

EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA: LA EDAD MEDIA NO HA TERMINADO¹

O DIREITO PENAL E A CRIMINOLOGIA: A IDADE MÉDIA NÃO TERMINOU

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY: THE MIDDLE AGE HASN'T FINISHED

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

<https://orcid.org/0000-0002-7929-734X> / eraulzaffaroni@gmail.com

Universidad de Buenos Aires. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Buenos Aires, Argentina.

RESUMO

Trata-se de uma *lectio doctoralis*, realizada na Universidad de la Cuenca del Plata (Corrientes, Argentina), por força da concessão do título de doutor Honoris Causa, e trata do tema da criminologia desde o período da Idade Média e do Iluminismo até a contemporaneidade. Na oportunidade, são analisadas diversas correntes criminológicas que foram sendo defendidas ao longo dos séculos, demonstrando a evolução desse pensamento dentro do direito penal e da própria criminologia, e possibilitando a percepção dos reflexos dessas visões no poder punitivo e na constituição das formas de Estado. Conclui-se que, mesmo com os avanços dos estudos na área da criminologia e da formação do Estado Social, ainda se busca legitimar um poder punitivo maior para aqueles tidos como inimigos.

Palavras-chave: Criminologia. Estado social. Inimigo penal. Poder punitivo.

ABSTRACT

This article is a *lectio doctoralis* made at the Universidad de la Cuenca del Plata, at Corrientes, Argentina, in order to earn the title of doctor Honoris Causa, and talks about criminology since the period of the middle ages and the enlightenment to contemporary times. In the opportunity, the author analyses several criminological theories that has been defended thru centuries of history, showing the evolution of studies inside the criminal law and the criminology itself, and making possible the perception of the reflexes of these vision in the punitive power and in the constitution of state forms. It's possible to conclude that, even with the advances made in the studies at criminology and with the formation of the Social State, still seeks to legitimate a stronger punitive power to those seen as enemies.

Keywords: Criminology. Social state. Criminal enemy. Punitive power.

RESUMEN

Tratase de una *lectio doctoralis* realizada en la Universidad de la Cuenca del Plata, en Corrientes, Argentina, por fuerza de la concesión del título de doctor Honoris Causa, y trata del tema de la criminología desde el periodo de la edad media y del iluminismo hasta la contemporaneidad. Así que son analizadas diversas formas del pensamiento criminológico que fueron defendidos con el pasar de los siglos, siendo posible demostrar la evolución de las teorías en el derecho penal y en la propia criminología, lo que viabiliza la percepción de los reflejos de la criminología en el poder punitivo y en la constitución de las formas de estado. Es posible concluir que, mismo con los avances de los estudios criminológicos y con la formación del Estado Social, aún se busca legitimar un poder punitivo mayor para aquellos entendidos como enemigos.

Palabras clave: Criminología. Estado social. Enemigo penal. Poder punitivo.

¹ Lectio doctoralis en ocasión de recibir el grado de Doctor h.c. en la Universidad de la Cuenca del Plata (Corrientes, Argentina) en mayo de 2011, dedicada con todo afecto al Maestro y amigo Juan Fernández Carrasquilla.

(Subestimación de la historia) En nuestros días se subestima la historia como evocadora de fechas y nombres, pero no suele explicarse la dinámica del poder, sino anécdotas de protagonistas que parecen actuar por azar, voluntarismo o genialidad.

(Los grandes relatos no suplen la historia del poder) Las historias del poder se relegan a los grandes relatos, forzando a veces los hechos para adecuarlos al **relato**, por lo general de cuño originariamente hegeliano (lo que no se sabe bien si es un avance del **espíritu** o de la depredación y las masacres).

(En los manuales, antes del XVIII todo aparece confuso) Los manuales de derecho penal -cuando lo hacen- comienzan a fines del siglo XVIII y lo anterior queda en un *totum revolutum* de curiosidades.

Como no se explica la historia del poder, menos puede comprenderse la del poder punitivo, ignorando por completo que fue el instrumento que verticalizó las sociedades colonizadoras y permitió el dominio del planeta. Por ende, no sabemos muy bien de dónde viene el poder que estudiamos, tampoco dónde estamos y menos aún hacia dónde vamos.

(Pero hay un proceso continuo desde el siglo XII) Por eso, lo que paso a exponer parecerá extraño, más aún porque lo podría sintetizar con la fórmula **la edad media no ha terminado**.

Con esto quiero significar que no hay una **creación de la nada** en el siglo XVIII, que, si bien el Iluminismo marca una etapa, no es menos cierto que es parte de un proceso continuo que proviene de la edad media, iniciado con el renacimiento del poder punitivo entre los siglos XII y XIII y quizá un poco antes.

(Quitamos las telarañas y lo veremos) Al quitar la telaraña que cubre lo anterior al siglo XVIII mostrándolo como una masa de incoherencias, verificamos que las discusiones actuales del derecho penal, las tendencias de la política penal traducida en leyes, las pulsiones del poder punitivo de los estados y la información fáctica (social, económica y antropológica) a su respecto, son desarrollos de corrientes que parten de la edad media, y cuyos orígenes, lejos de perderse en los **siglos oscuros**, mantienen vigencia en nuestro presente.

(Es cierto que hubo muchos brotes del poder punitivo) Es verdad que hubo poder punitivo y derecho penal antes de la edad media (en China, Egipto, Mesopotamia, etc.) y también en nuestra América precolonial (Incanato, Tenochtitlán). Esto se debe a que el poder punitivo surgió en toda sociedad que se verticalizó jerárquicamente y -en consecuencia- se preparó para lanzarse a conquistas. En ocasiones fracasó y en otras se interrumpió por la irrupción de otros ocupantes. En el caso de Roma lo logró y conquistó Europa.

