derecho) si quiere prevenir nuevos genocidios. La paradoja es que canalizamos la violencia vindicativa en el sistema penal, pero enmudecemos cuando el poder punitivo rompe los diques de contención jurídica. Y lo más grave de todo, como señala el autor, es que no sabemos por qué. Por qué callamos. ZAFFARONI da, entonces, su siguiente y último paso: un paso a la etnología⁴⁴. Terminemos este comentario con la pregunta que él mismo autor se hace ¿No nos vamos demasiado lejos si pretendemos bucear en la etnología cuando tratamos de prevenir los homicidios masivos de la modernidad?⁴⁵ “La estrechez del discurso penal y criminológico

³⁹ Véase el Informe de derechos humanos de Amnistía Internacional (para Argentina) 2009 y sus revelaciones crudas sobre la situación carcelaria argentina, que es dramática.

⁴⁰ Más allá de que hay muchos que ni siquiera saben en qué consiste ese “deber ser” jurídico. Véase BAUDRILLARD, J., *El pacto de lucidez o la inteligencia del Mal*, ed. Amorrortu, Madrid, 2004.

⁴¹ Pensemos en las fábricas higiénicas de Max Horkheimer y en su terrible similitud con los campos de concentración alemanes. Esto vendría a confirmar las tesis de Bauman, que ve en el Holocausto no una falla o falta de civilización o racionalización o progreso del hombre, sino, tal vez, su desarrollo más profundo, más extremo, más acabado. Lo que advierte ZAFFARONI, en este caso, es que el avance tecnológico –la ciencia que no piensa, aspecto que también menciona Heidegger en Carta sobre el Humanismo– habilita hoy la posibilidad de una catástrofe de consecuencias enormes, que afecten a toda la especie. ZAFFARONI habla aquí de un riesgo de “aniquilamiento total”. “La perspectiva actual del homicidio masivo incluye la posibilidad de la extinción de la vida...” (ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 58).

⁴² Y el derecho es sin dudas parte de esa cultura que genera “malestar”.

⁴³ ZAFFARONI, *Crímenes de Masa*, p. 46.

⁴⁴ ZAFFARONI se vale de los trabajos de René GIRARD.

⁴⁵ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 61.

a que estamos habituados (cuando de por medio hay millones de vidas arrasadas, acalladas, y olvidadas) nos produce vértigo al asomarnos a esa profundidad⁴⁶ Para el derecho penal, como dice ZAFFARONI, ha llegado el momento de demostrar que puede ser verdaderamente interdisciplinario, en lugar de cerrarse sobre sí como un discurso vacío.

ZAFFARONI dijo alguna vez “sé perfectamente que en el mundo en que vivimos pretender que nos sentemos para preguntarnos cómo se salvan vidas humanas, dejando de lado todos los prejuicios, es todavía un sueño vano”⁴⁷. Para muchos el derecho es ese sueño vano, todavía utópico o irrealizable en muchos puntos de la región (un sueño que en Latinoamérica, al menos, desde que los abogados abandonaron a la filosofía y a la sociología, queda sin ser pensando, sin ser reflexionado críticamente; por eso ZAFFARONI habla de interdisciplinariedad en derecho). Se trata de volver a hacer sociología y filosofía del derecho, se trata de pensar localmente el derecho del pobre, del joven, de la mujer, del indio, del inmigrante, etc. Esta es la misión de ZAFFARONI: lograr que el derecho (en América Latina, por lo menos) deje de ser un sueño vano y se convierta, mínimamente, en una realidad pensada.

De lo que se trata –a fin de cuentas– es de evitar que el derecho se termine vaciando y anulando a sí mismo (y ZAFFARONI asocia esto con el resurgimiento de la ideología de la seguridad nacional, para él “resulta increíble que no nos demos cuenta de que estamos ante un renacimiento clarísimo de esta teoría”⁴⁸), es decir, se trata de evitar que el derecho (latinoamericano, al menos) se convierta en aquello que ZAFFARONI ve que se está convirtiendo el derecho en general: una mera práctica sin sustento teórico⁴⁹.

⁴⁶ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁷ ZAFFARONI, *Entrevista* en Revista Newsweek Argentina. 18/4/2007.

⁴⁸ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁹ ZAFFARONI ve en todo este proceso una “regresión civilizatoria” que retoma el camino de la *hostis* romana (*op. cit.*, p. 36).