(El ascenso y la caída de los imperios) Pero cuando la empresa colonizadora tuvo éxito, la propia verticalización -que fue condición de éste- acabó petrificando las jerarquías, impidiendo su adecuación a los cambios del medio y poniendo en crisis su hegemonía. De este modo desapareció el poder punitivo (en Roma), o bien se conservó en posición subordinada (en la península ibérica a partir de su decadencia imperial).

(Pero el europeo del siglo XII no se interrumpió) Pero desde que el poder punitivo reapareció en Europa en los siglos XII y XIII se puso en movimiento un proceso de verticalización social que hasta hoy es irreversible, porque impulsó a los europeos a colonizar todo el planeta.

(Condicionó la colonización del planeta) Esta es la diferencia fundamental con otros momentos del poder punitivo. El que hoy ejercen los estados en todo el planeta es producto de una empresa de dominio mundial emprendida por los europeos a partir de la Revolución Mercantil (siglo XIV y XV). Sería ingenuo creer que las andanzas de Enrique *el Navegante* por África y de Cristóbal Colón por América fueron el motivo de esa empresa. Sin arriesgar hipótesis no muy probadas, los nórdicos que llegaron antes a América murieron de hambre y frío, por carecer de la infraestructura que les permitiese desplazarse hacia el sur.

(Sólo coloniza el colonizador) Es obvio que sólo puede colonizar quien tenga capacidad para hacerlo y ésta depende de una previa **estructura colonizadora** que está dada por una **sociedad verticalizada jerárquicamente en forma de ejército**. La colonización es tarea de toda una sociedad, pues demanda disciplinamiento y capacidad económica para el transporte de población y la ocupación.

(Con el disciplinamiento comenzó la colonización) Por tal razón, el proceso que decidió la expansión europea comenzó mucho antes de su expansión territorial, cuando los colonizadores organizaron jerárquicamente sus sociedades en forma de ejércitos, en lo que llevaba la delantera la península ibérica como resultado de su preparación en el avance de ocupación territorial del sur peninsular. La homogenización disciplinante de su frente interno con **discurso único** culminó con la conversión forzada de los islámicos y la expulsión de los judíos.

(El instrumento verticalizador fue el poder punitivo) El instrumento de verticalización de las sociedades colonizadoras fue precisamente el poder punitivo con su característica **confiscación de la víctima**, que reemplazó a los modelos horizontales de solución de conflictos de los germanos (composición, ordalías y establecimiento de la verdad por lucha), de los que sólo se excepcionaba la traición: *proditores et transfugas arboribus suspendunt*, recuerda Tácito en *De moribus Germanorum*.

(*Secuestró a Dios*) La **confiscación de las víctimas** reemplazó al modelo horizontal de efectiva solución de los conflictos por el punitivo de decisión vertical, que no lo resolvía, pero secuestraba a Dios, haciendo desaparecer la ordalía por innecesaria (se dejaba de convocar a Dios porque era prisionero del **señor**). A partir de ese momento los conflictos quedaron colgados y las víctimas se cosifican como meros datos al servicio del poder del **señor** en la cúpula de mando del estado.

(*Volvió el poder de los romanos y las leyes de Oriente*) De este modo, el modelo que había permitido a los romanos la conquista de casi toda Europa renació para que las sociedades jerarquizadas pudieran extender su conquista a todo el planeta.

Como los **señores** recobraban el viejo poder punitivo de los romanos y no tenían discurso, los intelectuales -juristas- reunidos en las nacientes universidades del norte italiano recuperaron para ellos los textos romanos reunidos por Justiniano, que nunca había gobernado Roma sino Constantinopla. Allí obraban las leyes penales más crueles del absolutismo imperial romano, pero puestas al servicio de la romanización del cristianismo (usualmente llamada **cristianización de Roma**).

(*Nació la ciencia jurídico-penal*) En torno del análisis de esas leyes y de sus *Libris terribilis* discurrió la llamada **recepción del derecho romano**, con el nacimiento de nuestro **saber jurídico penal** por obra de **glosadores y posglosadores**.

(*Estaba mezclada con la criminología*) Como nunca nadie aceptó que ejercía el poder punitivo para verticalizar a las sociedades (función real o latente), desde el comienzo los penalistas lo racionalizaron asignándole distintos fines manifiestos que pretendieron siempre justificar con datos fácticos. Esta información fáctica no es otra cosa que la hoy llamada **criminología**.

La sistematización de las disposiciones que habilitan el ejercicio del poder punitivo (criminalización primaria, tipificación o legislación penal) para facilitar su estudio y aplicación es la **ciencia del derecho penal**, en tanto que su legitimación o crítica fáctica es la **criminología**.

(*Sólo con el tiempo se fueron separando*) No debe confundir el hecho de que ambas se hallasen entremezcladas en los discursos de los primeros penalistas (glosadores y posglosadores) en los albores del saber jurídico de las jóvenes universidades. Sólo con el correr de los siglos se fueron separando en dos órdenes de conocimientos. En otras palabras: el derecho penal nació conteniendo el discurso criminológico.

(Glosadores e inquisidores) No obstante, los movimientos en el campo jurídico fueron marcando dos líneas muy diferentes: (a) los glosadores y sus sucesores tendieron a sistematizar adoptando las formas provenientes de la ética tradicional, lo que los llevó a elaborar una teoría de la culpabilidad como reproche personal; (b) por otra vertiente, los teóricos que legitimaban el poder inquisitorial romano partieron de la admisión de una emergencia, por lo que enunciaron una teoría de la peligrosidad de carácter policial administrativo.

(El patriarcado como disciplinamiento de la tropa) La sociedad jerarquizada en forma de ejército tenía en su base a los hombres o padres de familia, como sargentos y cabos controladores de las pequeñas unidades familiares y de todos los **seres inferiores** que las componían (mujeres, niños, siervos, esclavos, animales domésticos). Éstos eran penados directamente por el hombre (patriarcado) y el príncipe sólo se ocupaba de eliminar a quienes incumplían sus funciones de mando (homosexuales) o de subordinación (mujeres **díscolas**).

(El ejército se disciplinó desde abajo y antes) La subordinación de la mujer y el rol del hombre como suboficial a cargo de tropa se habían fijado en todos los estatutos medievales entre los siglos X y XI, que regulaban las relaciones sexuales y de familia con un detalle muy superior al de la propiedad. Puede decirse, pues, que la verticalización comenzó por decidir el mando directo de la tropa y las peripecias posteriores se ocuparon sólo en las disputas por las cúpulas. Como es sabido, casi todas las revoluciones triunfan cuando se insubordinan las tropas, por lo que es prioritario garantizar la subordinación disciplinaria.

(Retribucionistas y peligrosistas) Para legitimar ese poder punitivo del soberano sobre los enemigos (traidores e insubordinadas) los caminos de la culpabilidad y de la peligrosidad fueron irreconciliables desde el comienzo, enfrentando a penalistas y administrativistas. No obstante, ambos coincidían en la necesidad de matar a los homosexuales por traidores y también en que la mujer era inferior al hombre en inteligencia.

(Si es menos inteligente es menos reprochable, pero es más peligrosa) Pero los **retribucionistas** postulaban una menor punición para la mujer, justamente fundados en que su inferior inteligencia la hacía acreedora a menor reproche, en tanto que los **administrativistas** les imponían las penas más graves (combustión) en razón de que eran más peligrosas en la emergencia satánica.

(Los retribucionistas apelan al mayor contenido injusto) Para zanjar la diferencia irreductible se apeló a la teoría del pacto con **Satán**, palabra que en hebreo significa **enemigo**. De este modo se legitimaba la combustión de mujeres también para los retribucionistas, pero no por peligrosidad ni culpabilidad, sino en razón de un mayor contenido ilícito (o injusto) del

hecho, pues el pacto con el enemigo era la **traición**, cuya punición máxima había sido reconocida incluso por los germanos (recordemos a Tácito). De allí que se sostuviese que el **pacto** con el enemigo fuese más grave que el pecado original, porque en este Adán y Eva fueron engañados por el enemigo, en tanto que el **pacto con Satán** se celebraba con plena consciencia y voluntad no viciada.

(La jurisdicción propia del Papa) Como el obispo de Roma disputaba la naciente **presoberanía** a los señores, instrumentó una jurisdicción propia -la **inquisición romana**- para concentrar poder y evitar la dispersión en iglesias locales. Su tarea consistió en eliminar disidentes (herejes) y acumular poder económico (eliminación de los templarios), pero rápidamente se dedicó de preferencia a reforzar la posición subordinada de la mujer, o sea, a dar solidez al poder de los cabos y sargentos de las sociedades verticalizadas.

(Con la soberanía la jurisdicción se vuelve estatal) Este poder para quemar a las mujeres disfuncionales y amedrentar a las funcionales lo ejerció el obispo de Roma (el Papa) hasta que la **soberanía** se impuso con los estados nacionales y éstos la asumieron como tarea propia, pasando la combustión de mujeres a las jurisdicciones estatales, en tanto que la romana se centraba en la persecución de los **reformados** en los dominios que quedaban en su órbita (contrarreforma).

Fue así que hacia fines del siglo XVI las mujeres ya casi no eran quemadas por decisión de la jurisdicción romana, sino por los jueces estatales dependientes de los monarcas y príncipes.

(El cuerpo de doctrina peligrosista de los inquisidores) A todo esto, los teóricos de la jurisdicción romana de los siglos XIV y XV habían elaborado un importante cuerpo doctrinario acerca de la etiología de la emergencia satánica. Los **dominicos** fueron sus autores -que eran los policías encargados de la inquisición- y su saber se llamó **demonología**. Esta fue la primera **elaboración sistemática de una teoría criminológica**, bien separada de los balbuceos fácticos de los primeros penalistas y por una vía que hoy se llamaría **etiológica**.

(Aparece orgánicamente la primera criminología) El siglo XV se cerró con una obra que sintetizó todo ese saber de la corriente administrativista, peligrosista o policial, expuesto en el marco de una **teoría integradora del derecho penal y la criminología**. Me refiero al *Malleus maleficarum* de Sprenger y Krämer, de 1497.

(La teoría peligrosista es asumida por los señores) Si bien se trata de una obra tardía, porque pocas décadas después su agencia productora (los dominicos) fue reemplazada por los jesuitas y la jurisdicción inquisitorial se desentendió de la quema de mujeres, lo cierto es que

siguió sirviendo de fuente para los jueces estatales de Europa central hasta que en 1701 fue definitivamente descalificada con la famosa tesis de Christian Thomasius, precedida en 1631 por la extraordinaria obra demoledora del poeta alemán jesuita Friedrich Spee von Langenfeld (la *Cautio Criminalis*), a la que volveremos a referirnos.

(*La inferioridad biológico-genética de la mujer*) El *Martillo de las brujas* es una obra muy sofisticada, que se nutre de una extensa variedad de datos para reafirmar la inferioridad biológica de la mujer, genética e irreductible. Para eso se valía de cuanta referencia encontraba tanto en escritores cristianos y en padres de la Iglesia como en paganos griegos y romanos.

(*Aparecen las medidas de seguridad para peligrosos*) Pocas décadas después del *Malleus*, un médico protestante holandés, Weier o Wier, publicó en Basilea un libro en el que tampoco ponía en duda la inferioridad de la mujer ni el daño que causaban las brujas, pero afirmaba que eran mujeres a las que el enemigo, aprovechando su inferioridad biológica, enfermaba de **melancolía**, por lo cual proponía que fuesen entregadas al poder médico. E trataba de una medida de seguridad curativa para inimputables peligrosos, a los que no debía aplicársele ninguna pena retributiva. Weier inauguraba de este modo la **doble vía**.

(*Los señores no aceptaron perder el poder sobre las mujeres*) La propuesta de Weier alarmó a los señores o príncipes, cuya jurisdicción decidía en ese momento la quema de mujeres, pues sintieron que se trataba de una lesión a su poder soberano, y rápidamente le salieron al cruce nada menos que Jean Bodin como teórico fundador de la soberanía y el propio rey de Inglaterra, que publicaron sendos libros en respuesta. En ese momento la posición administrativista no necesitaba del discurso médico y, por ende, lo rechazó porque debilitaba el poder del príncipe.

Recién cuando en el siglo XIX los argumentos fácticos de Sprenger y Krämer se volvieron insostenibles, la inquisición policial administrativista acudió al discurso médico en una alianza con el poder policial.

(*Los glosadores se convierten en normativistas puros*) Pero entre tanto también los penalistas herederos de la glosa habían evolucionado y -convertidos en **prácticos**- prefirieron dejar los datos de la realidad (criminología) a la exclusiva evaluación de los **señores** y dedicarse únicamente a sistematizar el resultado de esa evaluación. El saber jurídico-penal se convirtió de esta forma en lo que Carrara llamó la *schifosa scienza*.

(*El “modelo integrado” de Baratta*) El inolvidable Alessandro Baratta, con el finísimo criterio que lo distinguía, señaló que el positivismo del siglo XIX y comienzos del pasado había sostenido un **modelo integrado de derecho penal y criminología**.

En efecto: para Ferri, Garofalo y todos los positivistas monistas, la criminología nutre a la política criminal y al derecho penal, les señala cuáles son los orígenes del delito y legitima el poder punitivo para que neutralice la peligrosidad del enemigo **biológicamente inferior**. El derecho penal positivista era racista y policial, dedicado a combatir a un enemigo señalado biológicamente por una criminología claramente etiológica, que pretendía disponer de una señalización óptica de inferioridad.

(La versión más elaborada de von Liszt) Más elaborada era la versión positivista de von Liszt, pues la criminología marcaba el rumbo de la política criminal destinada a combatir al crimen, en tanto que el derecho penal era la **Carta Magna** del delincuente, que ponía freno a la política criminal. La criminología de Garofalo -heredera de la estructura del Malleus- podía llevarse por delante todo subordinando por completo al derecho penal, pero la de von Liszt tenía un límite equilibrante en el derecho penal.

(Dos formas de integración) Si bien ambos eran **modelos que integraban el derecho penal y la criminología** -como lo señalaba Baratta-, cabe observar que el ferriano subordinaba el derecho penal a la criminología, en tanto que el lisztiano colocaba a ambos en un plano de relativa paridad.

(Para Baratta el neokantismo desintegró el modelo en forma irreversible) Según Baratta el modelo se desintegró con el neokantismo, pues los juristas se desprendieron de la criminología y la arrinconaron en un ángulo de la facultad de derecho. Baratta da a entender que la neta separación neokantiana entre *Kultur* y *Naturwissenschaften* inició un camino que cree irreversible.

(¿Se desintegra el modelo o los glosadores vuelven a subordinar a la criminología?) Pocas cosas deploro más que no haber podido discutir esto con el inolvidable Baratta, porque en rigor creo que no hubo un auténtico divorcio, sino que con el neokantismo se operó un sometimiento de la criminología por parte del derecho penal, que pretendía señalarle su límite epistemológico. Para evitar la contradicción de que una **ciencia de la cultura** señalase el límite de una **ciencia natural**, se le negó el carácter de **ciencia**, afirmando que eran datos que el derecho penal reclamaba a otras varias disciplinas sólo cuando le parecía conveniente (es la tesis de Mezger). De este modo, puede decirse que los glosadores volvieron a hacerse cargo de la criminología.

(Hay que justificar la mayor pena para los enemigos) Pero volvían las dificultades de la edad media: los nuevos glosadores no podían explicar que a los **enemigos más peligrosos** (semi-

imputables, habituales, etc.), se les aplicasen penas menores en razón de su menor culpabilidad o deuda (*Schuld*). Debían legitimar nuevamente su mayor penalidad.

(Los glosadores retoman el camino del mayor injusto y de la culpabilidad de autor) El neokantismo de vertiente antiliberal siguió dos vías para eso: una era sostener la mayor penalidad en base a un injusto más grave, mediante la construcción de un **tipo de autor**; otra - que se combinaba con la anterior- apeló a medias al modelo formal de la ética tradicional y reprochó la elección existencial misma (culpabilidad de carácter, de autor, de personalidad o de conducción de la vida).

(El modelo glosador resultante era casi un mamarracho) De cualquier manera, el modelo no era alambicado y artificioso, nada simétrico, con conceptos oscuros y rebuscados. El lenguaje abstruso hacía perder transparencia a los conceptos originarios de **deuda (Schuld)** y **reproche**, al tiempo que requería parches poco convincentes en todos los niveles de análisis.

(Era mucho más funcional y claro el modelo peligrosista) Para legitimar un derecho penal autoritario era mucho más funcional (por lineal y claro) el positivismo monista de Ferri con su **modelo integrado** de derecho penal y criminología etiológica.

(Grispigni tenía razón) La confrontación entre la etización de medio camino de Mezger (con su subordinación de la criminología al derecho penal, o sea, la vuelta de los glosadores), y el modelo integrado del positivismo (con la criminología mandando al derecho penal, o sea, la vuelta del *Malleus*), tuvo lugar en 1941, en un lamentable debate entre Mezger y Grispigni, en que discutían que doctrina era la que mejor convenía a la **renovación nazista** del derecho penal.

De este debate vergonzoso salió triunfante Grispigni, demostrando que la legislación penal nacionalsocialista se explicaba mucho más clara y naturalmente -sin manierismos- mediante el positivismo ferriano. El peligrosismo policial del positivismo monista era, sin duda, el marco teórico más adecuado, pues retomaba la integración originaria del *Malleus*, acentuando su vertiente biologista.

(Vuelven los prácticos con la etización normativista pura) Sin embargo, había también otro camino que permitía someter por completo a la criminología al derecho penal y al mismo tiempo penar con el mayor rigor a los enemigos. Era el de los penalistas posteriores a la glosa, o sea, el **normativismo** de la *schifosa scienza* carrariana: el de los **prácticos**. Este fue el sendero seguido por la llamada **escuela de Kiel**, de dos eximios prácticos panfletarios de la época: Dahm y Schaffstein, que no por azar eran estudiosos del derecho penal medieval.

(El normativismo puro importa una etización radical con el estado como definidor) En realidad, el poder punitivo de un estado policial en busca de enemigos puede legitimarse tanto por un peligrosismo policial completa (como el ferriano, que subordina el derecho penal a una criminología etiológica de base biológica) como por una **normativización extrema** que extraiga su base fáctica de una **etización radical** y que reduzca a la criminología que incorpora a exigencias de **razones de estado**. Este último fue el camino seguido por la *Kielerschule*, en especial por Schaffstein, que fue su dogmático por excelencia.

(En el modelo práctico todos los delitos son omisivos) Conforme a este esquema, de la **comunidad del pueblo** (*Volksgemeinschaft*) surgían todos los **deberes** (ética social) y el delito consistía en su violación. La lesión al bien jurídico particular desaparece y se reemplaza por la violación del deber ético social. El intérprete de la magnitud de esta violación era el estado, que se confundía con la sociedad y expresaba a la *Volksgemeinschaft*, cuyo prestigio era menester reforzar como único bien jurídico afectado por la mera presencia de **enemigos o extraños**.

Todos los delitos pasaban a ser omisiones (de deberes ético-sociales) y signos de una voluntad contraria a esos deberes y, por ende, de **enemistad por no pertenencia**. Esto da por resultado un puro **saber normativo** que no requiere ningún dato empírico fuera de los señalados por el **legislador** o indicados por éste al juez para que los constate.

(Los cuatro caminos para penar más al enemigo) En síntesis, (a) vemos que el *Malleus* y el positivismo criminológico enunciaron un modelo integrado en que la criminología tendía a **tragarse** al derecho penal, que no era más que un relevamiento de signos y síntomas para detectar policialmente a los **enemigos**; (b) el derecho penal de los glosadores y el neokantismo usó las formas de la ética y legitimó la mayor pena para los enemigos, atribuyéndoles un mayor contenido injusto a sus hechos, con lo cual tendieron a que el derecho penal se **tragase** a la criminología; (c) el modelo integrado de von Liszt -en que ninguno de ambos se tragaba al otro-, para legitimar la mayor pena para los **más peligrosos** (enemigos) los **administrativizaba** apelando a la doble vía con la creación de las penas propuestas por Weier y que llamó **medidas de seguridad** (Stooss); (d) con la etización radical del derecho penal es el legislador quien se **traga** a la criminología, que queda incorporada al derecho penal por vía de la ley (ésta señala a los **enemigos**), aunque la delega en el juez (integración analógica) sólo cuando conviene por **razón de estado** y con indicación del camino a seguir para la mejor individualización de los enemigos.

(Más que desintegración, relaciones tormentosas) En rigor -y volvemos a discutir con el querido Baratta- no sabemos si en algún momento hubo una verdadera **desintegración** del

derecho penal y la criminología, o si entre ellos mediaron **relaciones tormentosas** en las cuales la criminología quiso someter al derecho penal con el modelo policial del *Malleus* (positivismo peligrosista) y el derecho penal quiso someter a la criminología con el modelo normativista de los glosadores (el neokantismo autoritario) o de los prácticos.

(Hubo integraciones subordinantes e integraciones en paridad) En definitiva, nos parece que hubo diferentes **modelos de integración**, o sea que la **desintegración** que señalaba Baratta es en el fondo una forma de **integración**. Pero la observación de Baratta puede ser verdadera, a condición de ajustar un poco más los conceptos.

(Integraciones subordinantes y en paridad) En tal sentido podríamos afirmar que hubo varios modelos de **integraciones subordinantes** y una tentativa de **integración en paridad**, porque von Liszt hizo un esfuerzo por evitar la subordinación de cualquiera de ambos conocimientos. En su esquema la política criminal necesitaba de la criminología, pero tampoco podía prescindir del derecho penal.

(Puede haber una pura cuestión de denominaciones) Es posible que en esto nos separe de Baratta una cuestión puramente terminológica, si entendemos que éste quiso llamar **modelo integrado** sólo al que **integra en paridad**. En este sentido es correcto revalorar el modelo de von Liszt, pues no puede ignorarse su ventaja como sano intento de integrar en paridad.

(¿Será posible una nueva integración en paridad?) La pregunta sería ahora si es posible esta integración, a lo que Baratta respondía con pesimismo. Por nuestra parte creemos que es posible ensayar un nuevo modelo de integración en paridad y que, además, es indispensable hacerlo.

(Seguimos discutiendo la mejor forma de penar más al enemigo) Admitido lo anterior, sería posible afirmar que hubo un **modelo que intentó una integración en paridad** (y cuya originalidad fincaría precisamente en eso) frente a una histórica pugna entre normativismo y peligrosismo que venimos trayendo desde la edad media, pero que en el fondo se disputan la mejor manera de individualizar a los **enemigos peligrosos**. El normativismo lo hace por vía del mayor contenido injusto y la culpabilidad de autor si se mantiene en la glosa, o de la etización interpretada por el estado si sigue a los prácticos, en tanto que el segundo opta por el mayor peligro policial ópticamente señalado.

(El modelo lisztiano era políticamente más potable, pero más incoherente) El modelo de von Liszt no se sostenía en razón de sus contradicciones internas. Si bien intentaba superar al positivismo ferriano, arrastraba demasiados elementos de éste. El modelo ferriano era políticamente espeluznante pero internamente coherente al revitalizar el amplio poder policial

del *Malleus* para detectar a los **enemigos peligrosos** por sus caracteres personales (señalización óptica). El modelo lisztiano habilitaba la individualización personal de los enemigos peligrosos, pero limitaba el poder punitivo respecto del resto, con lo cual se hacía políticamente menos horrible, pero perdía coherencia.

(Desaparece con el ocaso del positivismo, pero tampoco se sostenía internamente) Si bien la crisis del modelo lisztiano obedeció a la del positivismo, pues como se nutría de demasiados elementos ferrianos siguió el destino de ese modelo, lo cierto es que era insostenible por sus propias contradicciones internas.

(La criminología sólo servía al poder y no al derecho penal) En el esquema de von Liszt, por un lado la criminología sólo alimentaba con conocimientos fácticos la habilitación del ejercicio del poder punitivo del estado (que llamaba **política criminal**), en tanto que, por otro, el derecho penal elaborado conforme al modelo de los prácticos servía para contener al poder punitivo del estado. Pero no explicaba de qué información fáctica se nutría el derecho penal para cumplir con este cometido ni por qué debía hacerlo.

(Tampoco explicaba por qué el derecho penal debía ponerle límites al poder punitivo) Daba la impresión de que debía hacerlo por imposición del propio estado y en esa medida. Aunque no es determinante, no debemos olvidar que von Liszt construía su sistema en el marco de un **estado legal de derecho** (sin control de constitucionalidad, desconocido en el imperio alemán): el poder punitivo y su contención emergían de la misma fuente legiferante, lo que acentuaba la contradicción.

(El auxilio de la sociología) Las respuestas que von Liszt no tenía se fueron aclarando por los aportes de la sociología, desarrollados en el tiempo de modo totalmente independiente. La sociología había nacido por el lado de la criminología y con sello reaccionario, pero pronto se separó de ésta y tomó un curso diferente. En tanto que la criminología quedó prisionera del biologismo racista en Europa (con marco teórico spenceriano), la sociología se apartó de éste desde los mismos maestros fundadores europeos (Durkheim, Tarde, Max Weber, Simmerl).

(La emigración sociológica a los Estados Unidos) Al final de la primera guerra mundial el primado de la sociología pasó a los Estados Unidos, pues el autoritarismo europeo no le era propicio. La conflictividad de su nuevo hogar no podía menos que llevarla a investigar el poder punitivo y el sistema penal. Aunque demoró bastante en desplazar el eje de atención del infractor al poder punitivo, lo hizo desde hace más de medio siglo (interaccionismo simbólico y sociología existencial) y puso de relieve los caracteres estructurales de este último, comenzando por su **selectividad conforme a estereotipos** (*labeling*).

(Los datos sociales serían los que necesita el derecho penal para contener) El modelo de von Liszt fallaba porque no explicaba de qué información fáctica se nutría el derecho penal para cumplir su función de contención del poder punitivo. Hoy esa función la cumple acabadamente la criminología contemporánea, que estudia en profundidad el efecto de la intervención penal en la realidad social. No por ello deviene una **ciencia auxiliar**, sino una permanente fuente de información indispensable para dar sentido al ejercicio del poder jurídico en un marco realista de respeto a las **estructuras lógico-reales**.

(El derecho penal debe contener al poder punitivo por imperativo del estado de derecho) En von Liszt faltaba una explicación suficiente de la razón por la que el derecho penal debía limitar al poder punitivo del estado. Hoy existen dos respuestas: una **formal** y otra **material**. La denominación **formal** no implica ninguna subestimación, sino que hace referencia a la **razón jurídica** de esta intervención. En la actualidad predominan sistemas políticos con control de constitucionalidad y el **estado constitucional de derecho** impone normativamente esa función al derecho penal. Es claro que cuando el derecho penal no ejerce con eficacia esta función, el estado de derecho desaparece o al menos y según el grado de omisión jurídico-penal, se debilita. En conclusión, puede sostenerse válidamente que lo debe hacer porque el derecho penal es un apéndice del moderno derecho constitucional.

(Pero materialmente, debe hacerlo para evitar masacres) Pero también existe una razón de orden **material**, en la que se ha reparado muy poco por no decir casi nada.

Los ochocientos años de poder punitivo planetarizado nos han enseñado que los estados han cometido la mayor parte de los crímenes graves. Sucesivas emergencias han sido alegadas desde los orígenes mismos para legitimar las peores masacres. El colonialismo y el neocolonialismo han cometido los peores crímenes contra poblaciones enteras y el volumen de delitos masivos contra la propiedad y los secuestros (esclavitud y servidumbre) han sido siderales. También nos muestran que ninguna de esas emergencias fue neutralizada por el poder punitivo, sino que han sido meros pretextos para ejercer ese poder incontrolado, asesino, secuestrador y ladrón, eternamente en busca de enemigos a los que nunca derrotó en la práctica, aunque eliminó a millones de inocentes en su camino.

(La experiencia del siglo XX es determinante) Sería largo hacer un recorrido histórico a través del milenio, pero si nos limitamos al siglo pasado, veremos que el poder punitivo mató a más personas que todos los homicidas juntos del planeta. En el siglo XX los estados, fuera de hipótesis de guerra, mataron a más de cien millones de personas, en la forma de homicidios calificados al menos por alevosía, dada la indefensión de las víctimas. Todos los datos empíricos

acerca de las múltiples masacres del **siglo de los genocidios** indican claramente que éstas fueron practicadas por policías (la KGB, la Gestapo, etc.) o por ejércitos en función policial.

(Las policías liberadas del derecho penal) Esto significa que dos de cada cien habitantes del planeta fueron muertos por los estados sin que hubiese una lucha de fuerzas más o menos simétricas. Desde Armenia hasta el Congo, desde el nazismo hasta el stalinismo, desde Indonesia hasta Camboya, desde Ruanda hasta Sudán, desde Hiroshima y Nagasaki hasta la ex-Yugoslavia, desde el Tíbet hasta el cono sur americano, el poder punitivo liberó a sus policías de todo control o instrumentó a los ejércitos como policías para asesinar a más de cien millones de seres humanos indefensos.

(Criminologías legitimantes y negacionistas) Sin embargo, la criminología de todos los tiempos ignoró estos hechos. La originaria -del *Malleus*- renacida con el positivismo biológico los legitimó naturalizándolos como consecuencia de su base racista. La crítica que se hizo cargo del sistema penal se limitó al poder punitivo ordinario contra la delincuencia común interna. Los cien millones de muertos nunca formaron parte de las estadísticas de homicidios. Puede decirse que hubo una criminología legitimante de las masacres y otra negacionista por omisión. Recién en las últimas décadas la criminología abre sus ojos hacia las masacres, aunque aún con marcada timidez.

(Factores del negacionismo criminológico) Varios factores contribuyeron a esto. Entre otros, cabe señalar que (a) la criminología teórica procede en general de los países centrales; (b) ha pretendido ser ideológica y políticamente **aséptica**; (c) es un golpe muy fuerte al narcisismo criminológico reconocer que pasó por alto los crímenes más graves y que, además, (d) llevó adelante una crítica que se basó teóricamente en relatos amplios que no reparaban en el colonialismo y el neocolonialismo. No es menos importante añadir que el tránsito por las etapas anteriores fue necesario para llegar a la toma de consciencia actual.

(Es urgentísimo contener al poder punitivo) Por ende, para tratar de menguar las consecuencias de la continuidad de la edad media en el presente (esforzada en seguir legitimando la mayor punibilidad para los enemigos), y ante la experiencia del siglo pasado y la mayor capacidad técnica de destrucción disponible en el siglo XXI, se impone la urgente contención del poder punitivo de los estados, en defensa de la vida humana amenazada.

(Las contradicciones de von Liszt estarían salvadas) Creemos que hoy se puede integrar al derecho penal y la criminología en paridad salvando las contradicciones que no podía resolver von Liszt debido a las limitaciones culturales y científicas de su tiempo. La criminología proporciona los datos fácticos acerca del poder punitivo al derecho penal; y éste en prevención

de masacres (y por mandato constitucional en los estados de derecho) agota su capacidad de esfuerzo jurídico de contención, filtrándolo en forma de permitir el paso sólo de su parte menos irracional.

(La criminología de la prudencia punitiva armoniza con el derecho penal de garantías)

Se trataría de una criminología destinada a señalar el camino de la prudencia, de la cautela (**criminología cautelar**) y de un derecho penal de contención (**de garantías**), integrados en forma paritaria, sin pretensión de **degluciones** ni de **sometimientos** recíprocos.

(Criminología cautelar) La **criminología cautelar** nos viene del siglo XVII, cuando el jesuita poeta Friedrich Spee en 1631 publicó su *Cautio criminalis* contra la quema de mujeres inocentes por parte de un poder punitivo que denunciaba como selectivo, funcional a los príncipes, producto de la distorsión de la información y la incuria de los teóricos, ejercido por policías autonomizadas y -además- corrupto y extorsionador.

(Derecho penal de garantías) El **derecho penal de garantías** viene del siglo XVIII y primera parte del XIX, cuando la burguesía en ascenso y lucha contra la nobleza europea, necesitó limitar el poder punitivo ejercido por ésta, pero hoy se relegitima como urgentemente necesario para prevenir las masacres de millones de seres humanos en el planeta.

(El nuevo modelo integrado en paridad) La limitación al poder punitivo requiere de datos fácticos, pues las constituciones imponen su verificación en el mundo del ser y no en el puro plano del **deber ser**. La provisión de esta información es la tarea de la **criminología cautelar** y el derecho penal que proyecte el ejercicio del poder jurídico de contención en base a esa información es el auténtico **derecho penal de garantías**. Ambos ámbitos permanecen en relación de paridad y sin sometimientos: recibir información no es sometimiento sino nutriente. La provisión de datos tampoco es una actividad **auxiliar**, sino esencial para la verificación de la vigencia de los principios constitucionales.

(No hay más enemigos) Por supuesto que en este modelo integrado en paridad no hay lugar para **enemigos** frente a los cuales el poder punitivo pueda descontrolarse, porque precisamente su función es desmontar la construcción de enemigos, dado que la experiencia enseña que siempre ha sido esa construcción mediante **sustancialización** el primer paso en el curso hacia todas las masacres.

(El renacimiento del derecho penal liberal) El modelo integrado en paridad cautelar y de garantías importa tanto desde la criminología como desde el derecho penal un programa dinámico, o sea, una actividad **militante** hacia un nuevo **derecho penal políticamente liberal** en el plano del mundo real. Esto es inevitable, porque el llamado **neopunitivismo** es una técnica

völkisch de construcción de enemigos por sustancialización que amenaza con el debilitamiento y la crisis del estado de derecho y con la producción de nuevas masacres.

(No es una pura cuestión penal) Se trata de una confrontación que no se limita a la opción entre derecho penal liberal y autoritario, sino entre el **estado de derecho** y el **estado de policía** y entre la **habilitación de poder masacrador** y la **contención de éste**.

(Confrontan dos modelos de estado: el incorporativo frente al excluyente o gendarme) En el fondo se están confrontado dos modelos de estado: el estado de derecho sólo puede sostenerse como estado **social**, es decir, **incorporativo** (de los sectores marginados o excluidos), con tendencia a la atenuación de los niveles de conflictividad. Frente a éste se halla el modelo de estado **gendarme**, que sólo pretende ocuparse en mantener a esos sectores controlados y librados a sus fuerzas, sin el menor esfuerzo por su incorporación.

(La opción por el estado gendarme siempre termina mal) Si bien no siempre la opción por el estado **social** llegó a buen puerto, la del estado **gendarme** invariablemente acaba muy mal, porque a la larga los excluidos se resisten, aumenta la conflictividad y ésta termina en su masacre o en un caos con alto costo de vidas humanas y detención o regresión del desarrollo.

(Se juega el destino de la democracia representativa) La opción por un nuevo modelo integrado en paridad entre el derecho penal y la criminología y cualquiera de los que tradicionalmente desde la edad media se esfuerzan por legitimar el mayor poder punitivo para los **enemigos** es hoy una férrea decisión política por el modelo de estado y el destino de la democracia representativa.

Artigo Convidado / Publicado em: 06.08.2019

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Derecho Penal y la Criminología: la edad media no ha terminado. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e39384, maio./ago. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369439384>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/39384> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2019 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE O AUTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Se graduó de abogado y escribano en la Universidad de Buenos Aires (1962) revalidado por la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay, 2003) y es Doctor en Ciencia Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral (1964). Es profesor titular y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue becario de la OEA en México y de la Max Planck Stiftung en Alemania. Se desempeñó en la judicatura durante dos décadas, retirándose como Juez de la Cámara Criminal de la Capital Federal. Con posterioridad fue Director General del Instituto Latinoamericano de prevención del delito de las Naciones Unidas (ILANUD, San José, Costa Rica). Fue electo Diputado Constituyente Nacional en 1994 y de la Ciudad de Buenos Aires en 1996 (presidente de la Comisión de Redacción de la Constituyente) y Diputado de la Ciudad en 1997), y posteriormente, Interventor del Instituto Nacional de Lucha contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Fue profesor en las universidades Veracruzana (México), del Salvador (Buenos Aires) y Católica de la Plata. Es profesor invitado, entre otras Universidades, de la del País Vasco, Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana), San Martín de Porres (Perú), de Maracaibo (Venezuela), Cándido Méndez (Brasil) y profesor Honoris Causa de la Universidad Autónoma de Santo Domingo; Doctor Honoris Causa por la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Doctor Honoris causa por la Universidad de Macerata (Italia), por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1993), por la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, República de Bolivia (2003), en Jurisprudencia por la Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia (2003), por la Universidad Nacional San Andrés de Arequipa, Arequipa, Perú (2003), por la Universidad Alas Peruanas, Lima, Perú (2003), por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2003), por la Universidad para la Cooperación Internacional, San José, Costa Rica (2003), por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., México (2003), y por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España (2004), entre otros y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires (2007). Integra múltiples entidades académicas y los consejos de varias revistas especializadas, nacionales e internacionales. Es vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal y miembro del Comité Científico de la misma. Es autor de proyectos de reformas a los códigos penales argentino (1991), ecuatoriano (1969 y 1992) y costarricense (1991). Ha publicado 25 obras, entre las cuales las más importantes son Manual de Derecho Penal (editado también en México y Perú, y adaptado al derecho penal brasileño en coautoría con José Henrique Pierangeli), Tratado de Derecho Penal en cinco volúmenes (reeditado también en México); En busca de las penas perdidas (traducido al portugués y al italiano); Estructuras judiciales (traducido al portugués) y El enemigo en el derecho Penal. Es autor de numerosos artículos, folletos y trabajos breves, participa en publicaciones periódicas nacionales e internacionales; prólogos y presentaciones; comentarios bibliográficos; proyectos y trabajos legislativos; artículos periodísticos; opiniones y dictámenes; traducciones; participación en congresos y seminarios; cursillos y ciclos de conferencias; conferencias y clases extraordinarias. Actualmente es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.